

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CARLOS AUGUSTO LIMA VAZ DA SILVA**

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**JUIZ DE FORA**  
**2019**

**CARLOS AUGUSTO LIMA VAZ DA SILVA**

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre na área de concentração de Direito e Inovação, sob a orientação da Prof<sup>ª</sup>. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira.

**JUIZ DE FORA**

**2019**

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo autor

Silva, Carlos Augusto Lima Vaz da.

O Princípio da Reserva do Possível na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Carlos Augusto Lima Vaz da Silva. -- 2019.

126 f.

Orientadora: Cláudia Toledo

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação, 2019.

1. Direitos Fundamentais. 2. Políticas Públicas. 3. Princípio da Reserva do Possível. 4. Comprovação. 5. Supremo Tribunal Federal.

I. TOLEDO, Cláudia, orient. II. Título.

**CARLOS AUGUSTO LIMA VAZ DA SILVA**

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para a obtenção do título de Mestre na área de concentração de Direito e Inovação, sob a orientação da Prof<sup>ª</sup>. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Aprovada em 21 de Março de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Élide Graziane Pinto  
Centro Universitário de Sete Lagoas (UNIFEMM)

Dedico este trabalho à minha avó,  
Maria Catarina de Lima Vaz.  
Grande incentivadora de meus estudos,  
mas que, infelizmente,  
partiu desse mundo no decorrer da pesquisa  
e não pode contemplar sua conclusão.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família, especialmente, à minha avó (*in memoriam*), pelo apoio no decorrer de mais uma etapa de minha formação.

Agradeço aos amigos e colegas de Mestrado e do grupo de pesquisa “Atual Judiciário - Ativismo ou Atitude: judicialização da política e politização do judiciário”, com quem muito aprendi ao compartilhar dúvidas, também sou grato pelas interessantes discussões.

Agradeço a todos os professores do Mestrado em Direito e Inovação da UFJF pelas infundáveis reflexões e pelo conhecimento compartilhado.

À Prof. Dra. Élide Graziane Pinto, agradeço pela disponibilidade em compartilhar seu conhecimento, ainda no início desta pesquisa, o qual se mostrou essencial para a compreensão e reflexão sobre muitas questões aqui analisadas.

Agradeço à Prof. Dra. Luciana Melquíades pelos ensinamentos compartilhados, em especial, nas reuniões de nosso grupo de pesquisa.

Por fim, à minha orientadora Prof. Dra. Claudia Toledo, faço um agradecimento especial pela amizade, auxílio, seriedade e presteza ao longo da realização desta pesquisa.

*“(...) Mas isso não parece suficiente.  
Não basta que as frases sejam boas,  
seria preciso que o que delas se fizesse também fosse bom”.*

HUXLEY, Aldous. Admirável Mundo Novo

## RESUMO

Os direitos fundamentais exigem prestações materiais em sua implementação. Contudo, em muitos momentos o Estado é omissivo neste dever, impondo-se aos cidadãos pleiteá-los judicialmente. Nesse quadro, o Estado alega a impossibilidade material de sua realização, em razão da ausência, insuficiência ou indisponibilidade de recursos financeiros, por estar submetido aos limites da reserva do possível. No entanto, tal invocação se dá de forma genérica e sem comprovação. Trata-se de ocorrência que gera um grave risco aos direitos fundamentais. Assim, a presente pesquisa propõe uma análise do *princípio da reserva do possível*, em especial, o seu tratamento na esfera judicial e a questão relativa a essa comprovação. O estudo se divide em duas partes. A primeira, uma pesquisa teórica sobre esse princípio e os elementos do pensamento de Robert Alexy que são essenciais à pesquisa desenvolvida, porquanto seja o marco teórico utilizado. A segunda, uma pesquisa empírica sobre o *princípio da reserva do possível*, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como os aspectos que permeiam seu tratamento judicial e sua comprovação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Princípio da Reserva do Possível. Comprovação. Supremo Tribunal Federal.

## ***ABSTRACT***

Fundamental rights require material achievements in their implementation. However, in many cases the State is silent on this duty, and citizens are required to sue them judicially. In this context, the State alleges the material impossibility of its realization, due to the absence, insufficiency or unavailability of financial resources, because it is subject to the limits of the reserve of the possible. However, such invocation occurs in a generic and unproven way. This is a case which creates a serious risk to fundamental rights. Thus, the present research proposes an analysis of the principle of possible reserve, in particular, its treatment in the judicial sphere and the question regarding this evidence. The study is divided into two parts. The first is a theoretical research on this principle and the elements of Robert Alexy's thought that are essential to the research developed, since it is the theoretical framework used. The second, an empirical research on the principle of possible reserve, from the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, as well as the aspects that permeate its judicial treatment and its substantiation.

Keywords: Fundamental Rights. Public policy. Principle of Possible Reserve. Evidence. Brazilian Supreme Court.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advocacia Geral da União

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

BPC – Benefício de Prestação Continuada

*BVerfGE - Bundesverfassungsgericht*

CF/88 – Constituição Federal de 1988

EC – Emenda Constitucional

ED – Embargos de Declaração

FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional

IF – Intervenção Federal

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MC – Medida Cautelar

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PGR – Procuradoria Geral da República

PPA – Plano Plurianual

Rcl – Reclamação

Resp – Recurso Especial

RE - Recurso Extraordinário

RREO – Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária

SL – Suspensão de liminar

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
PARTE I – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL .....	16
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....	16
1.1 Conceito .....	16
1.2 A exigibilidade judicial e as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais .....	21
1.3 Núcleo essencial e restrição a direitos fundamentais: teorias interna e externa .....	24
2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	28
2.1 Princípios Jurídicos Materiais e Formais.....	28
2.2 Máxima da Proporcionalidade .....	29
2.3 Fórmula do Peso .....	31
3. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	34
3.1 Racionalidade do Discurso.....	34
3.2 Discurso Jurídico – Tese do Caso Especial .....	36
3.3 Regras da Argumentação Jurídica .....	38
4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL .....	43
4.1 Conceito (origem na Alemanha e sua incorporação no Direito brasileiro; dimensões – insuficiência e indisponibilidade; razoabilidade; teoria dos custos, recursos escassos; comprovação de ocorrência).....	43
4.2 Natureza Jurídica – Princípio Jurídico .....	48
4.3 Inoponibilidade ao <i>mínimo existencial</i> .....	50
4.4 Tribunal Constitucional – <i>BverfG</i> (decisão <i>numerus clausus</i> , <i>BVerfGE</i> 33, 303) e STF (ADPF 45 MC/DF).....	52
4.4.1 Decisão <i>numerus clausus</i> , <i>BVerfGE</i> 33, 303 .....	52
4.4.2 ADPF 45 MC/DF .....	55

<b>PARTE II – JURISPRUDÊNCIA DO STF.....</b>	<b>59</b>
<b>1. METODOLOGIA.....</b>	<b>59</b>
<b>1.1 Análise documental e documentos virtuais .....</b>	<b>59</b>
<b>1.2 Critérios para tabulação .....</b>	<b>60</b>
<b>1.3 Recortes institucional, temático, processual, temporal .....</b>	<b>64</b>
<b>2. PESQUISA EMPÍRICA QUANTITATIVA E QUALITATIVA – RESULTADOS ...</b>	<b>65</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>81</b>
<b>APÊNDICES .....</b>	<b>97</b>
<b>Apêndice A - Tabela-Padrão de fichamento da pesquisa empírico-jurisprudencial.....</b>	<b>97</b>
<b>Apêndice B - Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais.....</b>	<b>98</b>
<b>Apêndice C - Tabulação cruzada-quantitativa .....</b>	<b>99</b>
<b>Apêndice D - Percentuais apurados em Tabulação cruzada-quantitativa.....</b>	<b>100</b>
<b>Apêndice E - Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (ARE 855.762 AgR/RJ).....</b>	<b>101</b>
<b>Apêndice F - Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (RE 592.581/RS) ....</b>	<b>111</b>
<b>Apêndice G - Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (RE 553.710/DF) ....</b>	<b>115</b>
<b>Apêndice H - Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (RE 580.252/MS)....</b>	<b>121</b>
<b>Apêndice I - Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (RE 587.970/SP).....</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

O campo dos direitos fundamentais é vasto para estudo, variando de análises sobre seu reconhecimento, passando pelo tratamento dado pelo Estado e alcançando as eventuais limitações a que estão submetidos em determinados cenários político-econômicos.

O atual contexto brasileiro de austeridade caminha para um inevitável retrocesso social, donde se avizinham restrições aos direitos fundamentais. Isso pode ser notado com o advento da Emenda Constitucional 95/2016, que instituiu o denominado Novo Regime Fiscal. Em tais momentos, os estudos que sustentem a permanência de conquistas alcançadas nas últimas décadas - com o estabelecimento de um patamar de proteção e a forma de eventuais restrições - adquirem maior relevância. A partir dessa visão é que advém a importância de estudos que avaliam a forma com que essas limitações vêm ocorrendo.

Ademais, no sistema jurídico brasileiro, toda discussão que envolve o reconhecimento, o tratamento e as restrições aos direitos fundamentais, deve ter como pressuposto a formatação do Estado, nos moldes definidos pelo constituinte de 1987/1988, ou seja, um Estado de Direito social e democrático.

Essa forma de Estado se materializa mediante políticas públicas que concretizem direitos fundamentais. Em que pese essa diretriz, apesar de avanços nas últimas décadas, as melhorias no campo social ainda constituem um desafio. Sabe-se, no entanto, que tais melhorias ocorrem mediante prestações materiais. Caso a sua realização pelo Estado não se dê de forma espontânea, tem-se a possibilidade de se exigir o cumprimento de determinadas obrigações por meio da esfera judicial, o que somente é possível ao se considerar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Neste embate, em que o Estado (União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios) figura como demandado, inúmeras teses defensivas são repetidamente levantadas para obstar a pretensão autoral. Dentre várias, o ente estatal alega com frequência a ausência, a insuficiência e a indisponibilidade de recursos financeiros, afirmando estar submetido aos limites da reserva do possível. Com tal alegação, o Estado busca justificar a não concretização daqueles direitos exigidos judicialmente.

No entanto, essa alegação de ausência, insuficiência ou indisponibilidade de recursos financeiros não pode, isoladamente, ser considerada como argumento válido a limitar a concretização dos direitos fundamentais sociais. Existem aqui, inúmeras variáveis a serem

consideradas. Além disso, quando o Estado se vale dessa tese defensiva e invoca uma pretensa inexistência/indisponibilidade de recursos, esta alegação tem ocorrido de forma genérica. Neste caso, alega-se a reserva do possível sem que esta seja efetivamente provada. O reconhecimento de tal situação mediante simples exposição, sem efetiva comprovação, gera um grave risco aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o problema da comprovação da reserva do possível mostra-se imprescindível no cenário em que se desenvolve a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais. O tratamento dado à presente questão, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileiras, tem gerado decisões que, pela aparente ausência de critérios em sua fundamentação, não exprimem, por consequência lógica, um tratamento racional.

Assim, tendo em vista o contexto de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais, bem como a referência à reserva do possível como alegação de defesa pelo Estado, questiona-se se há justificção racional para a alegação de reserva do possível pelo Estado/Administração Pública e se a devida comprovação de sua ocorrência tem sido considerada no âmbito judicial.

É desta perspectiva que o presente trabalho buscará identificar e explicitar o tratamento do *princípio da reserva do possível* no âmbito judicial, em especial, as questões relativas à sua comprovação pelo Estado.

Adota-se, como referencial teórico, o pensamento de Robert Alexy, exposto em suas obras *Teoria da Argumentação Jurídica* (1978)<sup>1</sup> e *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985)<sup>2</sup>, bem como sua constante atualização e complementação realizada em publicações seguintes às duas obras de referência. Isso porque, muitas questões específicas tiveram sua discussão aprofundada, notadamente, em artigos posteriores.

É essencial às pretensões deste trabalho o tratamento da racionalidade do discurso jurídico estruturado na obra *Teoria da Argumentação Jurídica* e sua ligação com a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, bem como o tratamento destes direitos através de processo de ponderação aplicado na máxima da proporcionalidade, com explicitação da fórmula do peso,

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978. O presente trabalho segue com a segunda edição em português, ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica: Cláudia Toledo. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1985. O presente trabalho segue com a primeira edição em português, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

e ainda, os estudos sobre princípios materiais e formais. Essas questões eminentemente teóricas são abordadas ao longo da primeira parte da dissertação.

Na análise do tratamento do *princípio da reserva do possível* no âmbito judicial, por uma escolha metodológica, optou-se por um recorte em perspectiva constitucional. Assim, busca-se verificar se este tratamento é dotado de racionalidade discursiva, de forma a garantir a controlabilidade do discurso jurídico. Esse fim pode ser alcançado mediante a identificação dos argumentos relacionados à avaliação deste princípio, bem como através da identificação dos argumentos apresentados pelo Estado para a comprovação de sua ocorrência, de modo a justificar essa tese de defesa. Essas questões eminentemente concretas são abordadas através de estudo empírico ao longo da segunda parte do trabalho.

Sabe-se que quanto maior o cumprimento ou observância às regras no discurso, maior a racionalidade desse discurso. Assim, um debate processual que se utilize de tais diretrizes para o alcance de uma decisão racional e fundamentada, apresenta-se como uma contribuição de grande valia para o sistema jurídico inerente a um Estado Democrático de Direito.

A pesquisa desenvolvida leva em consideração a construção do *princípio da reserva do possível* no direito brasileiro, a partir dos contornos traçados pela doutrina e jurisprudência. Esse estudo foi possível através de revisão de literatura. A análise decorrente dessa revisão é apresentada em capítulo específico, também na primeira parte, em que tal princípio é discutido. Nessa oportunidade serão abordados, a origem da reserva do possível na jurisprudência alemã, a sua incorporação no direito brasileiro, a sua natureza jurídica, as dimensões e os requisitos para um tratamento racional.

Essa análise inicial, mediante leitura exploratória, permite a identificação de elementos narrativos textuais sobre o tema e dissensos argumentativos porventura existentes, bem como os conceitos e institutos sobre os quais recai maior controvérsia (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p. 08). Com base em tais premissas é que se delineou a abordagem.

No entanto, a realização de uma pesquisa bibliográfica é insuficiente para a pretensão de um estudo científico sobre o problema lançado. Com isso, a realização de uma pesquisa empírica mostra-se essencial para a análise concreta das pretensões levantadas. E, para tanto, ao estudo teórico será acrescentada uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, cujos resultados são apresentados e discutidos na segunda parte do trabalho.

Em que pesem os variados métodos de pesquisa com base empírica, tendo em vista as pretensões apresentadas, optou-se pela metodologia de análise documental – estendida para a análise de documentos virtuais. Por se tratar de metodologia que proporciona a identificação do modo como um Tribunal compreende um instituto jurídico e revela eventuais posições consolidadas ou divergências sobre o mesmo, identifica-se sua adequação aos objetivos delineados.

A realização de uma análise documental impõe a adoção de recortes. Assim, a presente pesquisa utiliza-se dos recortes institucional, temático, processual e temporal, permitindo um encaixe com a proposta aventada, com o fim de selecionar o material a ser estudado.

O recorte institucional será realizado a partir da jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*, em razão da pertinência temática entre o objeto analisado e o âmbito decisório deste Tribunal, bem como por tratar-se do órgão que exerce a competência jurisdicional constitucional, tanto pela via recursal quanto originária. O recorte temático será realizado a partir do registro da expressão “reserva do possível”. Já o recorte processual levará em conta somente decisões proferidas pelos órgãos colegiados do Tribunal, enquanto o recorte temporal não será registrado com prazo inicial, somente final, ficando este limitado ao ano de 2017, compreendendo todas as decisões até esse momento.

Após a seleção do material, promoveu-se a tabulação dos dados, inicialmente, mediante dois instrumentos: 1) Tabela para fichamento dos acórdãos e; 2) Tabela para fichamento de peças processuais – direcionada ao registro das informações das manifestações do ente público, em que havia comprovação da reserva do possível. Essa primeira análise tem natureza qualitativa.

Posteriormente, tendo o conhecimento das ações em que havia ocorrido a comprovação da reserva do possível – dentro do número inicial de julgamentos pelo STF –, promoveu-se a tabulação cruzada quantitativa. Tal análise tem por finalidade apurar quais argumentos foram utilizados na alegação da reserva do possível pelo Estado, relacionados à sua comprovação, estabelecendo a frequência de tais argumentos.

Ao fim, foi possível alcançar resultados que permitiram verificar o tratamento dispensado ao *princípio da reserva do possível*, em especial, a sua comprovação, nas alegações apresentadas pelo Estado, bem como a análise dos argumentos que permeiam tais manifestações.

## **PARTE I – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

### **1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

#### **1.1 Conceito**

Direitos fundamentais expressam os direitos humanos reconhecidos pelo Estado ao indivíduo e que são positivados no plano interno (TOLEDO, 2015b, p. 1774).

Robert Alexy (2008, p. 31-38) desenvolve sua teoria a partir dos direitos fundamentais positivados na Constituição alemã. Assim, baseando-se na Lei Fundamental, ele formula uma classificação que compreende: direito geral de liberdade, direito geral de igualdade e direito a ações positivas do Estado (direito a prestações em sentido amplo). Esse direito a ações positivas se divide em prestações fáticas e normativas. As prestações fáticas são o objeto do direito a prestações em sentido estrito, que se apresentam como os direitos fundamentais sociais.

Para Alexy (2008, p. 499) os direitos fundamentais sociais são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que aquele, se dispusesse de meios financeiros e houvesse oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.

Os direitos fundamentais são característicos de todos Estados Democráticos de Direito, trata-se de construção passível de universalização, tendo em vista que eles compõem a essência desse tipo de Estado (TOLEDO, 2011, p. 228). Com isso, a construção desenvolvida por Alexy, aplica-se perfeitamente ao Estado brasileiro, apesar de nosso sistema constitucional adotar uma classificação diversa dos direitos fundamentais.

Como expõe Alexandre de Moraes (2014, p. 29), os direitos fundamentais na CF/88 encontram-se divididos em cinco espécies, classificados em: 1) direitos e garantias individuais e coletivos; 2) direitos sociais; 3) direitos de nacionalidade; 4) direitos políticos; e, 5) direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Em que pese sua elaboração a partir da disposição do texto constitucional, a doutrina elaborava variadas classificações.

Os direitos sociais previstos em nossa ordem constitucional enquadram-se como direitos fundamentais sociais, na medida em que ambos se concretizam mediante ações estatais e têm como fim a melhoria das condições de vida dos indivíduos. São direitos de grande relevância, pois através deles se alcança a concretização de um Estado Social. E estão intimamente ligados ao contexto de exigibilidade judicial em que surge o *princípio da reserva do possível*.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em sua essência, determina a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não podem ser tidos como uma categoria contingente (SILVA, 2005, p. 185). É dizer, os direitos sociais são a base da plena realização de todos os direitos fundamentais, portanto, são direitos indissociáveis.

Não há dúvidas de que a ordem constitucional de 1988 inaugurou um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF). E, ainda que no texto constitucional não conste de forma expressa a denominação *Estado Social*, a preocupação social é inegável, “sobretudo, pela presença de um capítulo dedicado aos direitos sociais. Existe um Estado social quando se verifica uma generalização dos instrumentos e das ações públicas de bem-estar social” (MEDAUAR, 2018, p. 25).

Para Moraes (2014, p. 203), os direitos sociais:

[...] são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades fáticas positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Para José Afonso da Silva (2005, p. 286):

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Como se vê, os direitos sociais exigem a realização de ações estatais, visando a melhoria das condições de vida dos indivíduos e nisso se igualam aos direitos fundamentais sociais, os quais são direitos subjetivos que exigem a realização de ações de bem-estar social para sua efetivação.

Sobre a estruturação das normas de direitos fundamentais, sabe-se que podem ser construídos na forma de regras ou princípios. O *mínimo existencial* é o único direito fundamental declarado em uma regra. Todos os demais são objeto de *princípios jurídicos*. Essa distinção teórico-normativa é a base da *teoria dos princípios*<sup>3</sup> (ALEXY, 2011, p. 12) e permite formular uma teoria dos direitos fundamentais, sendo uma das colunas-mestras deste edifício teórico. Ademais, sem essa distinção não pode haver “uma teoria adequada sobre as

<sup>3</sup> Sobre a crítica à teoria dos princípios cf. POSCHER, Ralf. Acertos, Erros e Equívocos de Autocompreensão da Teoria dos Princípios. Trad. Pablo Castro Miozzo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 3-38, 2015.; POSCHER, Ralf. The principles theory: how many theories and what is their merit? In: KLATT, Matthias (Ed). **Institutionalizing Reason. Perspectives on the Legal Philosophy of Robert Alexy**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, Maio 2012. p. 218-247.

restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões” (ALEXY, 2008, p. 86).

Apesar do complexo de relações em que se apresentam tais normas, não se verifica a existência de um ordenamento puro que englobe apenas uma dessas espécies. Tanto princípios, quanto regras são formulados por meio de expressões deônticas básicas (dever, permissão e proibição). Assim, ambos são razões para juízos concretos do dever-ser e se apresentam como duas espécies de normas jurídicas (ALEXY, 2008, p. 87).

Inúmeros critérios são elencados para distinguir essas espécies normativas, como: a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou, ainda, sua importância para a ordem jurídica (ALEXY, 2008, p. 88). A generalidade, porém, é o critério utilizado com maior frequência, definindo que “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 2008, p. 87).

Assim, para Alexy (2008, p. 91), a distinção entre regras e princípios não se reduz à dimensão quantitativa, ou seja, uma possui baixo grau de generalidade e o outro possui alto grau, sendo também qualitativa. Significa dizer, as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva sendo, por isso, denominadas *comandos ou mandamentos definitivos* e se aplicam pelo método de subsunção. Enquanto os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro de certas possibilidades fáticas e jurídicas. Caracterizam-se por sua satisfação em graus variados e “pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2014a, p. 146). Assim, conforme construção consagrada em sua teoria, Alexy (2008, p. 90) os considera *comandos* ou *mandamentos de otimização*.

A subsunção é o procedimento tradicional de aplicação do direito, conforme a estrutura lógica do silogismo jurídico (TOLEDO, 2013, p. 84). Esse silogismo é um tipo de argumento prático, pois estabelece uma conclusão sobre como as coisas devem ser (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 128).

Não é incomum, porém, que duas normas, ao serem aplicadas, gerem resultados incompatíveis entre si. Tal incompatibilidade tem sido percebida como uma agressão à medula espinhal do sistema jurídico, devendo esta ser afastada justamente para resguardar

este sistema com uma mínima racionalidade e harmonia (FREITAS, 2002, p. 85). E, neste ponto, tendo em vista a diferença estrutural entre as normas jurídicas, surgem incompatibilidades igualmente distintas. Para as regras, fala-se em conflito. Enquanto aos princípios, denomina-se colisão. Elas devem ser vencidas – mediante critérios claros e objetivos - para a preservação da unidade e da coerência do sistema, superando a insegurança quanto à sua racionalidade estrutural, bem como o alcance da máxima efetividade da pluralista teleologia constitucional (FREITAS, 2002, p. 91).

Segundo Alexy (2008, p. 92), “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. A cláusula de exceção elimina o conflito por afastar pontualmente, o âmbito de incidência de uma das regras conflitantes.

Não sendo possível a introdução de uma cláusula de exceção, torna-se necessária a utilização de critérios de solução de antinomias<sup>4</sup> para se declarar uma das normas inválida. Em tais casos, os critérios da *lex posterior derogat legi priori* e da *lex specialis derogat legi generali*, cumprem satisfatoriamente essa pretensão, podendo a estes se somar o critério *lex superior derogat inferior* (ALEXY, 2008, p. 93).

A colisão de princípios é solucionada de forma diversa. Com isso, não se torna necessária a introdução de uma cláusula de exceção ou que um dos princípios seja declarado inválido. Nesse caso, “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, 2008, p. 93).

Em tal avaliação, adquirem relevância as condições fáticas e jurídicas inerentes a cada colisão principiológica. Disso decorre que a relação de precedência depende, invariavelmente, do caso concreto em que se dá a colisão. Desse modo, sendo determinado direito emanado de normas de natureza principiológica, o conteúdo definitivo deste é, portanto, definido a partir de fora, em consideração das condições fáticas e jurídicas existentes (SILVA, 2006, p. 40) e

---

<sup>4</sup> Esses critérios são estruturados por Norberto Bobbio, sendo três: cronológico, hierárquico e de especialidade. Para o critério cronológico ou da *lex posterior*, havendo incompatibilidade entre duas normas, prevalece a norma posterior (*lex posterior derogat priori*). Enquanto que para o critério hierárquico ou da *lex superior*, prevalece a norma hierarquicamente superior (*lex superior derogat inferiori*). Já para o critério da especialidade ou *lex specialis* prevalece a norma especial (ou excepcional) em detrimento da geral (*lex specialis derogat generali*). BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

isso se dá mediante a ponderação (proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento<sup>5</sup>), através da máxima da proporcionalidade.

Vê-se, por conseguinte, que o principal traço distintivo entre essas espécies normativas, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos/deveres que essas normas garantem. As regras garantem direitos (ou deveres) definitivos e os princípios, por seu turno, garantem direitos (ou deveres) *prima facie* (SILVA, 2006, p. 27).

Portanto, a definição dos princípios como *comandos* ou *mandamentos de otimização*, conduz à ideia de que existe uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Tal conexão “não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” (ALEXY, 2008, p. 116).

Os princípios não raro estão sujeitos à colisão, por serem normas dotadas de maior abertura semântica. A solução se dá mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade, com a ponderação entre os princípios colidentes (TOLEDO, 2017a, p. 111-112). Daí se compreender a existência de uma implicação recíproca.

A máxima da proporcionalidade é formada por três máximas parciais: adequação, necessidade e ponderação. Enquanto as duas primeiras máximas parciais cuidam das possibilidades fáticas, a última cuida das possibilidades jurídicas. Uma análise pormenorizada será realizada no próximo capítulo.

De importante registro neste início é que, ao fim da ponderação – mediante o emprego da máxima da proporcionalidade -, alcança-se uma regra jurídica, aplicável àquele caso concreto como mandamento definitivo, submetida a uma aplicação por subsunção (TOLEDO, 2013, p. 81-90).

Essa distinção entre as espécies normativas, bem como entre direitos (ou deveres) definitivos ou *prima facie*, adquire grande relevância em face do reconhecimento do *mínimo existencial*, bem como dos direitos fundamentais sociais que o compõe e das restrições advindas da aplicação do *princípio da reserva do possível*.

---

<sup>5</sup> O presente trabalho adota o termo ponderação em referência ao terceiro subnível (ou máxima parcial) da máxima da proporcionalidade. A doutrina, porém, também o nomeia como sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito.

## 1.2 A exigibilidade judicial e as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais

O contexto em que se dá a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais é de grande importância para compreensão do objeto de pesquisa, pois o *princípio da reserva do possível* surge justamente neste cenário.

Basicamente, o cenário discutido liga-se às demandas em que se exige uma prestação por parte do Estado. Em sentido amplo, fala-se em *direitos a algo*. A forma mais geral de um enunciado sobre um direito a algo pode ser assim apresentada:

(a) tem, em face de (b), um direito a (G)

Nessa expressão, tem-se uma relação triádica, em que (a) é o portador do direito ou titular do direito; (b) o destinatário do direito; e (G) o objeto do direito (ALEXY, 2008, p. 208). Ademais, as relações existentes, conforme elucida Alexy (2008, p. 193-195) variam conforme os elementos inseridos nessa estrutura básica da seguinte forma:

- (a) pessoa física ou pessoa jurídica de direito público;
- (b) Estado ou particular;
- (G) uma ação positiva ou uma abstenção.

Como se vê, o objeto de um direito a algo - uma ação positiva ou uma abstenção - é sempre direcionado ao destinatário, o que decorre da sua estrutura triádica. Por inferência lógica, se o objeto não fosse uma ação do destinatário, não faria sentido inclui-lo nessa relação (ALEXY, 2008, p. 194).

Portanto, a depender do objeto dessa relação, o titular terá direito a ações negativas ou positivas. Os direitos a ações negativas correspondem aos *direitos de defesa*, enquanto os direitos em face do Estado a uma ação positiva são denominados *direitos a prestações* (ALEXY, 2008, p. 195-196).

Na hipótese de uma ação positiva ou *direitos a prestações*, tem-se um direito fundamental positivo. Sendo pleiteada uma abstenção ou *direito de defesa*, tem-se um direito fundamental negativo. Em uma constituição liberal, prevalecem os direitos fundamentais negativos dirigidos contra o Estado. Em uma constituição social, encontram-se muitos direitos positivos perante o Estado (ALEXY, 1992a, p. 144). A partir dessa visão, a CF/88, por contemplar inúmeros direitos positivos, pode ser caracterizada como uma legítima constituição social.

Além disso, tais *direitos a prestações* podem ter como objeto uma ação fática ou uma ação normativa. São também denominadas de *prestações fáticas* ou *prestações normativas*.

Os *direitos a prestações* fazem referência, em geral, a ações positivas fáticas, sendo exemplo, o direito ao *mínimo existencial*<sup>6</sup> e a criação de vagas em universidades (ALEXY, 2008, p. 201-202). As ações positivas normativas compreendem atos estatais de criação de normas.

As prestações normativas são direitos a prestações em sentido amplo, enquanto as prestações fáticas são direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 202-203). Nas prestações fáticas em sentido estrito é que se inserem os direitos fundamentais sociais.

O direito subjetivo é uma prerrogativa estabelecida por uma norma objetiva a um sujeito de direito, sendo esta assegurada por uma ação judicial. Direitos subjetivos são relacionais, porque são relações jurídicas que se travam entre dois ou mais sujeitos de direito (TOLEDO, 2015a, p. 380).

Os direitos fundamentais sociais, quando inseridos na estrutura básica acima referida - (a) tem, em face de (b), um direito a (G) – apresentam o indivíduo na posição (a), o Estado na posição (b) e o objeto em (G) constituindo a ação positiva a ser prestada pelo Estado.

Sobre essa estrutura, aponta Cláudia Toledo (2015a, p. 380) que o Estado tem, em relação ao indivíduo, o dever de assegurar a organização necessária para cumprir o direito fundamental social pleiteado. Há, portanto, um dever correspondente a cada direito subjetivo<sup>7</sup>.

Essa prerrogativa – vislumbrada no direito fundamental social – é assegurada por uma ação judicial. Assim, seu descumprimento pode ser elidido mediante sua exigibilidade judicial, que ocorre quando o detentor de um direito subjetivo busca o cumprimento de uma obrigação (ação positiva), mediante a interferência do Poder Judiciário, ante o descumprimento do dever jurídico pelo destinatário.

Baseada nessa ideia, a doutrina reconhece duas dimensões aos direitos fundamentais: objetiva e subjetiva. Enquanto a dimensão objetiva se relaciona aos propósitos e valores de

---

<sup>6</sup> Sobre a exigibilidade do *mínimo existencial*, cf. GOMES, Natascha Alexandrino de Souza. **Direito subjetivo ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016; FERREIRA, Mariana Colucci Goulart Martins. **Justiciabilidade do direito ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e Argentina**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.

<sup>7</sup> “A has the right B before the State. The State has, in relation to A, the duty to ensure the necessary organization to comply with the fundamental social right. A duty corresponds to every subjective right” (TOLEDO, 2015a, p. 380).

uma sociedade, a dimensão subjetiva se relaciona com a possibilidade de exercício desses direitos pelo indivíduo enquanto direitos subjetivos.

Essa “dimensão objetiva dos direitos fundamentais pressupõe, ademais, a adoção de valores comunitários, ou seja, posições jurídicas que dizem respeito a toda a sociedade” (KELBERT, 2011, p. 54).

A dimensão subjetiva “corresponde à noção dos direitos sociais como direitos exigíveis em juízo, sob a forma de direitos subjetivos” (SARLET, 2013, p. 541). Ademais, nessa dimensão os direitos fundamentais estabelecem a forma de relação dos cidadãos com o Estado e em relação a outros cidadãos (CASTRO, 2012, p. 85). Assim, são direitos relacionais tanto frente ao Estado – eficácia vertical – quanto em relação aos particulares – eficácia horizontal.

Além disso, a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais<sup>8</sup> somente é possível em razão da superação do caráter programático de tais normas, entendimento anteriormente perfilhado pela doutrina e jurisprudência (KELBERT, 2011, p. 58). O entendimento atual majoritário é de que são “normas jurídicas dotadas de eficácia, imperatividade e aplicabilidade imediata, e, como tais, conferem ao particular o poder de exigir de imediato e individualmente em face do Estado” (DIAS, 2012, p. 247).

Com a superação do entendimento anterior, referente a normas programáticas, admite-se que o Poder Judiciário determine ao Estado (Poder Executivo) o cumprimento de obrigações, na medida em que estas têm fundamento em normas de eficácia imediata.

Assim, ao indivíduo que se sentir lesado pela inércia estatal faculta-se o direito subjetivo de exigir judicialmente o cumprimento estatal de uma obrigação e devendo o Estado seguir os ditames constitucionais, a obrigação deve ser satisfeita (DIAS, 2012, p. 243).

Neste contexto, questiona-se, ainda, sobre a eventual intervenção do Poder Judiciário no âmbito das escolhas políticas do administrador, decorrente do reconhecimento dessa exigibilidade judicial. Aqui, também há uma superação de entendimento ligado ao princípio da separação dos poderes. A tradicional concepção deste princípio – de separação absoluta –

---

<sup>8</sup> Sobre a exigibilidade judicial no campo dos direitos fundamentais sociais e suas particularidades, tem-se interessante estudo empírico realizado por Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas. A pesquisa analisou o perfil dos que tiveram decisões judiciais favoráveis em pretensões que envolviam o direito à saúde e mostra se os tribunais atuam como uma voz institucional alternativa para os pobres, marginalizados no processo político, cf. SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. **Law and Social Inquiry**, Oxford, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.

deve ser relativizada e apurada conforme o sistema de freios e contrapesos, inerente ao mesmo. Desse modo, cabe ao Judiciário atuar com o fim de corrigir a inércia ou a má atuação de outros poderes, sem que isso caracterize uma interferência indevida.

Assim, a completa separação dos poderes é bastante ingênua e não se mostra razoável, pois eles não se encontram efetivamente separados, mas exercendo entre si uma relação de influência e controle, não havendo que se falar em ingerência indevida nessa relação (KELBERT, 2011, p. 62).

Por fim, cumpre registrar que o reconhecimento dessa exigibilidade se dá de forma plena, ou seja, admite-se que o indivíduo busque judicialmente uma ação positiva do Estado sem qualquer restrição. Porém, a concretização da pretensão se dá de forma limitada, na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (SILVA, 2014, p. 09).

Essa noção de concretização na maior medida possível implica limitação não absoluta, que deve ser compreendida à luz das restrições aos direitos fundamentais e da proteção ao núcleo essencial, o que será discutido a seguir.

### **1.3 Núcleo essencial e restrição a direitos fundamentais: teorias interna e externa**

A concepção dos direitos fundamentais como decorrentes de um modelo normativo de princípios, implica no reconhecimento de que eles não são absolutos. Dessa maneira, estão submetidos à intervenção do Estado, seja mediante a edição de leis que busquem concretizar um conteúdo em aberto, seja através de atos administrativos que limitem o exercício de prerrogativas de seus titulares (OLSEN, 2012, p. 117).

Quanto à possibilidade de restrição, duas teorias se posicionam de forma distinta: teoria interna e teoria externa. A primeira – teoria interna – entende que existe apenas um objeto, o direito dotado de limites imanentes. A segunda – teoria externa – por sua vez, divide o direito em duas partes: em primeiro lugar, o direito em si, e, separado deste, as restrições.

Para a teoria interna, defendida por Peter Häberle – como crítica à teoria externa – não há distinção entre o direito fundamental, de um lado, e a restrição a esse direito, de outro. Outrossim, admite a existência de um direito fundamental, com um conteúdo determinado (OLSEN, 2012, p. 118). Mediante esse entendimento é impossível distinguir entre direito

*prima facie* e direito definitivo, pois essa construção tem como pressuposto central a unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes (SILVA, 2006, p. 38).

A teoria externa, defendida por Robert Alexy, tem como base a teoria dos princípios e parte da convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis. Desse modo, haverá num primeiro momento, o direito fundamental instituindo uma posição *prima facie*, sobre a qual incidirá a restrição, em um segundo momento. Tal estrutura decorre da aplicação das noções da teoria externa das restrições ao modelo normativo de princípios.

A restrição a um bem protegido por uma norma jusfundamental, portanto, desenvolve-se frente a uma posição garantida *prima facie*, na medida em que as “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental” (ALEXY, 2008, p. 281). Ademais, essa restrição “somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão” (ALEXY, 2008, p. 296).

É dessa relação que advém o direito fundamental definitivo, pois os direitos fundamentais sociais criam posições jurídicas *prima facie*, as quais estão sujeitas à ponderação de princípios e valores (OLSEN, 2012, p. 126). Não obstante, é característico de todos os modelos baseados na ponderação que aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo do que aquilo que é devido definitivamente (ALEXY, 2008, p. 514).

Por óbvio que o direito definitivo alcançado ao fim da ponderação será, portanto, menor que aquele concebido inicialmente. Trata-se de uma consequência ínsita à teoria externa, que leva em conta, neste processo, elementos externos ao Direito. Após a realização de tais restrições, o que se alcança, ao fim, é o núcleo essencial do direito fundamental.

Essas restrições a direitos fundamentais podem ser normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, autorizadas por normas constitucionais. Nesse sentido, fala-se em restrições diretamente constitucionais ou restrições indiretamente constitucionais (ALEXY, 2008, p. 286-295). A reserva do possível, conforme sua elaboração originária pelo Tribunal Constitucional da Alemanha apresenta-se como uma restrição diretamente constitucional.

Como defende Fabiana Kelbert (2011, p. 74) seu fundamento no direito alemão advém do art. 109, §2º, da Lei Fundamental alemã<sup>9</sup>. Trata-se de norma que estabelece à Federação

---

<sup>9</sup> “Art. 109 § 2 – Bund und Länder erfüllen gemeinsam die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft auf Grund des Artikels 104 des Vertrags zur Gründung der

alemã o dever de considerar no seu regime orçamentário as exigências do equilíbrio conjunto da economia. Com base nessa premissa, ela defende a inaplicabilidade da *reserva do possível* no direito brasileiro, uma vez que se trata de norma que não possui previsão similar no texto constitucional brasileiro.

Não obstante, ao se considerar a essência desse mencionado equilíbrio conjunto da economia ou equilíbrio macroeconômico, essa crítica se fragiliza, pois ainda que se considere a inexistência de previsão expressa no direito brasileiro, a manutenção de equilíbrio entre União e estados é devida, conforme a própria noção de *pacto federativo*.

Já Ana Carolina Olsen (2012, p. 193-194), em obra sobre o tema, aduz que:

[...] a reserva do possível, enquanto condição que determina a verificação de existência de possibilidades materiais para a realização de direitos é um elemento externo à norma de direito fundamental. Desse modo, ela permitiria a compatibilização, mediante ponderação, entre elementos normativos do direito fundamental social e elementos fáticos, como a escassez de recursos, para se aferir a aplicabilidade da norma.

A noção da escassez de recursos como elemento fático externo à norma de direito fundamental é de grande importância. A consequência desse reconhecimento é o de que a teoria externa é que apresenta o procedimento adequado para essa avaliação. Todavia, ainda que seja um elemento empírico importante a ser considerado, não pode o Estado, simplesmente, esconder-se nessas limitações fáticas, furtando-se ao cumprimento de seus deveres constitucionais.

Além disso, a natureza *prima facie* de um direito implica que uma eventual restrição ao mesmo não pode levar ao seu esvaziamento. Isso expressa simplesmente a necessidade de que esse direito deve ser ponderado (ALEXY, 2008, p. 515). Ademais, o reconhecimento de restrições não pode gerar a nulificação do direito, com ficou expressamente assentado na ADPF 45 MC/DF<sup>10</sup>.

Como bem destaca Alexy (2003, p. 38) um eterno problema dos direitos fundamentais é aquele que se refere à possibilidade de que sejam restringidos. No entanto, se restrições

---

*Europäischen Gemeinschaft zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin und tragen in diesem Rahmen den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung*".

“A União e os estados cumprem conjuntamente as obrigações da República Federal da Alemanha decorrentes dos atos jurídicos da Comunidade Europeia, com base no artigo 104 do tratado de fundação da Comunidade Europeia, para a observância da disciplina orçamentária e, nesse contexto, levam em conta as exigências de equilíbrio econômico conjunto [ou exigências de equilíbrio macroeconômico]” (tradução livre)

<sup>10</sup> “Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (BRASIL, 2007a, p. 194).

ilimitadas são indesejáveis, então, torna-se necessário impor-lhes limites. Assim, havendo restrições, não se admite sua ocorrência de forma ilimitada, desprovida de critérios e de um procedimento racional. Portanto, ela deve ser avaliada, mediante ponderação. Essa avaliação ocorrerá através da *máxima da proporcionalidade*.

Aparentemente, admitir a possibilidade de restrição a todos os direitos fundamentais, pode dar a impressão de que se busca legitimar uma diminuição em sua proteção. No entanto, a ideia que se busca é exatamente o oposto, pois explicitar a restringibilidade desses direitos em um modelo cujas restrições devem ser fundamentadas, ao contrário, fomenta sua proteção (SILVA, 2006, p. 48-49).

As consequências ou efeitos práticos entre as teorias interna e externa dizem respeito à consideração das restrições. É dizer, adotando-se a diretriz exposta pela teoria interna, substitui-se o conceito de restrição por limite. E sendo o limite imanente à própria norma de direito fundamental, não se admite a consideração de elementos externos. Lado outro, a teoria externa defende a existência de dois elementos, o direito em si, e, separado deste, as restrições, que são elementos externos à norma de direito fundamental.

Nesse sentido, sendo a *reserva do possível*, em sua essência, uma decisão do Poder Executivo que tem como fundamento a não afetação do equilíbrio do orçamento público e a razoabilidade da pretensão do indivíduo, que deve levar em consideração uma eventual escassez de recursos financeiros, tem-se inequivocamente um elemento externo à norma de direito fundamental.

O atual cenário político-econômico, marcado por um contexto de austeridade e conseqüentemente de restrições aos direitos fundamentais, impõe que se explicitem as restringibilidades mediante fundamentação. Com isso, o *princípio da reserva do possível* que venha a colidir com uma norma de direito fundamental, sendo passível de lhe causar restrições, exige uma fundamentação para seu reconhecimento judicial, não servindo a esse fim, as alegações genéricas e abstratas realizadas pelo Estado.

Como se viu, a diferença entre teoria interna e externa tem grandes consequências, não se tratando de mera discussão teórica. Partindo-se da divisão e distinção entre o direito e suas restrições – com base na teoria externa, portanto - é que se chega à ponderação como forma de solução da colisão entre direitos fundamentais, decorrente da *máxima da proporcionalidade*, com suas três máximas parciais (SILVA, 2006, p. 38-39).

A máxima da proporcionalidade será abordada de maneira pormenorizada no capítulo que se segue, após um panorama sobre a teoria dos princípios, na qual ela se encontra compreendida.

## **2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1 Princípios Jurídicos Materiais e Formais**

Como visto, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Não obstante, há uma distinção entre princípios sob o aspecto substancial e formal. A partir de uma análise do conteúdo é possível estabelecer a ocorrência de princípios materiais - ou substanciais - e princípios formais - ou procedimentais (ALEXY, 2008, p. 138). Os princípios materiais têm como diferença específica o fato de que seu objeto de otimização relaciona-se a determinados conteúdos, como: vida, liberdade de expressão, *mínimo existencial* e proteção ao meio ambiente (ALEXY, 2014b, p. 13). No entanto, uma distinção se mostra necessária, tendo em vista a existência de princípios que não determinam conteúdos, mas dizem quem deve defini-los e como deve fazê-lo.

Os princípios formais, ao contrário dos princípios materiais, justificam “normas ou decisões normativas não quanto ao seu conteúdo, mas quanto às características das respectivas normas ou decisões, que não dependem do seu conteúdo” (SIECKMANN, 2017, p. 137). Portanto, são princípios que estabelecem competência, ou seja, estabelecem quem está responsável pela tomada de decisão em um sistema jurídico (KLATT, 2015, p. 363-364) e também como e segundo quais procedimentos essa decisão deve ser tomada.

Com isso, a distinção entre objetos – conteúdo material e competência/procedimento – impõe uma distinção entre os próprios princípios.

Não obstante, é preciso ter em mente que princípios formais são princípios e que princípios são comandos de otimização. Eles “exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada” (ALEXY, 2014b, p. 13), ou seja, têm como objeto de otimização uma tomada de decisão, independentemente de seu conteúdo.

Ademais, eles atribuem “competências jurídicas decisórias em certas circunstâncias. De acordo com essa caracterização, princípios formais tornam obrigatório o resultado de

procedimentos normativos anteriores” (SIECKMANN, 2017, p. 138). Portanto, se as competências são princípios, elas requerem otimização.

Quanto a isso, não há diferença entre princípios formais e materiais, pois ambos exigem que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro de determinadas possibilidades fáticas e jurídicas (KLATT, 2015, p. 364). Significa dizer, toda a construção efetuada para um tratamento racional e procedimental dos direitos fundamentais, com base na teoria dos princípios, aplica-se tanto aos princípios materiais, quanto aos formais. Assim, toda a estrutura elaborada em parâmetros racionais, envolvendo a máxima da proporcionalidade, ponderação e fórmula do peso, também se aplica aos princípios formais, na hipótese de colisão.

Essa é a premissa desenvolvida no tópico a seguir, sendo essencial para a compreensão das bases em que ocorre um tratamento racional ao *princípio da reserva do possível*.

## **2.2 Máxima da Proporcionalidade**

A relação entre os direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade, constitui um dos temas centrais do debate constitucional contemporâneo. Essa relação é explicada por duas teses: a primeira, que afirma a existência de uma conexão necessária entre os direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade, e a segunda, que sustenta o contrário, ou seja, a inexistência dessa conexão necessária. A primeira se denomina tese da necessidade, enquanto a segunda, se denomina tese da contingência (ALEXY, 2011, p. 11-12).

A tese da necessidade é aquela defendida por Alexy, sendo a base para o tratamento dos direitos fundamentais, na medida em que estes direitos são objeto de princípios jurídicos, com exceção do *mínimo existencial*, único direito fundamental declarado em regra.

A máxima da proporcionalidade busca equilibrar o texto legal e os valores a ele inerentes. Estes, por estarem em maior número e profundidade de abordagem na Constituição, tornam essa máxima frequentemente utilizada na hermenêutica constitucional, mormente na interpretação dos direitos fundamentais, por serem eles a maior condensação axiológica presentes no texto constitucional (TOLEDO, 2011, p. 230).

Há também um equilíbrio entre os elementos externos à norma de direito fundamental, sendo tal restrição avaliada no âmbito da hermenêutica constitucional.

A máxima da proporcionalidade é formada por três máximas parciais: adequação, necessidade e ponderação. Tais máximas expressam em seu conjunto a ideia de otimização. Adequação e necessidade cuidam das possibilidades fáticas, enquanto a ponderação cuida das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p.118). A ponderação se refere a estas possibilidades, por serem elas atinentes ao peso dos valores, bens e interesses colidentes (TOLEDO, 2011, p. 232).

O objetivo da máxima da proporcionalidade<sup>11</sup>, como seu próprio nome indica, é oferecer um limite à restrição aos direitos fundamentais, afastando dimensões desproporcionais. Atua, portanto, como uma *restrição às restrições* (SILVA, 2002, p. 24).

Neste âmbito, Alexy (2011, p. 13-15) esclarece que a máxima parcial da adequação, determina que se exclua a adoção dos meios impróprios e/ou que impeçam o alcance dos propósitos almejados. A arguição é sobre a aptidão para o alcance da finalidade pretendida. Enquanto a máxima parcial da necessidade, por sua vez, impõe que se escolha o meio mais benéfico, aquele que melhor realiza o fim visado, preferindo-se o meio que satisfaça o princípio prioritário e que atinja no menor grau possível o princípio preterido (TOLEDO, 2011, p. 231). A otimização referente a essas duas máximas parciais consiste, portanto, em evitar custos que podem ser evitados (ALEXY, 2011, p. 15).

Já a ponderação é a terceira máxima parcial da proporcionalidade e diz respeito à otimização das possibilidades jurídicas, nela “não mais se questiona dos meios utilizados ou a serem utilizados para a efetivação de determinado princípio em detrimento de outro, mas da harmonização dos princípios em si” (TOLEDO, 2011, p. 232). Isso porque as possibilidades jurídicas estão determinadas essencialmente pelos princípios que se opõem (ALEXY, 2011, p. 12).

A ideia fundamental da otimização das possibilidades jurídicas é sintetizada através da denominada *lei da ponderação*. Esta lei impõe que “quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio” (ALEXY, 2014a, p. 154).

Na medida em que a relação entre os princípios colidentes ocorre caso a caso, imperioso que essa análise leve em consideração outros elementos como: o peso abstrato dos

---

<sup>11</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

princípios colidentes, ou seja, sem referência direta ao caso concreto e as condições empíricas e normativas que norteiam a colisão.

Segundo a *lei de colisão*, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2008, p.99). Na *lei de colisão*, o que ocorre, na verdade “é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, 2008, p. 93). O que se tem é uma precedência principiológica condicionada. Não há, portanto, princípio dotado de prevalência absoluta (TOLEDO, 2011, p. 231).

Entretanto, a máxima da proporcionalidade – assim como a teoria dos princípios como um todo – é objeto de diversas críticas, dentre as quais a de *irracionalidade e subjetividade*. Não obstante, a ponderação seria fruto de pura intuição do julgador, caso não existisse um procedimento estruturado de forma racional para sua realização. Havendo essa estrutura, como de fato há, as críticas não se sustentam (ALEXY, 1992a, p. 148-149). Essa estrutura encontra-se representada através da *fórmula do peso*. O próximo item cuida de sua análise.

### 2.3 Fórmula do Peso

A *fórmula do peso* se encaixa na terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade. Ela representa, para a ponderação, a contraparte do esquema dedutivo aplicado ao processo de subsunção (ALEXY, 2014a, p. 155-156). Trata-se de uma estrutura que representa, em símbolos lógicos, o processo de ponderação que ocorre em uma colisão de princípios, em especial, “no momento de sua aplicação pelo Poder Judiciário de qualquer país do mundo organizado sob o modelo de Estado Democrático de Direito” (TOLEDO, 2017b, p. 38).

Sabe-se que a racionalidade discursiva é alcançada procedimentalmente e independe dos sujeitos que se apresentam como interlocutores. No entanto, os participantes devem agir conforme as regras do discurso e, sendo este discurso jurídico, essa atuação deve se guiar conforme regras de argumentação jurídica. Essa observância garante um resultado racional e objetivo, embora não seja o único correto (TOLEDO, 2013, p. 86).

Através da *fórmula do peso*<sup>12</sup>, portanto, realiza-se um juízo racional sobre a intensidade de interferência entre dois princípios – no presente caso, princípio  $P_i$  e princípio  $P_j$ . Essa relação é retratada em sua estrutura básica ou núcleo básico e que pode ser definida pela seguinte expressão:

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

A este núcleo são acrescentadas outras variáveis. Os pesos abstratos dos princípios colidentes são representados por  $W_i$  e  $W_j$ , enquanto  $R_i$  e  $R_j$  representam a certeza das suposições empíricas, no caso concreto, entre a não-realização de um princípio e a realização do outro princípio (ALEXY, 2014a, p. 156). Dessa forma, com o acréscimo dessas variáveis ao núcleo básico, tem-se a estrutura completa da *fórmula do peso*, assim definida:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Ao descrevê-la, Alexy (2014a, p. 156) destaca que tanto em sua forma mais simples, quanto na elaboração completa,  $I_i$  representa a intensidade da interferência no princípio  $P_i$ , enquanto  $I_j$  representa a importância do cumprimento do princípio oposto  $P_j$ . Desse modo,  $W_{ij}$  representa, o peso concreto ou relativo do princípio preponderante, ou seja,  $P_i$ .

Assim, a *fórmula do peso* expressa que o peso concreto de um princípio é um peso relativo, na medida em que pode se alterar conforme a situação concreta. Essa conclusão decorre da própria essência da colisão de princípios, haja vista que a relação de precedência varia caso a caso, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

As variáveis  $R_i$  e  $R_j$  dizem respeito à confiabilidade do conhecimento da realidade e fazem referência à certeza das suposições empíricas e normativas que se relacionam, “sobretudo, à questão de quão intensa é a interferência em  $P_i$  e quão intensa a interferência em  $P_j$  seria se a interferência em  $P_i$  fosse omitida” (ALEXY, 2014b, p. 08). A certeza, porém, não se refere às coisas – esfera real ou factual -, mas sim ao conhecimento das coisas - à esfera de cognição. Portanto, ela não é um fator ôntico, mas sim um fator epistêmico (ALEXY, 2014b, p. 08-09).

---

<sup>12</sup> Os elementos da *fórmula do peso* em sua estrutura completa são representados nos textos em língua inglesa, de acordo com sua apresentação nos textos de referência: I (*Interference*); W (*Weight*); e, R (*Reliability*), na terminologia alemã são representados por: I (*Interferenz*); G (*Gewicht*); e, S (*Sicherheit*).

Ademais, a *segunda lei da ponderação*, denominada lei da ponderação epistêmica, impõe que “quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam” (ALEXY, 2014b, p. 09). Considerando que esta lei faz referência às premissas que justificam a interferência, é crível que sua abrangência compreenda tanto as premissas normativas quanto as premissas empíricas (ALEXY, 2014b, p.10). Tal é o fundamento por trás da denominada *equação da certeza*, expressa da seguinte forma:

$$R_i = R_i^e \cdot R_i^n$$

A equação da certeza nada mais é que um desdobramento do elemento referente às premissas que fundamentam a intervenção. Portanto, deve ser incorporada à estrutura da *fórmula do peso completa*. Com esse acréscimo, alcança-se mediante um desdobramento das variáveis  $R_i$  e  $R_j$  a última e atual versão designada por *fórmula do peso completa refinada* (ALEXY, 2014b, p. 11), assim expressa:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Nessa estrutura  $R_i^e$  e  $R_j^e$  representam as premissas empíricas, enquanto  $R_i^n$  e  $R_j^n$  representam as premissas normativas relacionadas aos princípios  $P_i$  e  $P_j$ , respectivamente.

Toda essa construção tem a pretensão de estabelecer um juízo dotado de racionalidade sobre a forma com que se avalia a intensidade de interferência e graus entre dois princípios. Ela se aplica tanto a princípios materiais, quanto a princípios formais, admitindo, portanto, a ponderação de competências, em que pese inexistir um consenso quanto à sua possibilidade<sup>13</sup>.

O próximo capítulo cuida da conexão entre a Teoria dos Direitos Fundamentais - com os elementos aqui descritos - e a Teoria da Argumentação Jurídica, evidenciando a busca de parâmetros para o desenvolvimento da racionalidade no discurso jurídico.

---

<sup>13</sup> Cf. CARVALHO, Yago Condé Ubaldo. **Ponderação de Princípios Formais e Revisão Judicial: Uma Comparação dos Modelos de Robert Alexy e Matthias Klatt**. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

### 3. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

#### 3.1 Racionalidade do Discurso

Os delineamentos estabelecidos por Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica também são relevantes ao tema de pesquisa. Não obstante essa obra ser anterior à Teoria dos Direitos Fundamentais, a exposição fora da sequência temporal se justifica em razão da maior ênfase que se mostrou necessária à temática dos direitos fundamentais no início da exposição.

Enquanto, na Teoria da Argumentação Jurídica, a racionalidade volta-se à forma do discurso jurídico, na Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy buscou acrescentar racionalidade no tratamento dos direitos fundamentais, em especial, em sua estrutura principiológica (TOLEDO, 2017b, p. 40).

A partir dessa perspectiva, nota-se que a conexão<sup>14</sup> entre a Teoria dos Direitos Fundamentais e a anterior Teoria da Argumentação Jurídica é evidenciada, antes de tudo, pela busca de desenvolvimento da racionalidade no discurso jurídico (TOLEDO, 2017b, p. 39). No entanto, a análise da racionalidade desenvolvida pela Teoria da Argumentação Jurídica se limita à forma do discurso jurídico, na medida em que estipula uma série de regras para os falantes.

A subsunção é um processo que se caracteriza pela aplicação de um método lógico-silogístico entre a norma prevista de forma abstrata e a situação fática avaliada em juízo. Trata-se do procedimento tradicional de aplicação do Direito (TOLEDO, 2013, p. 854). E, como se vê, liga-se intrinsecamente à espécie normativa das regras, as quais serão sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

Ainda que determinadas decisões possam ser proferidas conforme normas que se ligam a uma hipótese de incidência certa e determinada (método lógico-silogístico), a sua justificação se torna necessária. No entanto, os tradicionais cânones de interpretação, gramatical, lógico, histórico e sistemático – a serem utilizados nesta justificação – são imprecisos e de difícil hierarquização, gerando, invariavelmente, o alcance de resultados distintos (ALEXY, 2005, p. 34-35).

Em que pese a debilidade dos cânones de interpretação citados, isso não significa que sejam desprovidos de importância no processo de aplicação do Direito. No entanto, essa

---

<sup>14</sup> Sobre a conexão entre a Teoria dos Direitos Fundamentais e a Teoria da Argumentação Jurídica, cf. ALEXY, Robert. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse. *Ratio Juris*, Oxford, v. 5, n. 2, p. 143-152, jul. 1992.

fragilidade exclui a possibilidade de que sejam usados como regras suficientes para a fundamentação de decisões jurídicas (ALEXY, 2005, p. 36).

Existem, ainda, situações em que o processo de subsunção se mostra insuficiente, ensejando a busca por outros mecanismos de solução. Tais casos decorrem da imprecisão da linguagem do Direito, da ocorrência de antinomias (conflito de normas), da ocorrência de situações não reguladas ou reguladas por normas inválidas, do surgimento de casos especiais que exigem uma decisão contrária à literalidade da norma abstrata ou, ainda, quando a solução envolve uma colisão principiológica (ALEXY, 2005, p. 33-34). Assim, neste processo de fundamentação, abre-se espaço para aplicação de outra espécie de norma jurídica – o princípio.

As controvérsias que envolvem uma colisão principiológica são solucionadas através da máxima da proporcionalidade, mediante ponderação dos princípios colidentes, como já explicitado detidamente anteriormente.

Desse modo, a racionalidade do discurso jurídico, por seu turno, não é alcançada somente com um discurso institucionalizado, também é preciso que seu desenvolvimento ocorra com base na teoria do discurso, em especial, mediante um conjunto de regras aplicáveis ao discurso estritamente jurídico. Essa ideia decorre da adoção da tese do caso especial, que impõe a necessidade de se interpretar a racionalidade jurídica conforme a teoria do discurso (ALEXY, 1990, p. 175).

Considerando a integração existente entre o discurso prático racional geral e o discurso jurídico, não há que se cogitar de uma relação de subordinação entre Direito e Moral. Esses elementos devem ser entendidos como complementares entre si (TOLEDO, 2005, p. 62). A teoria proposta por Alexy defende a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral (tese da vinculação necessária) e que também decorre da tese do caso especial.

Com isso, o discurso prático será racional quando cumprir as condições de argumentação racional prática, as quais se apresentam mediante um sistema de regras do discurso. É por isso que se afirma que as diretrizes sobre como decidir racionalmente no âmbito de um ordenamento jurídico válido devem ser esclarecidas por uma Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2005, p. 276).

Os próximos tópicos cuidam do discurso jurídico, a partir da tese do caso especial e apresenta um panorama sobre as regras da argumentação jurídica.

### 3.2 Discurso Jurídico – Tese do Caso Especial

A tese do caso especial assevera que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Dessa relação de especialidade, decorre que o discurso jurídico possui características específicas e que lhes são próprias, inexistentes no discurso prático geral. Não se trata de um discurso menor, mas tão somente de um discurso distinto (ALEXY, 1990, p. 176).

No entanto, não pode ser menosprezada a existência de características em comum entre esses discursos, pois ambos dizem respeito a questões práticas e levantam a pretensão de correção (TRIVISONNO, 2017, p. 105).

Quanto às questões práticas, não há dúvidas de que o discurso jurídico dirige-se ao agir humano, haja vista a natureza prescritiva de suas normas. Trata-se de característica comum com o discurso prático geral. Assim, as características comuns qualificam ambos como discursos práticos.

Argumentos práticos estabelecem conclusões práticas, isto é, conclusões sobre como as coisas devem ser. Essas conclusões práticas são também denominadas *conclusões normativas* ou *conclusões prescritivas* (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 127-128).

A argumentação prática, porém, se divide em argumentação prática substantiva e argumentação prática institucional. A conclusão prática permanece em ambas, porém, a busca desse objetivo ocorre em cada uma delas por vias diferentes (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 129-130), ou seja, elas se distinguem em razão das premissas utilizadas no raciocínio desenvolvido.

Enquanto nas premissas da argumentação substantiva são utilizadas razões de natureza geral (moral, política, econômica e social), na argumentação institucional são utilizadas outras razões, atreladas a regras e procedimentos previamente estabelecidos. Trata-se de uma argumentação mais burocrática, engessada e institucional (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 130).

Significa dizer que ambas se referem a questões práticas, porém, a argumentação institucional tem em sua base argumentos institucionalizados ou institucionais. Se o argumento institucional é aquele que passa pelo Estado, o Direito, como se sabe, é formado por argumentos institucionais, na medida em que passam, direta (leis e precedentes) ou indiretamente (doutrina) pelo Estado.

A partir dos argumentos institucionais, pode-se concluir que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, pois as decisões jurídicas são racionalmente fundamentadas na ordem jurídica vigente, ou seja, com base na lei, no precedente e/ou na dogmática (ALEXY, 1990, p. 176).

A pretensão de correção é uma noção de vital importância para a formação do pensamento alexyano, ainda que o tratamento dado por ele na estruturação da tese do caso especial, seja ainda embrionária (TOVAR, 2017, p. 224). O seu desenvolvimento junto à tese do caso especial, aduz que um enunciado jurídico deve ser racionalmente fundamentado com base nas condições limitadoras do discurso jurídico (ALEXY, 2005, p. 46). Essa concepção limitava a correção a aspectos formais. Posteriormente, Alexy (2010, p. 14) amplia essa construção, a qual passa a compreender, no âmbito jurídico, uma pretensão de fundamentalidade alicerçada à correção moral.

Com isso, a pretensão de correção se apresenta como elemento que conecta Direito e Moral, moral essa compreendida como pretensão de justiça. Trata-se do elemento que torna o Direito vinculante, ou seja, como sendo dotado de uma propriedade que o torna correto ou racional (TOVAR, 2017, p. 229-235), dando-se ênfase a um aspecto substancial e não meramente formal.

A ausência da pretensão de correção em uma decisão judicial não afasta sua validade, porém, a torna uma decisão defeituosa (ALEXY, 2005, p. 213).

Como se viu, no desenvolvimento de um discurso jurídico predominam os argumentos institucionais, ao passo que no discurso prático racional geral qualquer matéria relacionada ao agir humano e sua orientação normativa pode ser objeto do discurso. Trata-se da distinção entre argumentação prática substantiva e argumentação prática institucional acima mencionada.

Para a tese do caso especial, o discurso jurídico não é apenas uma variante especial do discurso prático geral que é necessária para preencher lacunas existentes no sistema jurídico. Trata-se de uma variante essencial nas decisões afeitas à jurisdição constitucional e na fundamentação de decisões *contra legem* em casos difíceis (ALEXY, 1990, p. 177). É uma incorporação decorrente da aplicação da teoria do discurso prático geral no âmbito jurídico, porém, desdobrando-se em razões sistêmicas (ALEXY, 1993, p. 171).

Ademais, a fundamentação do discurso jurídico segue duas linhas de justificação, interna e externa. Conforme destaca Cláudia Toledo (2017b, p. 33):

No discurso jurídico, justificam-se proposições normativas específicas (legislação e precedentes), visando à demonstração de sua correção. Há duas esferas de justificação: interna e externa. Na justificação interna, verifica-se da dedução ou inferência lógica da decisão a partir das premissas colocadas, ou seja, investiga-se a fundamentação realizada no silogismo jurídico. Na justificação externa, visa-se a demonstrar a correção das próprias premissas trazidas ao discurso jurídico. Alexy elenca então regras e formas específicas a esses dois âmbitos de justificação do discurso jurídico, propondo assim uma teoria da argumentação jurídica.

Uma das condições mais relevantes para o nível de fundamentação das decisões jurídicas é a delimitação de parâmetros objetivos no seu desenvolvimento. Esses parâmetros podem ser vistos nas regras do discurso. Tais regras, quando aplicadas ao discurso jurídico, proporcionam a controlabilidade do acerto das proposições feitas (TOLEDO, 2017b, p. 32).

A racionalidade discursiva pode não determinar o conteúdo da decisão, mas consegue apontar eventual incorreção, quando esta existir (ALEXY, 1990, p. 178). Passa-se, em seguida, a uma análise geral das regras da argumentação jurídica, como elementos de racionalidade deste discurso.

### **3.3 Regras da Argumentação Jurídica**

Através da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy é possível alcançar parâmetros para justificar uma escolha, entre alternativas decisórias possíveis. Isso proporciona uma prática jurídica mais racional e controlável. Essa possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é de grande relevância para a cientificidade do Direito. Não se fala em alcançar uma exatidão numérica no processo decisório, mas sim alcançar uma racionalidade na maior medida possível. Isso é factível com a utilização de parâmetros objetivos, igualmente, na maior medida possível.

Trata-se de uma teoria analítico-normativa do discurso. Analítica, porque explica a estrutura do discurso, tornando explícito o que estava implícito. Normativa, porque estabelece como algo deve ser. É dizer, apresenta as regras utilizadas implicitamente em um discurso racional e apresenta-as como parâmetro de racionalidade – e que deve ser utilizado – pelos participantes do discurso.

Além disso, por mais que exista uma margem de subjetividade do julgador - isso não se discute, pois ela existe - não se pode inferir automaticamente que exista uma margem para valorações mediante convicções morais subjetivas. Tais escolhas devem ser objetivadas, o que ocorrerá através das regras de argumentação jurídica.

Isso não significa, porém, uma objetividade absoluta. Uma teoria da argumentação jurídica “se limita à promoção, no maior grau possível, da racionalidade, sem a crença (fadada ao fracasso) de exclusão ou anulação de qualquer margem de subjetividade no discurso jurídico e nas decisões dele extraídas” (TOLEDO, 2017b, p. 39).

Os parâmetros de racionalidade residem em suas regras. Esse instrumental permite alcançar a aludida objetivação, retirando a subjetividade arbitrária através de uma objetividade controlável. Objetividade controlável é a antítese de subjetividade arbitrária. “E, da utilização de tais critérios decorre maior controle daquela decisão, garantindo-se maior racionalidade ao processo decisório” (TOLEDO, 2017b, p. 39).

Quanto mais próxima do âmbito objetivo - mais racional será a decisão. O que se tem, quando da utilização das regras da argumentação, é uma fundamentação dos argumentos nela utilizados, de forma que seu resultado seja racional e universal. Tal universalidade reside no fato de que qualquer um, utilizando os mesmos parâmetros descritos na decisão, pode alcançar a mesma conclusão. É essa possibilidade que a torna universalizável. Disso não decorre, porém, que exista uma única decisão correta.

No âmbito jurídico, a racionalidade é alcançada pela correção das assertivas. Nesse sentido, tanto legisladores – para justificar o conteúdo de uma lei, quanto advogados – para elaborar uma defesa, ou mesmo juízes – para fundamentar uma decisão judicial, estão argumentando (SANTOS; VIEIRA, 2015, p. 48).

As regras do discurso são essenciais para a racionalidade de qualquer discurso prático. Trata-se das regras fundamentais, regras de razão, regras de carga da argumentação, regras de fundamentação, regras de transição, além das formas de argumento do discurso prático (ALEXY, 2005, p. 181-208).

O cumprimento de tais regras proporciona racionalidade ao discurso e é precisamente a racionalidade o que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente. Consenso fundado é aquele baseado em razões. E, se este consenso será alcançado mediante a adoção de regras da argumentação tem-se, portanto, uma racionalidade procedimental.

Apesar da existência de um modo procedimental de alcance da universalidade, não há uma única decisão correta. O que se busca, portanto, é demonstrar que o discurso jurídico pode ser fundamentado racionalmente, satisfazendo a pretensão de correção.

Não obstante, a diferença entre o discurso jurídico e o discurso prático geral está em ser o primeiro vinculado ao direito vigente. Com isso, infere-se que o discurso jurídico exige regras específicas, além daquelas delineadas, para o alcance de uma maior racionalidade.

As regras específicas do discurso jurídico podem ser divididas em dois grandes grupos: regras da justificação interna e regras da justificação externa. Essa divisão, promovida por Alexy, decorre de dois aspectos da justificação: a primeira, a justificação interna, correspondente à justificação lógica a partir das premissas; e a justificação externa, cuida da correção dessas premissas.

Assim, a justificação interna verifica se a decisão é deduzida logicamente das premissas do silogismo jurídico, exigindo que se desenvolva o máximo de etapas possíveis na argumentação jurídica.

Alexy (2005, p. 286) apresenta as seguintes regras da justificação interna:

- (J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.
- (J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.
- (J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M<sup>1</sup>, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.
- (J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.
- (J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

A justificação externa se desenvolve, principalmente, com base em argumentos institucionais, que são aqueles que passam pelo Estado, direta ou indiretamente. Trata-se de argumentos em que estão presentes as condições limitadoras do discurso jurídico - leis, precedentes/jurisprudência e doutrina – conforme aponta a tese do caso especial.

Logo, essa justificação apresenta regras que guardam íntima relação com estes argumentos, podendo ser classificadas nos seguintes grupos: (1) regras da interpretação; (2) regras da argumentação dogmática; (3) regras do uso dos precedentes; (4) regras da argumentação empírica; (5) regras e formas especiais de argumentos jurídicos e (6) regras da argumentação prática geral.

Alexy (2005, p. 287) nomeia as seguintes regras de interpretação:

- (J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação.
- (J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.
- (J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.

Nas regras de interpretação, discute-se o peso dos argumentos dos cânones hermenêuticos. Ainda que não sejam suficientes para fundamentação, eles não podem ser desprezados. Ademais, “a saturação assegura a racionalidade do uso dos cânones” (ALEXY, 2005, p. 240). Os cânones podem ser: semântico (literal ou gramatical), genético (autêntico), teleológico, histórico, comparado e sistemático.

As regras de argumentação dogmática (ALEXY, 2005, p. 287-288) são as seguintes:

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.

Na argumentação dogmática tem-se um controle de consistência, que é a busca por todos os argumentos possíveis, visando a maior coerência do argumento. Isso ocorre mediante uma análise do direito vigente, tanto por um viés descritivo, quanto sistemático e conceitual, através da elaboração de propostas para a solução de questões jurídicas, permitindo a organização de soluções padronizadas para tais questões.

As regras do uso dos precedentes (ALEXY, 2005, p. 288) são as seguintes:

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação.

Nos precedentes também há controle de consistência, pois quem deseja afastar-se do precedente, deve assumir a carga da argumentação, ou seja, deve apresentar todos os argumentos possíveis que justifiquem essa decisão. Além disso, “o uso do precedente traz também uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito” (ALEXY, 2005, p. 266).

A argumentação empírica, por sua vez, não é objeto de um exame detalhado, todavia, quase todas as formas de argumentação jurídica e de argumentação prática geral, incluem enunciados empíricos (ALEXY, 2005, p. 228).

Quanto à elaboração das regras da argumentação empírica, Alexy (2005, p. 286) não elabora regras especiais, porém, se na teoria do discurso prático geral, a importância do conhecimento empírico pode ser expressa por uma regra de transição, tal regra se aplica, igualmente, ao discurso jurídico, sendo a seguinte: “(6.1) Para qualquer falante é, em qualquer momento, possível passar a um discurso teórico (empírico)” (ALEXY, 2005, p. 228-229).

Entre as regras e formas especiais de argumentos jurídicos, há somente uma regra, estabelecendo que: “(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas” (ALEXY, 2005, p. 288). A referência a argumentos jurídicos especiais diz respeito à analogia, ao *argumentum a contrario*, ao *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum* (ALEXY, 2005, p. 269).

Por fim, quanto às regras da argumentação prática geral, que também integram o discurso jurídico, encontram-se: regras fundamentais, de razão, de carga da argumentação, de fundamentação, de transição, além das formas de argumento do discurso prático geral (ALEXY, 2005, p. 190-208). Uma apresentação de tais regras, de forma pormenorizada, não se faz necessária. No entanto, por ora, é importante registrar a relação existente entre as regras da argumentação prática geral com aquelas específicas do discurso jurídico.

Como bem sintetiza Alexy (2005, p. 273), a argumentação prática geral é necessária:

(1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumento; (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados; (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos; (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna.

Assim, com essas regras e formas de justificação interna e externa do discurso jurídico, satisfaz-se a exigência de consistência da decisão jurídica, promovendo, cada vez mais, sua controlabilidade, que é elemento indispensável para a promoção da legalidade e da legitimidade em um Estado Democrático de Direito.

Não obstante, o estabelecimento dessas regras é que fornece critérios pelos quais o julgador deve se pautar na fundamentação da decisão. Quanto mais e melhor segui-las, mais racional ela será. Com o estabelecimento de critérios para justificação, o que se busca é uma elevação do grau de racionalidade. A teoria da argumentação jurídica alexyana tem como fundamento a demonstração da viabilidade de um discurso racional na fundamentação jurídica, o que é feito mediante a observância dos procedimentos traçados pelas regras discursivas objetivadas pelo autor.

A racionalidade discursiva não determina o conteúdo da decisão, mas aponta incorreções, quando existentes. Uma resposta só será correta se fundada em parâmetros. A máxima da proporcionalidade e a fórmula do peso são parâmetros, porquanto sejam argumentos constantes da dogmática jurídica. O afastamento do *princípio da reserva do possível* frente ao *mínimo existencial*, também se apresenta como argumento jurídico, via dogmática ou precedente. A referência à jurisprudência também será um parâmetro. Como se

vê, todos eles integram o discurso jurídico, enquanto caso especial, por serem argumentos institucionais.

A teoria da argumentação jurídica também adentra a especificidade dos direitos fundamentais. Trata-se do contexto em que surge a argumentação jusfundamental. Essa argumentação é a que se desenvolve para analisar o *princípio da reserva do possível*, haja vista a sua ocorrência no contexto de restrição aos direitos fundamentais.

O próximo capítulo cuida especificamente do *princípio da reserva do possível*, abordando suas particularidades. Trata-se de premissa essencial para encerramento da primeira parte, da qual podem ser extraídos alguns parâmetros para avaliação de seu tratamento racional à luz das regras ditadas.

#### 4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

##### 4.1 Conceito (origem na Alemanha e sua incorporação no Direito brasileiro; dimensões – insuficiência e indisponibilidade; razoabilidade; teoria dos custos, recursos escassos; comprovação de ocorrência)

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu na Alemanha, através da paradigmática decisão *numerus clausus* (*BVerfGE* 33, 303) do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) de 18 de julho de 1972. Naquela oportunidade, discutiu-se a validade dos diversos critérios de admissão ao ensino universitário naquele país, tendo em vista a limitação de vagas em universidades públicas, considerando a pretensão de ingresso de um maior número de candidatos frente ao número de postos disponíveis para matrícula. Antes, porém, de se discutir as nuances deste princípio, impõe-se uma breve contextualização do reconhecimento em sua origem, na medida em que a mera importação tem gerado aplicações equivocadas.

Da decisão tomada pelo Tribunal Constitucional<sup>15</sup>, destacam-se duas perspectivas relevantes: 1) o reconhecimento de limitação do direito ao ingresso no ensino superior (embora haja a exigência de o Estado promover o uso exaustivo da capacidade de ensino disponível); 2) a distribuição dos recursos disponíveis, *in casu*, as vagas no ensino superior.

---

<sup>15</sup> Sobre a decisão, esclarece Andreas Krell (2002, p. 52) que “segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade’. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social: a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos”.

Conforme o raciocínio exposto pelo Tribunal Constitucional alemão, o Estado deveria promover, inclusive, se necessário, a distribuição dos candidatos entre os diversos locais disponíveis para estudo, respeitando, se possível, seu lugar de escolha. Com essa atuação, o Estado promoveria a otimização do uso dos recursos públicos (SCHWABE, 2005, p. 658).

Soma-se a isso a concepção de que as exigências de prestações materiais do Estado somente podem ocorrer quando se mostrarem razoáveis, as quais ficariam condicionadas a possibilidade financeira do Estado. A razoabilidade exprime a ocorrência de uma prestação moderada e sem qualquer excesso, representando a compatibilidade entre a prestação escolhida (meio) e o fim<sup>16</sup> almejado com sua realização.

Quanto às dimensões, o *princípio da reserva do possível* se apresenta através das dimensões fática e jurídica, a depender da avaliação sobre a insuficiência ou indisponibilidade dos recursos, respectivamente.

A dimensão fática<sup>17</sup> da reserva do possível está diretamente vinculada à inexistência ou insuficiência de recursos financeiros para efetivação das obrigações estatais, em especial, os direitos fundamentais sociais, ainda que não exclusivamente. O *princípio da reserva do possível* contrapõe-se a qualquer interesse pleiteado junto à Administração Pública.

A dimensão jurídica da reserva do possível, por sua vez, identifica-se com a inexistência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à realização de suas obrigações. Por isso, liga-se à ideia de impossibilidade de uso ou indisponibilidade. O ponto central desta dimensão diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa.

Nesse sentido, o que se observa é que não apenas a disponibilidade fática de recursos se mostra problemática, mas também a sua disponibilidade jurídica, conforme a organização orçamentária da verba pública realizada pelo Estado. Por isso, afirma-se que a dimensão jurídica, ao contrário da dimensão fática, não evidencia a inexistência de recursos. Eles podem até existir, porém, o Estado não possui capacidade jurídica para promover sua utilização (OLSEN, 2012, p. 203). Essa dimensão se relaciona com “a disponibilidade jurídica

---

<sup>16</sup> Essa configuração acentua que a razoabilidade não se confunde com a máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade é mais ampla do que a razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade ou adequação (SILVA, 2002, p. 33).

<sup>17</sup> De fato, a ausência de recursos, em muitos momentos existe. Esse problema não pode ser ignorado, havendo nuances a serem consideradas. Não se trata, exclusivamente, de má gestão do administrador público. Sobre o tema, em especial, a ausência de recursos decorrente da não atualização dos valores de repasses pela União aos Municípios, cf. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Subfinanciamento da Educação e da Saúde**. Brasília: CNM, 2016.

dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas” (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 30).

A razoabilidade é um dos elementos que compõe o *princípio da reserva do possível*, aduzindo que a prestação exigida em juízo seja moderada e sem qualquer excesso. Como já ressaltado, representa a compatibilidade entre a prestação escolhida e o fim almejado com sua realização. Ela impõe que a pretensão atue como mecanismo de proteção contra o esvaziamento de outras prestações exigidas do Estado, ou seja, exige que a concretização de determinados direitos não acarrete a impossibilidade de concretização de outras prestações, de modo a gerar sua total negação<sup>18</sup>.

Por isso se afirma que as prestações exigidas do Estado devem residir no âmbito do razoável, sendo “certo que o intérprete não poderá demandar dos poderes públicos o que for logicamente impossível, ou seja, não se pode exigir o absurdo” (OLSEN, 2012, p. 204). Significa dizer, as pretensões exigidas do Estado devem estar no âmbito do logicamente possível, submetendo-se à ideia da razoabilidade, ou seja, devem ser moderadas, em relação ao fim pretendido.

Assim, com relação ao tratamento dispensado à reserva do possível, no Brasil o enfoque é direcionado ao aspecto econômico, envolvendo as dimensões fática e jurídica – ligando-se à preservação do equilíbrio orçamentário, já na Alemanha a ênfase é dada à razoabilidade da pretensão.

Outra questão relevante na discussão da reserva do possível, diz respeito ao tema dos custos dos direitos e da escassez de recursos.

Atualmente, compreende-se que tanto os direitos individuais, quanto os direitos sociais, envidam vultosos gastos em sua realização. Significa dizer, tais direitos exigem do Estado a instrumentalização de um aparato institucional em que os custos estão longe de ser pequenos ou inexistentes. Um bom exemplo está relacionado com a manutenção de um sistema judicial, onde até mesmo seus operadores parecem não se ater ao fato de que eles próprios, o seu próprio trabalho é financiado com recursos públicos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 25-29).

---

<sup>18</sup> Para alguns autores, ela recebe o nome de *dimensão negativa*, a exemplo de Fabiana Kelbert (2011, p. 68) que acentua ser uma dimensão, na medida em que a satisfação de um direito pleiteado pode, muitas vezes, esgotar a capacidade orçamentária do Estado, de modo a inviabilizar a prestação de outros direitos fundamentais ou até daquele mesmo direito, em demanda diversa.

O que havia anteriormente era uma falta de percepção quanto aos custos indiretos advindos da concretização de determinadas prestações estatais. Esse novo olhar – sobre custos diretos e indiretos - restou bem claro na defesa realizada por Holmes e Sunstein na clássica obra *The Cost of Rights* (1999), que sustenta a visão de que todos os direitos, tanto direitos individuais, quanto direitos sociais, impõem custos ao Estado. Assim, não há como cuidar da temática do *princípio da reserva do possível* sem se ater ao fato de que o processo de concretização de direitos envolve custos. Essa declaração, tão somente, elucida o óbvio, pois as ações estatais envolvem a realização de despesas que estão incluídas no orçamento público.

Ademais, a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas, exatamente no momento em que há pouco a ser distribuído. Entretanto, lembra Alexy que é precisamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de direitos fundamentais sociais é imprescindível. (ALEXY, 2008, p. 513).

A escassez de recursos para realização dos direitos pleiteados em juízo, por sua vez, deve ser analisada sob o prisma da *escassez relativa* e da *escassez absoluta*.

A *escassez relativa* indica que os recursos disponíveis ao Estado para investimento não se destinam apenas a uma determinada política pública. Existem recursos no orçamento, porém, estão alocados no cumprimento de outros deveres estatais. A escassez relativa liga-se, portanto, à dimensão jurídica. Lado outro, a *escassez absoluta*, indica a insuficiência ou inexistência fática de recursos, ou seja, “haverá sempre menos recursos disponíveis que os necessários para atender a todas as necessidades” da população. Isso implica, evidentemente, a necessidade de fazer escolhas, muitas vezes difíceis, entre as diversas políticas públicas (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 226-227).

Com isso, vislumbra-se que o *princípio da reserva do possível* – ante a inexistência/indisponibilidade de recursos financeiros ou a irrazoabilidade da pretensão – somente pode ser aceito pelo Judiciário, quando tal ocorrência for devidamente comprovada pelo Estado. Isso porque, sob o aspecto processual, ela se apresenta como fato impeditivo, cabendo essa alegação ao polo passivo da ação. Nestes casos, invariavelmente, o Estado.

A comprovação da reserva do possível deve ser promovida nos autos em que se dá a exigência de determinada prestação. Na medida em que cabe ao Estado o ônus da prova, não basta a mera alegação de impossibilidade de concretização da medida sem que ela reste devidamente comprovada<sup>19</sup>, ou seja, a simples alegação genérica não se sustenta para afastar a

---

<sup>19</sup> Trata-se de regra basilar do ônus da prova no direito brasileiro prevista no art. 373, II, CPC.

pretensão deduzida em juízo. Os dados devem ser apresentados de forma objetiva, a partir da alegada inexistência de recursos passíveis de concretizar a prestação pretendida judicialmente.

Quanto à inexistência e indisponibilidade de recursos financeiros, os instrumentos orçamentários se apresentam como documentos idôneos para comprovação dessa situação.

Nesse sentido, os instrumentos de planejamento orçamentário, LOA, LDO e PPA – elaborados conforme a Lei n. 4.320/1964, a partir da diretriz constitucional do art. 165, CF – são úteis para demonstrar a impossibilidade de uso (indisponibilidade) de determinados recursos. É dizer, ainda que o recurso exista ou conste previsão de receita para os cofres do Estado, ele se encontra direcionado a outra rubrica mediante fixação de despesa, não podendo ser aplicado na demanda pleiteada em juízo.

No entanto, o caráter dinâmico da atividade administrativa impõe que a comprovação da reserva do possível seja complementada por outros instrumentos, ligados ao direito financeiro e à contabilidade pública. Dentre os instrumentos de transparência da gestão fiscal que devem ser divulgados pelos entes públicos, nos termos do art. 48 da LRF<sup>20</sup>, o melhor retrato da realidade financeira será vislumbrado na análise das prestações de contas ou nos Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária - RREO (PINTO, 2015, p. 39-40).

Nesse particular, o Demonstrativo da execução das receitas/despesas (art. 52, II da LRF<sup>21</sup>), que integra o RREO, cumpre satisfatoriamente esse intento. Ele permite contrapor a dotação inicial constante da LOA, as despesas empenhadas e liquidadas, no bimestre e no exercício, ou seja, apresenta a diferença entre a dotação inicial e a despesa liquidada acumulada. Trata-se de instrumento que permite uma análise da situação mais atual do caixa.

A irrazoabilidade da pretensão, ou seja, a pretensão imoderada, cujo meio é incompatível com o alcance do fim almejado, quando alegada, também exige prova, porém,

---

"Art. 373 - O ônus da prova incumbe:

(...)

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

<sup>20</sup> Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

<sup>21</sup> Art. 52. O relatório a que se refere o § 3o do art. 165 da Constituição abrangerá todos os Poderes e o Ministério Público, será publicado até trinta dias após o encerramento de cada bimestre e composto de:

II - demonstrativos da execução das:

a) receitas, por categoria econômica e fonte, especificando a previsão inicial, a previsão atualizada para o exercício, a receita realizada no bimestre, a realizada no exercício e a previsão a realizar;

b) despesas, por categoria econômica e grupo de natureza da despesa, discriminando dotação inicial, dotação para o exercício, despesas empenhada e liquidada, no bimestre e no exercício;

c) despesas, por função e subfunção.

essa comprovação varia conforme as especificidades do caso, haja vista depender de uma análise de cada pretensão. No entanto, pode-se sustentar uma análise comparativa, que demonstra outro meio mais razoável para o alcance da medida pleiteada junto ao Estado.

#### **4.2 Natureza Jurídica – Princípio Jurídico**

Muito se discute sobre a natureza jurídica da reserva do possível. Há aqueles que defendem tratar-se de um argumento (SILVA, 2017, p. 213-242 e ARELLANO, 2017, p. 393-417), uma cláusula (PERLINGEIRO, 2014, p. 181-212), um conceito (TORRES, 2009, p. 105), uma doutrina (ZANITELLI, 2013, p. 187-192), um princípio (TIMM, 2013, p. 51-62) ou uma teoria (AMORIM, 2015, p. 268-290; KRELL, 2002, p. 51-57; LEAL;ALVES, 2016, pp. 587-606; MÂNICA, 2008, p. 89-104). Em trabalho sobre o tema, Ana Carolina Olsen (2012, p. 200) defende tratar-se de uma “condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”. Fabiana Kelbert (2011, p. 78), por sua vez, sustenta que a reserva do possível “existe como um limite fático e jurídico à plena realização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais”.

Como se vê, a inconsistência quanto à natureza jurídica da reserva do possível é patente quando analisada à luz da doutrina, podendo-se afirmar o mesmo com relação à jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal atribuiu-lhe natureza jurídica distinta em diferentes pronunciamentos, como é possível notar no estudo empírico constante na segunda parte deste trabalho.

Em que pese essa imprecisão, todas elas convergem quanto aos efeitos, na medida em que toda natureza jurídica atribuída impõe uma limitação à realização das obrigações estatais, donde afetam a concretização dos direitos fundamentais sociais. Essa limitação encontra-se externamente à estrutura desses direitos, portanto, à luz da teoria externa, exige-se uma análise com base na máxima da proporcionalidade.

Defende-se, neste trabalho, a reserva do possível como princípio jurídico. Trata-se de princípio material que deve ser conjugado com o princípio formal do legislador democraticamente legitimado. O enquadramento da reserva do possível como princípio material se justifica em razão de seu objeto de otimização, que se relaciona a determinado conteúdo, especificamente, à razoabilidade do interesse individual pleiteado e à capacidade financeira do Estado. Por sua vez, liga-se ao princípio formal da democracia, pelo qual o representante legitimamente eleito (seja ele legislador ou gestor) tem competência para a

tomada de decisões no que se refere à alocação de recursos. Isso decorre do caráter decisório inerente a essa alocação de recursos que é necessária à realização de uma demanda de interesse particular frente ao Estado. Trata-se de demanda cuja satisfação pela sociedade (i) deve ser razoável e (ii) não deve afetar o equilíbrio do orçamento público, portanto, com íntimas ligações com o processo legislativo orçamentário.

Neste processo, sabe-se que o legislador determina em orçamento – a partir de iniciativa do Executivo - a alocação dos recursos disponíveis para execução em determinado exercício financeiro, ou seja, destina o montante de verba para o cumprimento das obrigações estatais. Nesse sentido, uma vez definida a forma de realização de políticas públicas, pautadas em prestações dotadas de razoabilidade, não pode o Executivo frustrar seu cumprimento.

A doutrina diverge quanto ao caráter vinculante ou meramente autorizativo do orçamento público. Há defensores de que tal instrumento possui caráter meramente autorizativo, porém, essa corrente vem perdendo força ante um orçamento mais rígido e com significativa redução da margem de discricionariedade no dispêndio dos recursos públicos (FERREIRA, F. G. B C., 2017, p. 110). Com isso, tem-se o fortalecimento da corrente que defende o caráter vinculante do orçamento.

O orçamento público, em uma concepção clássica, podia ser considerado como um documento meramente contábil, em que se previam as receitas e se autorizava as despesas a serem realizadas pelo Estado. No entanto, com o advento do Estado Social, esse caráter de neutralidade foi abandonado e o orçamento tornou-se um instrumento de gestão para a administração pública. Nessa forma de Estado, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores constitucionais. Com isso se observa a intrínseca relação entre o orçamento e as políticas públicas, donde se conclui que a decisão sobre a alocação de recursos é de natureza política (MÂNICA, 2008, p. 90-91).

Ademais, além dessa natureza política – decorrente da construção conjugada pelos poderes Executivo e Legislativo -, o orçamento é dotado de normatividade, na medida em que se exterioriza por meio de diplomas legislativos, não se apresentando, portanto, como documento meramente formal ou contábil.

Sabe-se, porém, que todos os direitos demandam custos na sua efetivação, tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais. Enquanto os primeiros demandam recursos indiretamente, os últimos demandam diretamente (MÂNICA, 2008, p. 96). De forma que a sua concretização não pode ser dissociada de uma análise da capacidade financeira do Estado.

Nesse sentido, sobre a efetividade dos direitos sociais, Andreas Krell (2002, p. 52), elucida que tais reivindicações estariam “sob a reserva da capacidade financeira dos cofres públicos e de que a disponibilidade desses recursos estaria no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público”.

De fato, há um espaço para a tomada de decisão no campo orçamentário, ou seja, no estabelecimento do montante a ser direcionado a cada rubrica. No entanto, há um limite para esse poder discricionário, que decorre da própria Constituição. Significa dizer, os parâmetros constitucionais para alocação de recursos – como os patamares mínimos para saúde e educação - não podem ser ignorados nesse processo deliberativo, tanto pelo Executivo, na iniciativa da lei orçamentária, quanto pelo Legislativo na discussão e elaboração do orçamento público.

Além dos patamares estabelecidos pela própria Constituição para a alocação de recursos, nesse procedimento deliberativo, em que se tem a previsão de receitas e a fixação das despesas, impõe-se que a aferição da racionalidade da despesa pública a partir da essencialidade da prestação a ser fornecida pelo Estado. Tal essencialidade pode ser apurada a partir do *mínimo existencial*, conforme se expõe no tópico a seguir.

Nesse sentido, tendo a reserva do possível natureza principiológica, ante a existência de princípios colidentes impõe-se a realização de ponderação, com o fim de aferir o princípio que tem precedência naquela situação, pois “é apenas no caso real que se dá a verificação do peso dos princípios opostos para a determinação de qual terá precedência” (TOLEDO, 2011, p. 232). Essa contraposição somente será superada mediante a utilização da *máxima da proporcionalidade*, em especial, da *fórmula do peso*, componente desta máxima em sua terceira máxima parcial. Com este instrumental, uma resposta racionalmente fundada pode ser alcançada nas ações em que se alega a reserva do possível.

Na eventualidade de que essa demanda seja exigida judicialmente e venha o Estado alegá-lo como matéria de defesa, evidentemente que tal alegação também estará sujeita à comprovação.

### **4.3 Inoponibilidade ao *mínimo existencial***

Um tratamento racional do *princípio da reserva do possível*, além de considerar a ponderação de competências, não pode desprezar sua inoponibilidade ao *mínimo existencial*. Ambas considerações ocorrem sob o manto da teoria dos princípios. O *mínimo existencial*

pode ser definido como "um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas" (LOBO TORRES, 1990, p. 69), tendo como conteúdo “o conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana” (TOLEDO, 2017a, p. 103).

Apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais mínimos forma o conteúdo do *mínimo existencial* (TOLEDO, 2017a, p. 104). Na medida em que esses direitos sofrem alteração qualitativa e quantitativa conforme o contexto socioeconômico nacional em que estão inseridos, o mesmo pode ocorrer com o conteúdo do *mínimo existencial*. Tanto que “na Alemanha, adota-se majoritariamente o conteúdo proposto por Robert Alexy: direito à educação fundamental, média e profissionalizante; direito à moradia simples; e direito a um patamar mínimo de assistência médica” (TOLEDO, 2017a, p. 104). Já no Brasil, através de construção sistematizada por Cláudia Toledo (2017a, p. 111-116) é possível definir a composição do *mínimo existencial* como o núcleo essencial dos direitos à educação (níveis infantil, fundamental e médio) e saúde (demandas de saúde de primeira necessidade<sup>22</sup>).

A decisão *numerus clausus* (BVerfGE 33, 303) apresentou os contornos da reserva do possível e também efetuou considerações quanto ao *mínimo existencial* (*Existenzminimum*), em que pese a referência inicial a esta expressão datar-se da década de 50 no direito alemão.

Nota-se que “o ponto de maior destaque da decisão no sentido da construção conceitual do *mínimo existencial* foi a delimitação da noção de *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) como elemento essencial àquele conceito” (TOLEDO, 2017a, p. 107). É dizer, a delimitação da *reserva do possível* trouxe contribuição fundamental ao esclarecimento e formulação do conceito de *mínimo existencial*, uma vez que são esses temas absolutamente relacionados entre si.

No Brasil, a primeira referência ao *mínimo existencial* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorreu na ADPF 45 MC/DF, em voto de lavra do Ministro Celso de Mello. Tal situação ocorre de forma semelhante com o *princípio da reserva do possível*, cujo *leading case* no Supremo Tribunal Federal foi precisamente a mesma ADPF 45 MC/DF.

Apesar de existir essa íntima ligação, eles se estruturam sob formas distintas. O *mínimo existencial* é um *mandamento definitivo* e determina algo no âmbito daquilo que é

---

<sup>22</sup> Sobre as demandas de saúde de primeira necessidade, cf. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. A Eficácia do Direito Social à Saúde. *Revista Ética e Filosofia Política, Juiz de Fora*, v. 1, n. 16, p. 77-105, jun. 2013.

fática e juridicamente possível, realizando-se definitivamente. Por outro lado, *a reserva do possível é mandamento de otimização* e se realiza na maior medida possível dentro de certas possibilidades fáticas e jurídicas.

Essa estrutura diversa implica particularidades no momento de aplicação, pois *mandamentos definitivos* aplicam-se por subsunção, enquanto *mandamentos de otimização* aplicando-se mediante a *máxima da proporcionalidade*. Por tal razão, existe uma inoponibilidade da *reserva do possível* frente ao *mínimo existencial*.

Desse modo, uma avaliação racional, que envolva um direito que componha o *mínimo existencial*, sequer adentra a avaliação da *reserva do possível*. Trata-se de normas distintas, com procedimentos distintos de aplicação. Em face desta e de outras ocorrências, reside a importância de que seu discurso de justificação seja racionalmente fundamentado.

Não obstante, tanto o direito ao *mínimo existencial*, quanto o *princípio da reserva do possível* atuam na proteção aos direitos fundamentais sociais. O *mínimo existencial* se apresenta como elemento garantidor destes direitos, em especial, da parcela essencial à garantia de uma vida digna. Já a *reserva do possível* apresenta balizas e parâmetros para eventuais restrições, não permitindo que estas ocorram de forma de forma ilimitada.

#### **4.4 Tribunal Constitucional – BVerfG (decisão *numerus clausus*, BVerfGE 33, 303) e STF (ADPF 45 MC/DF)**

##### **4.4.1 Decisão *numerus clausus*, BVerfGE 33, 303**

A reserva do possível tal como se discute na atualidade, surgiu na Alemanha, através da paradigmática decisão *numerus clausus* (BVerfGE 33, 303) do Tribunal Constitucional, na oportunidade em que este apreciou a limitação de acesso ao ensino universitário daquele país.

Quanto à decisão BVerfGE 33, 303, naquela ocasião, o Tribunal Constitucional Federal foi acionado para fixar entendimento, visando estabelecer critérios explícitos e objetivos para a restrição do ingresso de alunos ao ensino superior - envolvendo duas instituições de ensino alemãs, as universidades de Hamburgo e da Bavária - decorrente de divergência jurisprudencial sobre a matéria entre os tribunais administrativos daqueles dois estados-membros da Alemanha (TOLEDO, 2017, p. 107).

As decisões das instâncias inferiores administrativas destes Estados tinham como objeto regulamentar a admissão para o curso de medicina humana (medicina e odontologia) naquelas universidades para os anos de 1969 e 1970, estabelecendo restrições ao acesso.

Schwabe (2005, p. 657) destaca que a Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponibilizadas para os candidatos foram distribuídas na proporção de 60% e 40%. O primeiro grupo, atendendo a fatores de desempenho, levando em consideração o currículo do candidato e o segundo grupo, considerando sua faixa etária, a partir do ano de seu nascimento. Poderia, ainda, haver reserva de vagas para situações especialmente peculiares, porém, sem fixar um número de vagas.

A regulamentação promovida pela Universidade da Bavária estabelecia uma limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento somente. Ela ocorreria se fosse estritamente essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações da universidade. Mas, determinou que algumas vagas fossem reservadas para estudantes residentes na Bavária (SCHWABE, 2005, p. 657).

Nesse caso, haveria uma limitação na oferta de ensino. No entanto, a restrição de acesso mediante limitação de vagas, visava a manutenção da continuidade da referida prestação. O que se vê, é que a decisão *BVerfGE* 33, 303 envolveu, essencialmente, uma controvérsia sobre o ingresso no ensino superior e a eventual demora no início desse curso, quando o candidato fosse obrigado a aguardar em fila de espera.

Em linhas gerais, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu que a pretensão individual demandada ao Estado deve permanecer nos limites do razoavelmente exigível. No caso, não se trata de uma negativa do Estado em reconhecer o direito do cidadão ao acesso à educação superior, porém, esse direito pode sofrer limitações.

Assim, consignou-se que limitações somente serão constitucionais quando:

- a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do *uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis*, e;
- b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino (SCHWABE, 2005, p. 658).

A doutrina afirma que para essa decisão as exigências de prestações materiais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade<sup>23</sup>” (SCHWABE, 2005, p. 663).

---

<sup>23</sup> “Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der

Em que pesem essas considerações, a decisão *BVerfGE* 33, 303 não pode ser dissociada de seu contexto histórico, sob o risco de que as considerações lá realizadas, sejam devastadas em contextos socio-econômicos distintos. Isso porque, entre as décadas de 1960 e 1970, o Estado Social alemão já se encontrava sedimentado. Com isso, as dificuldades no provimento do ensino superior – objeto da decisão – “prendiam-se, essencialmente, a um aumento significativo da demanda, conforme se depreende da própria literalidade da decisão *BVerfGE* 33, 303” (SGARBOSSA, 2009, p. 93). É esse o contexto – de um Estado Social já sedimentado - em que se insere a determinação, relativa à exigência de prestações materiais.

Ademais, na decisão *numerus clausus*, o Tribunal não afirmou que a exigibilidade dos direitos lá pleiteados estava condicionada à existência e à disponibilidade de recursos financeiros. No entanto, impôs limites a uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais sociais, em especial, quando se tratar de direito sujeito à demanda flutuante, fruto de interesses e motivações individuais (SGARBOSSA, 2009, p. 93).

Por isso, Sgarbossa (2009, p. 93-94) afirma que apenas de forma secundária é que os aspectos relativos à reserva orçamentária integraram a decisão *numerus clausus*, como a necessária manutenção do equilíbrio orçamentário – diretriz expressa da Lei Fundamental alemã em seu art. 109, §2º. Em consequência, “atribui-se ao Estado a decisão sobre a alocação dos recursos entre os diversos setores do orçamento, de modo a atender também a outros interesses da coletividade” (CASTRO, 2012, p. 105).

A razoabilidade da pretensão, portanto, é extraída da ponderação entre os interesses individual e coletivo - o interesse individual do candidato em pleitear o ingresso em curso universitário e o interesse coletivo no custeio destes cursos. Trata-se, em última medida, de considerar a necessária manutenção do equilíbrio orçamentário e respeitar a decisão sobre a alocação dos recursos.

Assim, determinou-se que a pretensão individual permanecesse nos limites do razoavelmente exigível. Isto é, foi admitida a restrição à liberdade de escolha profissional do

---

*Gesellschaft beanspruchen kann*” (BVerfGE 33, 303). Mesmo que os direitos de participação não sejam limitados desde o início ao que já está disponível, eles estão sujeitos ao que é possível no sentido do que o indivíduo pode razoavelmente reivindicar da sociedade (Tradução livre).

“Wird der Zulassungsanspruch als Teilhaberecht aufgefaßt, dann folgt seine Beschränkbarkeit daraus, daß Teilhaberechte - wie bereits erwähnt - unter dem Vorbehalt des Möglichen stehen und notwendig regelungsbedürftig sind” (BVerfGE 33, 303). Se a pretensão a uma licença for considerada como um direito de participação, sua limitação decorre do fato de que, como já mencionado, esse direito está sujeito à reserva do possível e requer regulamentação (Tradução livre).

indivíduo, na medida em que se entendeu como elevado o provável risco ao bem coletivo, em caso de ingresso indiscriminado nos cursos superiores (TOLEDO, 2017a, p. 107-108).

Os contornos dados pela jurisprudência brasileira ao *princípio da reserva do possível* divergem em parte com os de sua origem, como se vê em seguida.

#### 4.4.2 ADPF 45 MC/DF

No Brasil, as primeiras ações que fazem referência ao *princípio da reserva do possível*, muito embora a ele não seja atribuída essa natureza jurídica, datam de 2003 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (IF 470/SP e IF 262/SP).

Não obstante, o tema ganhou destaque na jurisprudência do Tribunal a partir de decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF<sup>24</sup>, ao extingui-la por perda do objeto. Assim, esse tema, no caso paradigmático brasileiro, surge em ação do controle concentrado de constitucionalidade. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem contornos traçados por lei específica (Lei n. 9.882/99). A doutrina defende seu manejo em três hipóteses, seguindo a determinação legal:

[...] para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição [...] (MORAES, 2014, p. 808).

A ADPF 45/DF foi promovida contra veto emanado do Presidente da República, incidindo sobre o §2º do art. 55 (renumerado para art. 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da LOA/2004. O Requerente sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, cuja promulgação teve por fim garantir recursos financeiros mínimos para aplicação em ações e serviços públicos de saúde.

O Presidente da República, após o veto parcial ora questionado, remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou a integralidade do §2º do art. 59 da Lei n. 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília: Imprensa Nacional, v. 200, n. 1, p. 191-197, abr./jun. 2007a.

Com o advento da Lei n. 10.777/2003, modificando a própria LDO (Lei n. 10.707/2003), foi suprida a omissão motivadora do ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conferindo-se efetividade à EC 29/2000 mediante a garantia de recursos financeiros mínimos para as ações e serviços públicos de saúde. Com isso, impôs-se a extinção da ação pela perda de seu objeto.

Originalmente, a ADPF 45 MC/DF apresentou o seguinte entendimento:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos (BRASIL, 2007a, p. 195).

Como se vê, as considerações acerca da disponibilidade financeira foram alçadas ao patamar de condição essencial na avaliação da pretensão deduzida em juízo.

Conforme expõe Wang (2013, p. 368-369) em estudo pioneiro sobre o tema na jurisprudência do STF, o tratamento dispensado à *reserva do possível* sofria variações conforme o direito pretendido na ação. Especificamente sobre a ADPF 45 MC/DF, o mesmo autor (2013, p. 356) comenta, ainda, a ocorrência de posições inovadoras em relação às outras decisões do Tribunal<sup>25</sup>, em especial, ao considerar o elemento da limitação de recursos, bem como a relativização do direito à saúde.

Neste processo de importação, observa-se verdadeira mutação ou deformação, em sua recepção, na medida em que seu fundamento se afastou do modelo e das circunstâncias dos precedentes alemães. Essas ocorrências são perigosas, ainda mais quando se analisa que este princípio tem ganhando espaço na jurisprudência brasileira, em especial, nas ações que discutem a implementação de direitos fundamentais sociais, como a saúde e a educação. Nessa linha, Lobo Torres (2009, p. 110), observava que a *reserva do possível* recebeu no Brasil, contornos de reserva do possível fática, inexistente em sua origem.

---

<sup>25</sup> Muito embora a temática da reserva do possível, dos custos dos direitos e da escassez de recursos sejam citados no RE 410.715 AgR/SP, no RE 436.996 AgR/SP e no AI 677.274/SP, todos de relatoria do Min. Celso de Mello, tais argumentos não tiveram relevância na fundamentação dos votos. Surgindo apenas como *obiter dictum*. Nestes casos, o Tribunal manteve um alto nível de abstração frente às particulares do caso concreto e promoveu uma análise mais teórica e menos concreta na qual reserva do possível, custos dos direitos e limitação de recursos seriam indispensáveis (WANG, 2013, p. 356).

Andreas Krell, por sua vez, defende a inaplicabilidade da *reserva do possível* em nosso país, no seu entendimento (2002, p. 53), “a maior necessidade de políticas públicas e concretização de direitos fundamentais sociais no Brasil inviabilizaria a aplicação desse instituto em nosso direito”. Tal posicionamento tem como pressuposto uma avaliação das diferenças socioeconômicas existentes entre Brasil e Alemanha.

Com isso, o que se tem visto é uma restrição do que se compreende como expressão da *reserva do possível*, sendo incorporada como qualquer limitação à realização de direitos fundamentais sociais, baseada na escassez de recursos - inexistência ou insuficiência – ou compreendida como indisponibilidade jurídica dos mesmos, em face das leis orçamentárias (SGARBOSSA, 2009, p. 90).

Ainda que na decisão *numerus clausus* a referência à escassez de recursos tenha ocorrido de forma indireta, sem qualquer ênfase a este aspecto (dimensão fática), ela é que adquiriu relevância na abordagem da *reserva do possível* com sua incorporação ao sistema brasileiro. Trata-se de dimensão que não deve ser ignorada, mas tratada de forma racional, o que se dá mediante uma avaliação de sua comprovação, conforme apresentado.

Não obstante a forma de incorporação do *princípio da reserva do possível* em nosso sistema, a ADPF 45 MC/DF já aponta importantes diretrizes para sua avaliação, como:

1) a necessária preservação do *mínimo existencial*, não se opondo a este o *princípio da reserva do possível*<sup>26</sup>;

2) a impossibilidade de que o Estado crie obstáculos de natureza orçamentária<sup>27</sup> para justificar – com base na *reserva do possível* – o descumprimento de obrigações;

3) a reserva do possível deve ser devidamente comprovada, de forma objetiva, quando alegada como tese defensiva<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> “[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético- jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado [...] (BRASIL, 2007a, p. 195)”.

<sup>27</sup> “[...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência [...] (BRASIL, 2007a, p. 194)”.

Em pesquisa empírica apresentada a seguir, pode-se notar que tais parâmetros foram seguidos pelo STF em diversos pronunciamentos<sup>29</sup>, podendo-se, ainda, extrair alguns critérios para avaliação do *princípio da reserva do possível*:

1) ao se reconhecer um direito como integrante do conceito de *mínimo existencial*, afasta-se a aplicação do *princípio da reserva do possível*;

2) ocorrendo ausência ou insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício financeiro em curso, devidamente comprovada, cumpre ao ente público demandado promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte;

3) não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente público, inexistirá empecilho jurídico para que o Poder Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político;

4) admite-se ao ente público a utilização do mecanismo de suplementação orçamentária, visando à obtenção de recursos para satisfação de pretensão deduzida em juízo, afastando-se com isso a inexistência de recursos;

5) inexistente ingerência do Poder Judiciário na atuação dos demais Poderes, quando sua atuação visa a superar omissão inconstitucional, em especial, quando reconhecida a omissão dos demais Poderes na concretização de políticas públicas previstas constitucionalmente.

Como já destacado, muitos desses critérios encontram-se desenvolvidos já mesmo na ADPF 45 MC/DF. Disso decorre um dos aspectos da racionalidade da argumentação desenvolvida quanto ao respeito aos precedentes.

---

<sup>28</sup> “[...] ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais (BRASIL, 2007a, p. 194)”.

<sup>29</sup> Em que pese não se tratar da primeira referência na jurisprudência do STF, trata-se do *leading case* nesta matéria, com inúmeros casos posteriores lhe fazendo referência.

## **PARTE II – JURISPRUDÊNCIA DO STF**

### **1. METODOLOGIA**

#### **1.1 Análise documental e documentos virtuais**

Em que pese a existência de variadas metodologias de pesquisa com base empírica, que se distinguem pela forma de coleta e seleção do material - como observação participante, entrevista, grupo focal, pesquisa documental e historiográfica, pesquisa de fluxo e estudo de caso (MACHADO, 2017) -, em face dos objetivos traçados, adotou-se o método de análise documental, a partir das contribuições de Cellard (2012, p. 295-316).

Há uma base diversificada de instrumentos documentais, públicos ou privados, como registros estatísticos de institutos de pesquisa, registros de órgãos públicos, jornais, boletins, cartas, dentre outros (SANTADE, 2014, p. 107). Não obstante, a análise de processos judiciais - manifestações dos litigantes, votos e acórdãos dos tribunais – tem ampliado o campo para pesquisa jurídica (SILVA, 2017, p. 282).

Assim, por serem as decisões judiciais registros documentais, o método utilizado – pesquisa documental – permite identificar a forma como um Tribunal compreende um instituto jurídico, bem como revelar eventuais posições consolidadas, divergências e incoerências nos julgados. Isso porque, a partir "de uma perspectiva institucional, o comportamento dos atores sociais e estatais que atuam junto ao sistema de justiça também pode ser descrito com relativa nitidez através dos dados presentes nos processos judiciais" (SILVA, 2017, p. 284).

A existência de documentos virtuais amplia de forma significativa as possibilidades de pesquisa no campo jurídico. Para tanto, algumas particularidades desse tipo de documento devem ser registradas. Especificamente, em relação ao material aqui selecionado, para atestar sua confiabilidade, impõe-se o registro das seguintes considerações:

- 1) a análise do inteiro teor dos acórdãos e a coleta dos documentos ocorre no próprio ambiente virtual disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal, em base de dados específica. Com isso, vislumbra-se a autenticidade dos documentos;
- 2) trata-se de espaço virtual pertencente a organismo oficial do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal, com domínio específico - .jus ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), sendo o domínio extensível à base de dados;

3) o espaço para acesso ao banco de dados possui os objetivos institucionais claramente fornecidos - proporcionar a pesquisa ao inteiro teor dos acórdãos, a movimentação processual e também aos autos eletrônicos em trâmite perante aquele Tribunal;

4) a organização e a apresentação das informações facilitam o acesso ao público.

Os documentos disponibilizados pelo site do STF, nos quais é disposto o inteiro teor dos acórdãos, têm em sua estrutura os seguintes elementos:

- 1) ementa: com descrição da questão julgada e breve resumo da decisão;
- 2) relatório: com apresentação da questão pelo Ministro relator, manifestações das partes, da PGR e em alguns casos também da AGU, bem como os argumentos que levaram a controvérsia até o Tribunal;
- 3) voto do relator;
- 4) votos dos demais Ministros que participaram do julgamento; e,
- 5) extrato de ata com resumo do julgamento.

## 1.2 Critérios para tabulação

A análise levará em consideração os principais argumentos da decisão. O critério de relevância do argumento é tanto a sua repetição, quanto a importância por ele desempenhada na fundamentação da decisão, enquanto: (i) argumento determinante e, (ii) integrante ou mais próximo à *ratio decidendi*. Tais argumentos serão submetidos às análises qualitativa e quantitativa, em caráter complementar, mediante integração dos dados.

Essa convergência será possível mediante uma análise inicial sob um viés qualitativo, seguida por uma análise quantitativa. Para tanto, na primeira análise utiliza-se uma *Tabela-Padrão de fichamento da pesquisa empírico-jurisprudencial* (Apêndice A), bem como uma *Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais* (Apêndice B).

Os dados apurados nesse primeiro momento serão posteriormente submetidos à *Tabulação Cruzada quantitativa* (Apêndice C), cujos resultados quantitativos serão apresentados graficamente para melhor compreensão, em tópico a seguir.

A *Tabela-Padrão de fichamento da pesquisa empírico-jurisprudencial*, utilizada para o fichamento dos acórdãos do STF, estrutura-se sobre quatro divisões: 1) dados do processo; 2) decisão; 3) argumentos institucionais, e; 4) argumentos não institucionais.

Os *dados do processo* referem-se às informações identificadoras do processo em análise, sendo os seguintes:

- *Tribunal*
- *Ação*
- *Data*
- *Relator*
- *Requerente*
- *Requerido*
- *Endereço eletrônico*
- *Situação fática*

No item *decisão* são descritos outros elementos identificadores do processo, mas já relativos ao conteúdo da ação julgada:

- *Parte vencedora*: indivíduo/associação ou Poder Público (União, Estado, Distrito Federal ou Município);
- *Principais razões da decisão*: correspondem basicamente àquelas expostas na ementa do acórdão;
- *Princípios citados*: em se tratando de pesquisa relativa ao *princípio da reserva do possível*, que frequentemente entra em colisão com outros princípios, a identificação desse tipo de norma na decisão é fundamental para verificação da racionalidade de sua fundamentação;
- *Princípios preponderantes*: havendo colisão principiológica no caso, haverá princípio(s) preponderante(s) e princípio(s) preterido(s), cuja identificação é essencial para a racionalidade da fundamentação da decisão.

No item *Argumentos Institucionais*, são dispostos as três *condições limitadoras* do discurso jurídico (conforme Robert Alexy), os três *argumentos institucionais* que caracterizam esse discurso como *caso especial* do discurso prático geral:

- *Dispositivos normativos*: Constituições, leis, orçamentos, decretos, regulamentos e portarias;

- *Precedentes*

- *Doutrina*: mediante referências a autores e/ou obras científicas.

No item *Argumentos Não Institucionais*, com base no pensamento de Robert Alexy e Jürgen Habermas, são dispostos os:

- *Argumentos práticos gerais*: argumentos pragmáticos, éticos e morais;

- *Argumentos empíricos*: argumentos relativos a fatos concretos ou dados científicos.

Alexy (2005, p. 46;228) distingue o discurso entre *discurso prático geral* (discurso normativo em que a pretensão de correção é levantada) e *discurso empírico* (discurso sobre fatos concretos – passados, presentes e/ou futuros – e *dados das ciências naturais ou sociais*).

Em Habermas (2003, p. 200-203) é possível diferenciar os argumentos práticos gerais em: argumentos *pragmáticos* – relativos à escolha de técnicas e estratégias de ação, baseadas especialmente nos critérios de eficiência e utilidade; argumentos *éticos* – argumentos pelos quais os membros de uma sociedade buscam esclarecer o modo de vida compartilhado e os ideais diretivos de seus projetos de vida em comum, são argumentos relacionados com a tradição que confere identidade a determinada sociedade ou ao autoentendimento cultural e político de uma comunidade histórica; argumentos *morais* – que visam ao “interesse simétrico de todos”, tendo a estrutura semântica de imperativos categóricos. Relacionam-se, portanto, como o princípio da universalidade.

Posteriormente, considerando a necessidade de análise do inteiro teor dos autos, cujas razões serão oportunamente descritas e justificadas, tornou-se necessária uma adaptação no instrumento utilizado para fichamento. Por tal motivo, o fichamento e a análise das peças em que se deu a comprovação da *reserva do possível* foi realizada mediante a *Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais*, constante do apêndice B.

Essa tabela estrutura-se sobre três divisões: 1) dados do processo; 2) argumentos institucionais, e; 3) argumentos não institucionais.

Os *dados do processo* referem-se às informações identificadoras da peça processual em análise, sendo os seguintes:

- Ação Originária

- Data

- Endereço eletrônico
- Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”

Nos itens *Argumentos Institucionais* e *Argumentos Não Institucionais*, são dispostos os mesmos critérios expostos acima em relação à tabela constante do Apêndice A.

A análise realizada com base nestes dois instrumentos tem natureza qualitativa, permitindo uma visualização sobre a ocorrência do *princípio da reserva do possível* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não ficando restrita aos acórdãos, uma vez que também permite visualizar as hipóteses de sua comprovação.

Assim, com base nos dados tabulados, realizou-se uma análise quantitativa, valendo-se da *Tabulação-Cruzada quantitativa*, constante do Apêndice C.

Nesta tabela, são preenchidos dados de identificação do material levantado:

- *Processo*;
- *Período*;

Em seguida, são expostos os números correspondentes a todos os critérios constantes da Tabela-Padrão de fichamento, quais sejam:

- *Argumentos Institucionais*: dispositivos normativos, precedentes, doutrina (número de ocorrência de cada um e seu correspondente percentual, considerando-se a totalidade de decisões – e peças processuais – analisadas);

Nesse primeiro momento são apresentados os resultados relativos aos argumentos ligados às três *condições limitadoras* do discurso jurídico, conforme proposto por Alexy.

- *Argumentos Não Institucionais*: argumentos práticos gerais (argumentos pragmáticos, éticos e morais) e argumentos empíricos (fatos concretos e dados científicos).

Nesse segundo momento são apresentados os resultados relativos aos *argumentos não institucionais*, com base no pensamento de Alexy e Habermas.

A tabulação cruzada é um relevante instrumento para a análise quantitativa de dados, que permite a observação das informações coletadas e o alcance de conclusões, sem a exigência de ferramentas estatísticas mais elaboradas.

Trata-se de método válido quando os dados são classificados através de critérios qualitativamente determinados. Nesta pesquisa, os critérios podem ser visualizados a partir dos tipos de argumentos, a exemplo dos *argumentos institucionais*, *argumentos não institucionais* que compõem as Tabelas-Padrão de fichamento.

Esses são os parâmetros que permitirão a análise tanto quantitativa quanto qualitativa do material pesquisado. Com esse instrumental, portanto, é possível determinar as porcentagens de ocorrência dos argumentos.

### **1.3 Recortes institucional, temático, processual, temporal**

Tratando-se de análise qualitativa que visa compreender as informações apresentadas e o discurso desenvolvido (CELLARD, 2012, p. 299-303), tornou-se necessária a realização de recortes na coleta dos dados. Isso se dá mediante o estabelecimento de critérios que devem ser definidos objetivamente. Nesse sentido, utiliza-se como base os seguintes recortes: institucional, temático, processual e temporal.

O recorte institucional diz respeito à definição do órgão julgador, cujas decisões serão analisadas e se justifica por critérios de pertinência temática e relevância decisória. A pertinência temática diz respeito à adequação entre o objeto a ser analisado e o âmbito decisório do órgão julgador. A relevância decisória diz respeito ao impacto da discussão no campo jurídico (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p. 10-11).

Ambos os critérios são encontrados no âmbito da jurisdição constitucional, Supremo Tribunal Federal. Ademais, esse recorte guarda simetria com a origem do *princípio da reserva do possível*, ligado à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha.

O Supremo Tribunal Federal se apresenta, ao mesmo tempo, como órgão de cúpula do Judiciário e como Corte constitucional. Assim, sendo o STF o órgão constitucionalmente estabelecido para essa competência constitucional, tanto pela via recursal quanto originária, a seleção dos casos se dará a partir de sua atuação jurisdicional.

No recorte temático, a pesquisa empírica limitou-se a busca à expressão *reserva do possível*. Essa opção metodológica decorre da variedade de termos atribuídos pela doutrina em referência à sua natureza jurídica, a exemplo de: argumento (SILVA, 2017, p. 213-242 e ARELLANO, 2017, p. 393-417), cláusula (PERLINGEIRO, 2014, p. 181-212), conceito (TORRES, 2009, p. 105), doutrina (ZANITELLI, 2013, p. 187-192), princípio (TIMM, 2013, p. 51-62) e teoria (AMORIM, 2015, p. 268-290; KRELL, 2002, p. 51-57; LEAL;ALVES, 2016, pp. 587-606; MÂNICA, 2008, p. 89-104).

Em que pese essa multiplicidade de termos, a utilização da expressão *reserva do possível*, comum a todas naturezas jurídicas atribuídas, permite que a busca realizada

compreenda todas as denominações incorporadas pelo Tribunal em sua jurisprudência<sup>30</sup>. A busca se deu tanto nas ementas, quanto nos votos dos Ministros, seja o voto escrito preparado previamente, quanto intervenções orais. O que se faz necessário em razão do modo de deliberação e decisão colegiada<sup>31</sup> que é adotado pelo STF – modelo *seriatim* e agregativo. Na medida em que cada Ministro produz o seu próprio voto sobre a solução do caso, sendo a decisão colegiada produzida pelo cômputo destes entendimentos individuais (MELLO, 2015, p. 173-174).

O recorte processual, por sua vez, compreende as decisões proferidas em órgãos colegiados (Tribunal Pleno, 1ª e 2ª Turmas), excluindo-se as decisões monocráticas em razão de, eventualmente, refletirem posicionamento isolado dos Ministros<sup>32</sup>.

Por fim, adota-se um recorte temporal amplo, limitado ao ano de 2017, sem prazo inicial. Com isso, busca-se elaborar um banco de dados com todos os acórdãos do Tribunal sobre a matéria até então – dentro dos recortes definidos.

A execução se deu com acesso ao banco de dados através do endereço [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Na página inicial, selecionou-se o item *Jurisprudência > Pesquisa*.

Em seguida, na página *Pesquisa de Jurisprudência*, preencheu-se o campo *Pesquisa Livre* inserindo a expressão - reserva adj do adj possível<sup>33</sup> e marcando-se o campo *Ministro – Todos*; itens *Acórdãos*, *Repercussão Geral* e *Acórdãos anteriores a 1950*, *Data* somente a data final 31/12/2017. O próximo tópico apresenta os resultados alcançados com essa pesquisa.

## 2. PESQUISA EMPÍRICA QUANTITATIVA E QUALITATIVA – RESULTADOS

A partir dos critérios delineados, o *corpus* para análise inicial foi composto por 32 acórdãos, conforme tabela a seguir:

<sup>30</sup> Após análise do material coletado, notou-se que o STF atribui natureza jurídica diversa, além das citadas, a exemplo de “fórmula da reserva do possível” (ARE 745.745 AgR, ARE 727.864 AgR,, AI 598.212 ED/PR, RE 581.352 AgR/AM, RE 763.667 AgR/CE e STA 223 AgR/PE).

<sup>31</sup> Sobre o processo de formação da *ratio decidendi* nos julgados do Supremo Tribunal Federal, cf. KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 89-104, jan. 2014.

<sup>32</sup> “O fato é que os juízes não são atores neutros, ou meros porta-vozes do discurso oficial do Estado. Seus valores influenciam a sua atuação, e esta afirmação é praticamente um consenso, aparecendo até mesmo nos debates que os ministros travam durante os julgamentos [...]” (OLIVEIRA; SILVA, 2005, p. 250).

<sup>33</sup> O operador ADJ permite a busca de palavras aproximadas, na mesma ordem que for colocada na expressão de busca.

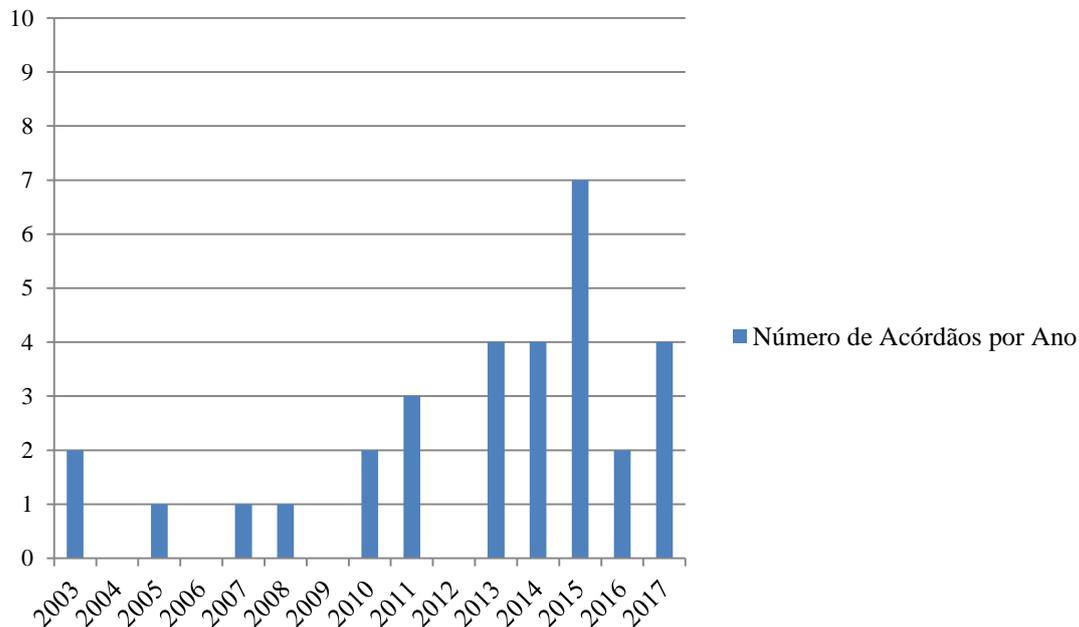
**Tabela 2.1:** Acórdãos que fazem referência à reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

<b>Ano</b>	<b>Núm. Acórdãos</b>	<b>Acórdão</b>	<b>Núm. Rep. Geral</b>	<b>Total/Ano</b>
<b>2003</b>	02	IF 470/SP	00	02
		IF 1.262/SP		
<b>2004</b>	00	-	00	00
<b>2005</b>	01	RE 410.715 AgR/SP	00	01
<b>2006</b>	00	-	00	00
<b>2007</b>	01	ADI 3.768/DF	00	01
<b>2008</b>	01	STA 223 AgR/PE	00	01
<b>2009</b>	01	Rcl 6.568/SP	00	01
<b>2010</b>	02	SL 47 AgR/PE	00	02
		STA 175 AgR/CE		
<b>2011</b>	03	ARE 639.337 AgR/SP	00	03
		ADI 4.167/DF		
		RE 368.564/DF		
<b>2012</b>	00	-	00	00
<b>2013</b>	04	RE 581.352 AgR/AM	00	04
		RE 763.667 AgR/CE		
		RE 567.985/MT		
		RE 642.536 AgR/AP		
<b>2014</b>	04	ARE 745.745 AgR/MG	00	04
		ARE 727.864 AgR/PR		
		AI 747.402 AgR/BA		
		AI 598.212 ED/PR		
<b>2015</b>	07	RE 796.347 AgR/RS	00	07
		ARE 860.979 AgR/DF		
		ARE 875.333 ED/RS		
		ARE 855.762 AgR/RJ		
		RE 592.581/RS		
		ADPF 347 MC/DF		
		RE 581.488/RS ADPF		
<b>2016</b>	02	ARE 855.476 AgR/MG	00	02
		RE 553.710/DF		
<b>2017</b>	04	RE 580.252/MS	00	04
		RE 587.970/SP		
		RE 1.026.698 AgR/MT		
		ADI 4.066/DF		
<b>TOTAL</b>	32	-	00	32

Após análise integral do inteiro teor dos acórdãos, tornou-se necessário o descarte<sup>34</sup> do acórdão relacionado à Reclamação n. 6.568/SP (Rcl 6.568/SP). Esse acórdão surge nos resultados de busca em razão de registro equivocado da expressão *reserva do possível* em sua indexação, pois não há qualquer referência ao *princípio da reserva do possível* no inteiro teor de seu julgamento.

Com isso, a distribuição anual dos acórdãos pode ser visualizada no seguinte gráfico:

**Gráfico 1:** Distribuição dos acórdãos que fazem referência à reserva do possível na jurisprudência do STF, por ano de julgamento



Da análise dos 31 acórdãos restantes, verificou-se a inexistência de uma alusão minuciosa aos argumentos apresentados pelas partes, não havendo referência, por qualquer ente estatal, a qualquer elemento de execução orçamentária, que demonstraria, cabalmente, a alegada insuficiência de recursos. A única referência existente aos instrumentos orçamentários, não permitiu concluir que os dados tenham sido apresentados mediante alegação do Estado<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> O registro da expressão surge em razão da discussão sobre a ocorrência de lacuna constitucional e sua superação através do *pensamento jurídico do possível* ou *pensamento possibilista*. A situação fática diz respeito ao exercício do direito de greve por servidores públicos – policiais civis – do estado de São Paulo, discutindo-se a possibilidade do exercício deste direito por servidores atuantes em atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública. Trata-se, portanto, de inserção equivocada da expressão *reserva do possível* junto à indexação do acórdão para registro no banco de dados do Supremo Tribunal Federal.

<sup>35</sup> No inteiro teor do RE 553.710/DF, o Ministro Dias Toffoli (Relator) realiza uma análise, ainda que superficial, das Leis Orçamentárias Anuais da União para os exercícios financeiros dos anos de 2005 a 2011. No entanto, não resta claro nos argumentos lançados se esses dados foram apresentados pelo ente público ou se trata de elemento trazido aos autos em virtude do poder de instrução do Ministro.

Da pesquisa empírica realizada até então, concluiu-se, portanto, inexistir, nos relatórios presentes no inteiro teor dos acórdãos, um registro preciso que comprove a alegação do *princípio da reserva do possível* pelo Estado. Essa era, entretanto, a única conclusão inequívoca que a análise do material selecionado permitia extrair.

Levantou-se então dúvida em relação à inexistência de comprovação do *princípio da reserva do possível*: a ausência de tal comprovação devia-se à sua efetiva inexistência ao longo de todo o processo judicial ou ela decorria meramente da impossibilidade de reexame de questões de fato pelo STF<sup>36</sup>, cuja competência limita-se na esfera recursal, exclusivamente, à análise das questões de direito envolvidas na ação judicial?

A resposta a essa pergunta apenas poderia ser dada mediante o exame não apenas da decisão terminativa do processo judicial, mas dos autos completos. Somente a análise do inteiro teor dos autos permitiria a avaliação de todas as manifestações apresentadas pelas partes no decorrer do litígio, desde o primeiro grau de jurisdição – na hipótese de competência recursal – ou desde a distribuição – na hipótese de competência originária.

Entretanto, o exame dos autos completos requer o acesso a todo o processo e o acesso aos processos físicos é limitado, em virtude da remessa imediata ao Tribunal de origem, tão logo ocorra o trânsito em julgado da decisão relativa ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

A superação dessa limitação foi possível com a análise dos processos eletrônicos, haja vista sua gradativa implantação no Tribunal, cujo início se deu em 2007, com a instauração do *peticionamento eletrônico* (Resolução n. 350, de 29 de Novembro de 2007), prosseguindo no ano de 2009 (Resolução n. 417, de 20 de Outubro de 2009) até que se atingisse, em 2010, o *trâmite exclusivamente eletrônico* perante o STF (Resolução n. 427, de 20 de Abril de 2010).

Desse modo procedeu-se a novo recorte processual, com a seleção daqueles processos cujo trâmite tenha sido integralmente eletrônico, viabilizando-se o acesso a todas as peças processuais.

Em conformidade a este recorte, enquadraram-se 15 acórdãos para a análise integral de seu inteiro teor e dos autos eletrônicos correspondentes, assim sintetizados:

---

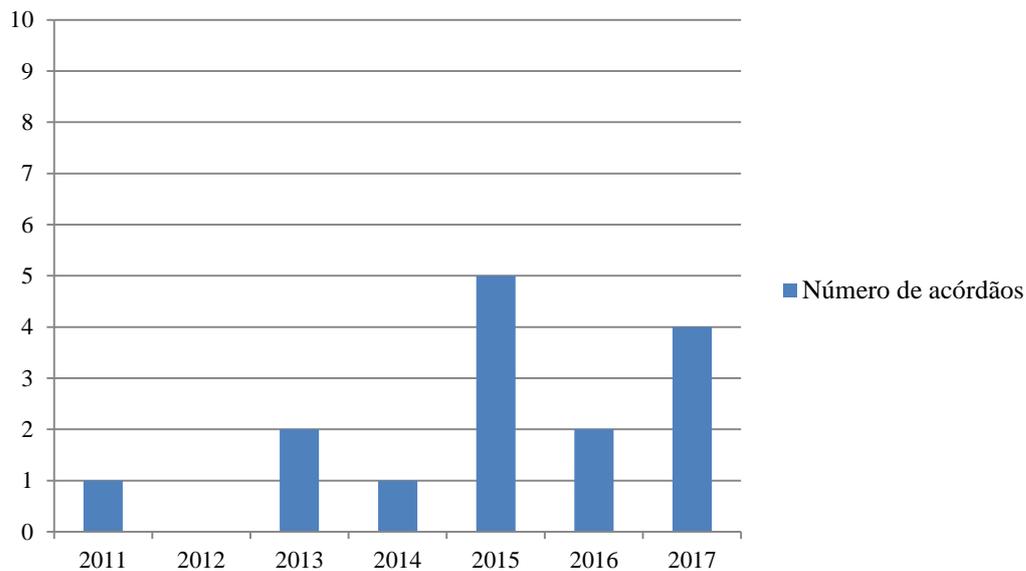
<sup>36</sup> Súmula n. 279/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

**Tabela 2.2:** Acórdãos que fazem referência à reserva do possível na jurisprudência do STF, cujos autos tiveram registro exclusivamente eletrônico, a partir de 2011.

Ano	Núm. Acórdãos	Acórdão
2011	01	ADI 4.167/DF
2012	-	-
2013	02	RE 763.667 AgR/CE
		RE 567.985/MT
2014	01	ARE 745.745 AgR/MG
2015	05	RE 796.347 AgR/RS
		ARE 855.762 AgR/RJ
		RE 592.581/RS
		ADPF 347 MC/DF
		RE 581.488/RS
2016	02	ARE 855.476 AgR/MG
		RE 553.710/DF
2017	04	RE 580.252/MS
		RE 587.970/SP
		RE 1.026.698 AgR/MT
		ADI 4.066/DF
<b>TOTAL</b>	15	-

Esse resultado pode ser visualizado no gráfico a seguir:

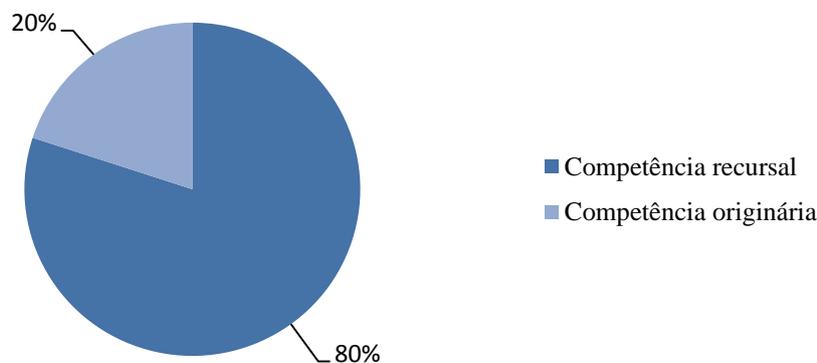
**Gráfico 2:** Distribuição dos acórdãos que fazem referência à reserva do possível na jurisprudência do STF com autos de registro exclusivamente eletrônico, por ano de julgamento, a partir de 2011.



Todos os autos selecionados ao final encontram-se passíveis de análise integral, uma vez inexistir restrição de acesso decorrente de trâmite sob sigilo de justiça<sup>37</sup> (art. 18, *caput*, da Resolução n. 427 do STF).

Dos casos em que há menção à expressão *reserva do possível*, tem-se 12 casos de competência recursal (80%) e 03 casos de competência originária (20%). Entre aqueles relacionados à competência recursal, 06 deles (50%) tratam de Ação Civil Pública em sua origem.

**Gráfico 3:** Distribuição por competência - Acórdãos sobre a reserva do possível na jurisprudência do STF com autos de registro exclusivamente eletrônico, a partir de 2011.



Assim, na análise do inteiro teor destes 15 processos, buscou-se a comprovação da alegação da *reserva do possível* em outras peças processuais, obtendo-se êxito em 05 deles (33,33%).

Nessa etapa foram analisadas diversas manifestações do Estado nestes processos judiciais, como: contestações, apelações (razões ou contrarrazões), embargos de declaração, agravos de instrumento e agravos internos, recursos especiais (razões ou contrarrazões), recursos extraordinários (razões ou contrarrazões). Também foram analisadas as manifestações de entes públicos na condição de *amicus curiae*, haja vista a existência dessa participação no julgamento perante o STF com a apresentação de elementos informativos, como dados técnicos, que auxiliam o Tribunal na resolução de certas demandas. Essa análise objetivou abarcar qualquer manifestação apresentada pelo Estado em que se alegasse, como matéria de defesa, a ausência, a insuficiência ou indisponibilidade de recursos financeiros, juntamente como elementos comprobatórios de tal alegação.

<sup>37</sup> Art. 18. Os processos que tramitam em sigilo de justiça só podem ser consultados pelas partes e procuradores habilitados no e-STF a atuar no processo.

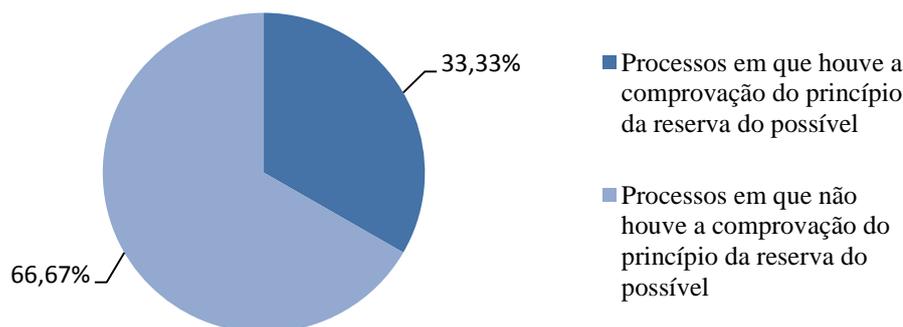
Nesse sentido, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal cujo inteiro teor dos autos possui manifestação com comprovação da *reserva do possível* são os seguintes:

**Tabela 2.3:** Acórdãos do STF cujo inteiro teor dos autos possui manifestação com comprovação da reserva do possível, registros a partir de 2011.

Ano	Núm. Acórdãos	Acórdão
2011	00	-
2012	00	-
2013	00	-
2014	00	-
2015	02	ARE 855.762 AgR/RJ
		RE 592.581/RS
2016	01	RE 553.710/DF
2017	02	RE 580.252/MS
		RE 587.970/SP
<b>TOTAL</b>	05	-

Esse resultado pode ser melhor visualizado, em termos percentuais, quanto à comprovação e não comprovação, no gráfico a seguir:

**Gráfico 4:** Acórdãos do STF cujo inteiro teor dos autos possuem manifestações com comprovação da reserva do possível, registros a partir de 2011



Seguindo a proposta de análise apresentada, a partir destes 05 acórdãos, na etapa de levantamento de dados, primeiramente, utilizou-se a *Tabela-Padrão de fichamento da pesquisa empírico-jurisprudencial*, constante do Apêndice A. Posteriormente, as manifestações com comprovação da *reserva do possível* também foram fichadas, utilizando-se, dessa vez, a *Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais*, constante do Apêndice B. As peças processuais submetidas a esse tabelamento foram as seguintes:

**Tabela 2.4:** Peças processuais que fazem referência à comprovação da reserva do possível e os respectivos acórdãos na jurisprudência do STF - autos de registro exclusivamente eletrônico, a partir de 2011.

Acórdão	Peça processual
ARE 855.762 AgR/RJ	Agravo Interno
	Embargos de Declaração
	Recurso Especial
	Recurso Extraordinário
RE 592.581/RS	Memorial – União ( <i>amicus curiae</i> )
RE 553.710/DF	Ofício - Prestação de Informações em Mandado de Segurança
	Recurso Extraordinário
RE 580.252/MS	Memorial – União ( <i>amicus curiae</i> )
RE 587.970/SP	Recurso Extraordinário

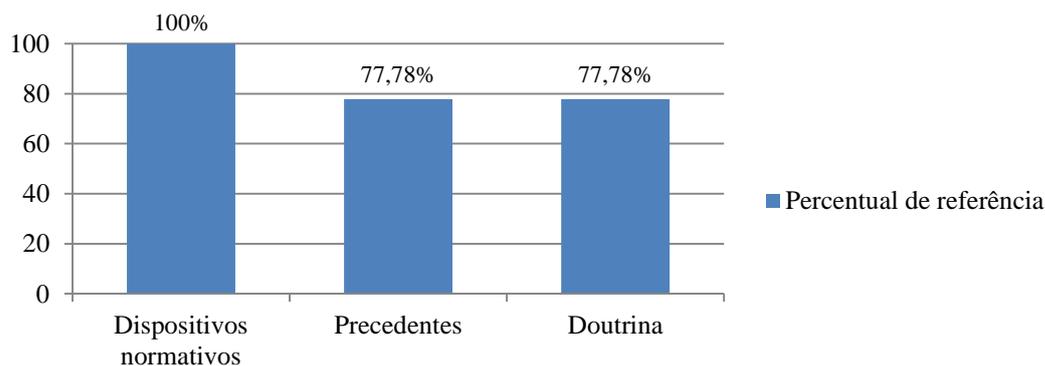
Tendo em vista a relevância dos argumentos que permeiam as alegações de comprovação do *princípio da reserva do possível*, passa-se a examiná-los detidamente.

Da análise das peças processuais em que houve comprovação da alegação da reserva do possível, em um total de 09 peças processuais (listadas na Tabela 2.4 supra), podem-se extrair os percentuais apresentados a seguir. Isso não significa, porém, que as conclusões extraídas sejam universais, dado o limitado número de amostras frente ao universo de pesquisa.

A presença de Argumentos Institucionais foi assim apurada:

- Dispositivos normativos: 100%
- Precedentes: 77,78%
- Doutrina: 77,78%

**Gráfico 5:** Percentual de referência à dispositivos normativos, precedentes e doutrina em peças processuais que fazem referência à comprovação da reserva do possível.



Quanto aos dispositivos normativos, há um destaque ao princípio da separação dos poderes, em respeito ao sistema de freios e contrapesos dele integrante (art. 2º, CF), bem como referência aos direitos fundamentais – mediante princípios jurídicos –, em especial, quanto ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF), direito à assistência social (art. 6º e 203, CF), direito à moradia (art. 6º, CF), direito à educação (art. 6º e 208, CF) e o direito de acesso à justiça através da Defensoria Pública (art. 134, CF). O mesmo ocorre com a proteção à dignidade humana (art. 1º, III, CF). Tal referência pode ser explicada a partir da menção ao direito que é pleiteado em cada ação, indispensável tanto na formulação do pedido, quanto na elaboração da tese defensiva pelo Estado ou mesmo em sua apreciação judicial, intimamente ligadas em virtude do princípio da adstrição.

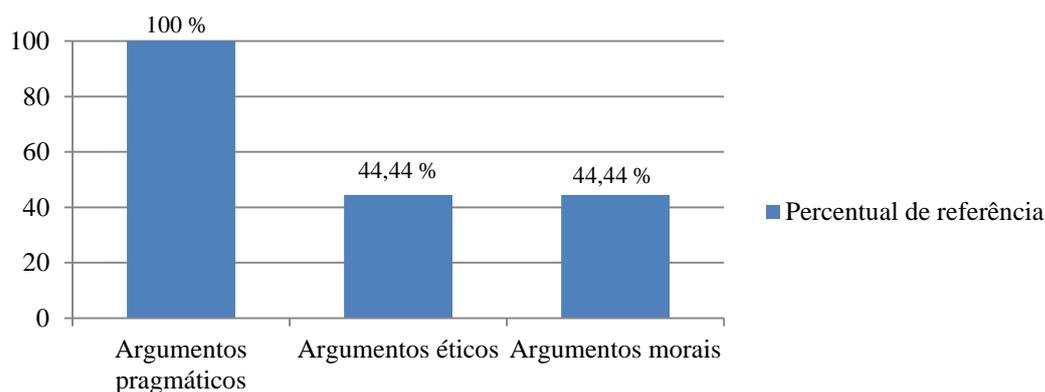
A referência aos precedentes ocorre em 77,78% das peças processuais em que se faz menção à *reserva do possível*, o que denota o cumprimento da regra do discurso jurídico (J.13) - “Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo”.

A referência à doutrina se dá no mesmo percentual de 77,78% de tais peças processuais, notando-se a referência às obras cuja temática guarda estreita relação com o objeto da ação, o que evidencia o cumprimento da regra do discurso jurídico (J.12) – “Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados”.

Quanto aos *Argumentos Não Institucionais*, em relação aos *argumentos práticos gerais* foi apurado o seguinte percentual:

- Argumentos pragmáticos: 100%
- Argumentos éticos: 44,44%
- Argumentos morais: 44,44%

**Gráfico 6:** Percentual de referência à argumentos pragmáticos, éticos e morais em peças processuais que fazem referência à comprovação da reserva do possível.



Dentre os argumentos *pragmáticos*, destacam-se especialmente aqueles de conteúdo econômico que questionam a capacidade do orçamento público em atender as demandas individuais pleiteadas sem gerar o seu desequilíbrio, a exemplo da consequência de ampliação do Benefício de Prestação Continuada (BPC) para estrangeiros e o impacto dessa escolha nas finanças públicas ou mesmo a escolha da Administração em direcionar os recursos existentes para o pagamento de reparações mensais a anistiados políticos, em detrimento do pagamento dos efeitos retroativos. Ao discorrerem sobre a escassez de recursos públicos, acentuam o caráter decisório da escolha que se impõe ao Administrador Público entre investir mais em um determinado setor e, por conseguinte, direcionar menos recursos para outro.

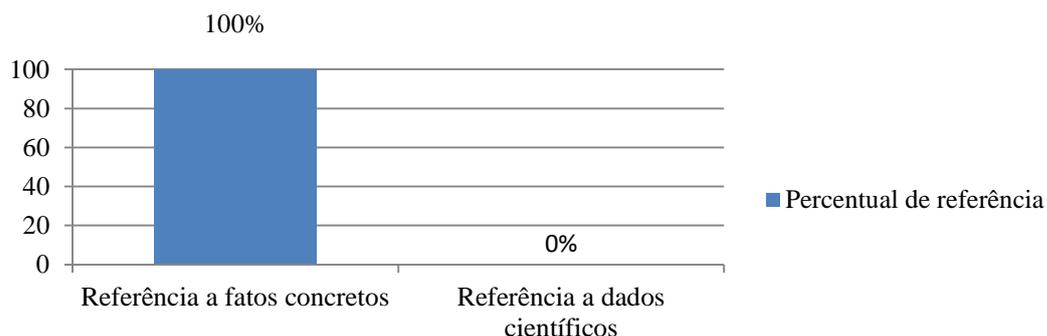
Entre os *argumentos éticos* tem-se o ideal diretivo, expresso no texto constitucional, sobre os benefícios assistenciais e se estes poderiam ser ampliados para estrangeiros, na medida em que compete ao Estado brasileiro a cobertura das questões sociais, em patamar suportável pela sociedade ou mesmo a discussão sobre a legitimidade de indenizações retroativas a anistiados políticos e o mecanismo de reparação econômica.

Entre os *argumentos morais* discute-se a necessidade de implementação de políticas públicas pelos poderes Legislativo e Executivo, de modo que os direitos sociais sejam concedidos de forma igualitária a todos que precisam e não apenas à minoria que acessa o Poder Judiciário. Tais argumentos também estão presentes na avaliação sobre a ampliação de benefícios assistenciais, cujas concessão e ampliação não devem afetar aqueles que já sejam beneficiários da Seguridade Social. Tais argumentos levam em consideração o aspecto da justiça.

Já em relação aos *argumentos empíricos*, apurou-se o seguinte percentual:

- Referência a fatos concretos: 100%
- Referência a dados científicos: 0%

**Gráfico 7:** Percentual de referência a fatos concretos e dados científicos em em peças processuais que fazem referência à comprovação da reserva do possível.



Assim, entre os argumentos *empíricos* relativos a *atos concretos*, destacam-se, por exemplo, a atuação do Poder Público estadual (com auxílio da União, mediante repasses do FUNPEN) na ampliação de vagas no sistema carcerário, visando a diminuir o seu déficit e melhoria das condições de encarceramento ou mesmo os dados sobre a grande concessão de benefícios assistenciais pelo Poder Judiciário, que afetaria a realização desta política pelo INSS. Nos *atos concretos* têm-se, ainda, dados sobre a insuficiência de recursos para cumprimento de determinadas obrigações, haja vista a sua alocação/comprometimento em demandas diversas.

Com isso, nota-se que a natureza dos argumentos que permeiam a fundamentação do *princípio da reserva do possível* em sua comprovação pelo Estado, vão ao encontro de sua natureza jurídica, pois:

- 1) cuidam de questões relativas ao orçamento público, estruturação e forma de prestação de determinadas políticas públicas;
- 2) estruturam-se em argumentos institucionais, típicos do discurso jurídico (dispositivos normativos, precedentes e doutrina); e,
- 3) acentuam que o conteúdo de seu objeto de otimização está relacionado à capacidade financeira do Estado.

No entanto, da análise de todo o material levantado – desde os 32 acórdãos do STF, passando pelos 15 processos eletrônicos examinados, até chegar nos 05 processos em que efetivamente houve referências à reserva do possível em alguma(s) peça(s) processual(is) -, entende-se que a comprovação do *princípio da reserva do possível* não foi satisfatória nem quantitativa, nem qualitativamente. Essa comprovação ocorreu em apenas um terço (33,33%) dos processos analisados, nos quais se evidenciou insuficiência no fornecimento de dados orçamentários. Não houve apresentação detalhada nem do orçamento público previsto, nem da execução orçamentária, mediante Relatório Resumido de Execução Orçamentária (RREO), de modo a comprovar a inexistência e a insuficiência de recursos. As alegações apontaram o direcionamento de recursos para demandas diversas daquela pleiteada, o que somente comprova eventual indisponibilidade, restando deficiente a comprovação de insuficiência dos recursos existentes.

Tal omissão se agrava na medida em que a confecção destes documentos – de planejamento orçamentário (PPA, LDO e LOA) e execução orçamentária (RREO) -, é obrigatória aos entes públicos, portanto, caberia tão somente a sua apresentação nos processos

judiciais, ante sua prévia existência ao tempo de formulação da peça processual que veicula a alegação estatal de submissão ao *princípio da reserva do possível*. O reconhecimento de tal situação mediante simples alegação, sem efetiva comprovação, gera um grave risco aos direitos fundamentais e deve ser superada.

## CONCLUSÃO

Esta dissertação foi dividida em duas partes. A primeira, refere-se à pesquisa teórico-bibliográfica realizada e a segunda, à pesquisa empírico-jurisprudencial desenvolvida.

O objetivo central do trabalho foi a verificação da existência (ou não) de comprovação do *princípio da reserva do possível* alegado nos processos judiciais analisados e, em caso de comprovação examinou-se sua qualidade: se a comprovação foi suficiente para demonstração do princípio e quais os tipos de argumentos utilizados (se argumentos típicos do discurso jurídico – argumentos institucionais – ou se argumentos do discurso prático geral – argumentos não institucionais).

Para tanto, necessário foi a elaboração conceitual da *reserva do possível* como princípio jurídico material que deve ser conjugado com o princípio formal da democracia. Tratando-se de princípio material em razão de seu objeto de otimização se relacionar a um determinado conteúdo, especificamente, à razoabilidade do pedido (interesse pleiteado) e à capacidade financeira do Estado, ou seja, discute-se a alocação de recursos que é necessária à realização de uma demanda de interesse particular frente ao Estado, cuja satisfação pela sociedade (i) deve ser razoável e (ii) não deve afetar o equilíbrio do orçamento público.

*Razoabilidade* é um conceito que traduz a ideia de moderação, bem como a noção de adequação entre meios e fins, tratando daquilo que ocorre sem excesso. Para que o equilíbrio do orçamento público não seja afetado, é preciso haver a *suficiência* e a *disponibilidade* dos recursos públicos necessários para a satisfação do interesse particular pleiteado. A *suficiência* traduz a existência de recursos em orçamento para a realização da demanda pleiteada, enquanto a *disponibilidade* diz respeito à possibilidade de uso dos recursos eventualmente existentes e que não estejam impedidos, por vinculação à demanda diversa.

A maior causa de alegação do *princípio da reserva do possível* pelo Poder Executivo é a exigência, feita por indivíduos (ou o Ministério Público) do cumprimento do seu dever de prestação de *direitos fundamentais sociais*, mediante ações ordinárias de obrigação de fazer e ações civis públicas. *Direitos fundamentais sociais* são direitos a ações positivas estatais, exigidas pelo indivíduo em face do Estado, que consistem em prestações materiais e têm como fim a melhoria das condições de vida daquele indivíduo.

Verificou-se mutação na abordagem nacional da *reserva do possível*, comparativamente às dimensões desse princípio, originário do direito alemão. No Brasil, o

*princípio da reserva do possível* passou a ser compreendido, tão somente, através da *não afetação do equilíbrio do orçamento público*.

De posse dos conceitos centrais relativos à matéria, passou-se à pesquisa empírico-jurisprudencial, para a verificação prática do tratamento destinado ao *princípio da reserva do possível* pelo Poder Judiciário brasileiro, a partir do seu órgão de cúpula, o *Supremo Tribunal Federal*. Esse foi o recorte *institucional* adotado considerando a pertinência temática entre o objeto analisado e o âmbito decisório do STF, por tratar-se do órgão que exerce a competência jurisdicional constitucional, tanto pela via recursal quanto originária. Foram levantados todos os *acórdãos* que mencionaram a expressão “reserva do possível”, desde 2003 (data da primeira menção a essa expressão pelo STF) até 2017 (primeiro dos dois anos da duração desta pesquisa). Identificou-se que, nos 32 *acórdãos* selecionados, não havia comprovação pelo Poder Executivo de sua alegação da *reserva do possível*.

Para que se ilidisse a dúvida acerca da possibilidade de essa comprovação ou, ao menos, maiores referências à *reserva do possível* terem sido feitas em manifestações das partes em outras peças processuais que não as decisões terminativas (dado não ser o STF instância competente para rediscussão de matéria fática), procedeu-se à seleção, dentre os 32 *acórdãos* levantados, daqueles que compunham processos de *trâmite exclusivamente eletrônico* no STF – o que ocorreu a partir de 2011. O formato eletrônico viabiliza o acesso a todas as peças que integram os autos. Selecionaram-se então 15 processos e em 05 deles pode-se visualizar a comprovação da alegação do Estado.

Na análise *qualitativa* desse material levantado na pesquisa empírica *quantitativa*, identificou-se a utilização de *argumentos institucionais* em 100% dos casos. Nas fundamentações das alegações pelo Estado, a ocorrência varia conforme o fundamento apresentado, sendo possível encontrar os seguintes percentuais: dispositivos normativos (100,00%), precedentes (77,78%) e doutrina (77,78%).

Constatou-se, igualmente, o recurso a *Argumentos Não Institucionais*. Destacando-se nesse grupo os argumentos *pragmáticos*, presentes em 100% dos casos, (majoritariamente argumentos consequencialistas de cunho econômico), fazendo referência ao orçamento público, bem como aos critérios para a realização de determinadas políticas públicas, sendo o que ocorre na discussão sobre os critérios estabelecidos para a concessão de benefícios assistenciais, como o Benefício de Prestação Continuada (BPC). *Argumentos éticos* ocorrem em 44,44% dos casos e surgem em questões como a cobertura social a ser dada pelo Estado através de benefícios assistenciais, conforme determinação do texto constitucional brasileiro.

Já os *argumentos morais*, cuja ocorrência também se dá em 44,44% dos casos, ligam-se à avaliação de políticas públicas sob o *prima da justiça* ou daquilo que é igualmente bom para todos.

Ainda nos *Argumentos Não Institucionais* destacam-se os *argumentos empíricos*, encontrando-se referência a *atos concretos* em 100% dos casos, não se verificando, todavia, referência a dados científicos. Nos *argumentos empíricos* relativos a *atos concretos* destacam-se, por exemplo, a atuação do Poder Público estadual (com auxílio da União, mediante repasses do FUNPEN) na ampliação de vagas no sistema carcerário, visando a diminuir o seu déficit e melhoria das condições de encarceramento. Tem-se, ainda, dados sobre a indisponibilidade de recursos financeiros para cumprimento de determinadas obrigações, haja vista a sua alocação/comprometimento em demandas diversas, a exemplo da impossibilidade de pagamento de aluguel social por Município, em razão do comprometimento dos recursos existentes com outras demandas locais.

Com isso, observa-se que a natureza dos argumentos que permeiam a fundamentação do *princípio da reserva do possível* vão ao encontro de sua natureza jurídica, pois lidam com questões relativas ao orçamento público, estruturação de políticas públicas, forma de prestação de serviços públicos, além disso, estruturam-se em argumentos jurídicos – institucionais (dispositivos normativos, precedentes e doutrina).

Importante instrumento probatório relacionado à alegação da *reserva do possível* pela Administração Pública é o detalhamento sobre o orçamento público previsto e sua execução através do Relatório Resumido de Execução Orçamentária (RREO). Verificou-se a omissão dos entes públicos nessa forma de apresentação dos dados, a despeito de o Supremo Tribunal Federal ter ressaltado diversas vezes, a relevância da devida comprovação – de forma objetiva – das alegações na fundamentação dos acórdãos estudados.

A questão suscitada no início deste trabalho questionava a existência (ou não) de comprovação do *princípio da reserva do possível*. Desse modo, em que pese ter-se visualizado essa comprovação, pode-se afirmar que esta não se deu nem na quantidade, nem na qualidade devida. Ela ocorreu em apenas um terço dos casos investigados.

Qualitativamente, verificou-se uma insuficiência de dados orçamentários capazes de embasar a alegação estatal de forma satisfatória. Não se observou uma apresentação minuciosa sobre o orçamento público, mediante exposição dos instrumentos de planejamento orçamentário (PPA, LDO e LOA), nem mesmo sua execução, mediante Relatório Resumido

de Execução Orçamentária (RREO). E, considerando que tais documentos devem ser obrigatoriamente confeccionados pelos entes públicos, essa omissão é ainda mais grave. Dessa forma, tratando-se de documentos existentes ao tempo de formulação da peça processual que veicula a alegação estatal de submissão ao *princípio da reserva do possível*, bastaria, tão somente, a sua apresentação nos processos judiciais juntamente com tal manifestação para que essa alegação restasse comprovada de forma satisfatória.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Problems of Discursive Rationality in Law. *In*: MAIHOFER, Werner; SPRENGER, Gerhard (ed). **Law and States in Modern Times**. Stuttgart: Franz Steiner, 1990. p. 174-179.

\_\_\_\_\_. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse. **Ratio Juris**, Oxford, v. 5, n. 2, p. 143-152, jul. 1992a.

\_\_\_\_\_. A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason. **Ratio Juris**, Oxford, v. 5, n. 3, p. 231-251, dez. 1992b.

\_\_\_\_\_. Legal Argumentation as Rational Discourse. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Milão, n. 2, p. 165-178, abr./jun. 1993.

\_\_\_\_\_. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica: Cláudia Toledo. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 253, p. 09-30, jan./abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Los Derechos Fundamentales y El Principio de Proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 91, p. 11-29, jan./abr. 2011

\_\_\_\_\_. A Construção dos Direitos Fundamentais. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (org.). **Teoria Discursiva do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2014a. p. 145-159.

\_\_\_\_\_. Princípios Formais. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et al.* (org.). **Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b. p. 03-36.

\_\_\_\_\_. “Dever” Ideal e Otimização. *In*: TOLEDO, Cláudia (org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o Poder Público: ensaio de um roteiro decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 259, p. 333-370, set. 2016.

AMORIM, Maurício Oliveira; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O protagonismo judicial e as políticas públicas. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 268-290, jan./jun. 2015.

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Para Além da Reserva do Possível - Cognição Conglobante e Dialética Pública no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 266, p. 393-417, abr. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4320.htm). Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em 08 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.707, de 30 de julho de 2003**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.707.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.707.htm). Acesso em 08 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.777, de 24 de novembro de 2003**. Acresce parágrafos ao art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2004. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.777.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.777.htm). Acesso em 08 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm). Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução n. 427 de 20/04/2010**. Regulamenta o processo eletrônico no âmbito do Supremo Tribunal Federal. DJE/STF: Brasília, DF, n. 72, p. 1, 26 abr. 2010.

BRASIL.. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Intervenção Federal 470/SP**. Intervenção Federal. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 26 de fevereiro de 2003.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81042>. Acesso em: 08 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Intervenção Federal 1.262/SP**. Intervenção Federal. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 26 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81122>. Acesso em: 08 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 410.715 AgR/SP**. Recurso Extraordinário - Criança de até seis anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, IV) - Compreensão global do direito constitucional à educação - Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, Art. 211, §2º) - Recurso Improvido. Relator: Ministro Celso de Mello, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 08 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Relator: Ministro Celso de Mello, 29 de abril de 2004, Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília: Imprensa Nacional, v. 200, n. 1, p. 191-197, abr./jun. 2007a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 39 da Lei n. 10.741, de 1º de Outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos aos que têm mais de 65 (Sessenta e cinco) anos. Direito constitucional. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Norma legal que repete a norma constitucional garantidora do direito. Improcedência da ação. [...]. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 19 de setembro de 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 08 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223/PE**. Ementa: Vítima de assalto ocorrido em região do Estado de Pernambuco ao qual se atribui omissão no desempenho da obrigação de oferecer à população local níveis eficientes e adequados de segurança pública - Prática criminosa que causou tetraplegia à vítima e que lhe impôs, para sobreviver, dependência absoluta em relação a sistema de ventilação pulmonar artificial - Necessidade de implantação de marcapasso diafragmático intramuscular (Marcapasso Frênico) - Recusa do Estado de Pernambuco em viabilizar a cirurgia de implante do referido marcapasso, a despeito de haver supostamente falhado em seu dever constitucional de promover ações eficazes e adequadas de segurança pública em favor da população local (CF, Art. 144, “Caput”). [...] A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o Mínimo Existencial (RTJ 200/191-197.) [...] Relatora: Ministra Ellen Gracie, 14 de abril de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>. Acesso em: 23 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação 6.568/SP**. Ementa: Reclamação. Servidor Público. Policiais Civis. Dissídio Coletivo de Greve. Serviços ou atividades públicas essenciais. Competência para conhecer e julgar o dissídio. Artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil. Direito de Greve. Artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Lei n. 7.783/89. Inaplicabilidade aos servidores públicos. Direito não absoluto. Relativização do direito de greve em razão da índole de determinadas atividades públicas. Amplitude da decisão proferida no julgamento do Mandado de Injunção n. 712. Art. 142, §3º, inciso IV, da Constituição do Brasil. Interpretação da Constituição. Afronta ao decidido na ADI 3.395. Incompetência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos entre servidores públicos e entes da Administração às quais estão vinculados. Reclamação julgada procedente. [...] Relator: Ministro Eros Grau, 21 de maio de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603024>. Acesso em: 27 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE**. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 17 de março de 2010a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>. Acesso em: 09 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE**. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não

comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 17 de março de 2010b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 14 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 368.564/DF**. Recurso Extraordinário – Prequestionamento – Configuração – Razão de ser. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. Saúde – Tratamento – Dever do Estado. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis. Relator: Ministro Menezes Direito. Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio, 13 de abril de 2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>. Acesso em: 21 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.167/DF**. Constitucional. Financeiro. Pacto Federativo e repartição de competência. Piso nacional para os professores da educação básica. Conceito de piso: vencimento ou remuneração global. Riscos financeiro e orçamentário. Jornada de trabalho: Fixação do tempo mínimo para dedicação a atividades extraclasse em 1/3 da jornada. Arts. 2º, §§ 1º e 4º, 3º, *caput*, II e III e 8º, todos da Lei 11.738/2008. Constitucionalidade. Perda parcial de objeto. [...] Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 27 de abril de 2011b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626497>. Acesso em: 04 mar. 18.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP**. Criança de até cinco anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - Legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o Poder Público - Doutrina - Jurisprudência - Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - Educação Infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) - Compreensão global do direito constitucional à Educação - Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, Art. 211, §2º) – [...]. Relator: Ministro Celso de Mello, 23 de agosto de 2011c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso: 27 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 642.536/AP**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Administrativo e Processual Civil. Repercussão Geral presumida. Sistema Público de Saúde local. Poder Judiciário. Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema. Possibilidade. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Violação.

Inocorrência. Agravo Regimental a que se nega provimento. [...] Relator: Ministro Luiz Fux, 05 de fevereiro de 2013a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>. Acesso em: 12 mar. 18.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 763.667**. Defensoria Pública – Direito das pessoas necessitadas ao atendimento integral, na comarca em que residem, pela Defensoria Pública – Prerrogativa fundamental comprometida por razões administrativas que impõem, às pessoas carentes, no caso, a necessidade de custoso deslocamento para comarca próxima onde a Defensoria Pública se acha mais bem estruturada – Ônus financeiro, resultante desse deslocamento, que não pode, nem deve, ser suportado pela população desassistida – Imprescindibilidade de o Estado prover a Defensoria Pública local com melhor estrutura administrativa – Medida que se impõe para conferir efetividade à cláusula constitucional inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Fundamental da República – Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas – Situação constitucionalmente intolerável [...] Recurso De Agravo Improvido. Relator: Ministro Celso de Mello, 22 de outubro de 2013c. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5034270>. Acesso em: 12 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 581.352/AM**. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-Membros – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado-Membro – Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgredir a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da Reserva do Possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o Mínimo Existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da Reserva do Possível na perspectiva da Teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado [...]. Relator: Ministro Celso de Mello, 29 de outubro de 2013d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>. Acesso em: 12 mar. 18.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 598.212/PR**. Agravo de Instrumento – Embargos de Declaração recebidos como recurso de Agravo – Defensoria Pública – Implantação – Omissão Estatal que compromete e frustra Direitos Fundamentais de pessoas necessitadas – Situação constitucionalmente intolerável – O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “Direito a ter Direitos” como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias – Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à Assistência Judiciária Gratuitas (CF, Art. 5º, Inciso LXXIV, e Art. 134) – Legitimidade dessa atuação dos Juízes e Tribunais – O Papel do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da Reserva do Possível na perspectiva da Teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado – A Teoria da “Restrição das Restrições” (ou da “Limitação das Limitações”) - [...]. Relator: Ministro Celso de Mello, 25 de março de 2014a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em: 04 abr. 18.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 747.402/BA**. Agravo regimental no agravo de instrumento. Alegada existência de discussão de matéria constitucional, a permitir o conhecimento do recurso. Decisão atacada que apreciou adequadamente as questões em debate nestes autos. Eventuais ofensas que se referem, de fato, ao plano infraconstitucional. Precedentes. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli, 27 de maio de 2014b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6529778>. Acesso em: 04 abr. 18.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864/PR**. Recurso Extraordinário com Agravo (Lei n. 12.322/2010) – Custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública – Dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional – Obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos Estados – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado – Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da Reserva do Possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o Mínimo Existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da Reserva do Possível na perspectiva da Teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público [...]. Relator: Ministro Celso de Mello, 04 de novembro de 2014c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>. Acesso em: 27 mar. 18.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745/MG**. Recurso Extraordinário com Agravo (Lei n.

12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – Dever estatal resultante de norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município – Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da Reserva do Possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o Mínimo Existencial (RTJ 200/191-197) [...]. Relator: Ministro Celso de Mello, 02 de dezembro de 2014d. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 04 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma) **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 796.347/RS**. Recurso Extraordinário – Decisão que se ajusta à jurisprudência prevalente no Supremo Tribunal Federal – Consequente inviabilidade do recurso que a impugna – Subsistência dos fundamentos que dão suporte à decisão recorrida – Recurso de Agravo improvido. Relator: Ministro Celso de Mello, 24 de março de 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8439189>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979/DF**. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 14 de abril de 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>. Acesso em: 10 abr. 18.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 875.333/RS**. Embargos de declaração em recurso extraordinário com agravo. 2. Conversão em agravo regimental. Princípio da fungibilidade. 3. Fornecimento de educação especial. 4. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279. 5. Alegação de ofensa ao art. 93, inc. IX, da Constituição Federal: AI-QO-RG 791.292. 6. Teoria da reserva do possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 28 de abril de 2015c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8428052>. Acesso em: 10 abr. 18.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma) **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 855.762/RJ**. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Chuvas. Residência interditada pela Defesa Civil. 3. Termo de compromisso. Solidariedade dos entes federativos, podendo a obrigação ser demandada de qualquer deles. Súmula 287. 4. Princípio da legalidade. Lei municipal nº 2.425/2007. Súmula 636. 5. Teoria da reserva do possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade. Injusto inadimplemento de deveres constitucionais

imputáveis ao estado. Cumprimento de políticas públicas previamente estabelecidas pelo Poder Executivo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 19 de maio de 2015d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8597788>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 592.581/RS**. Repercussão Geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. Inadmissibilidade. Preceitos que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata. Intervenção judicial que se mostra necessária e adequada para preservar o valor fundamental da pessoa humana. Observância, ademais, do postulado da inafastabilidade da jurisdição. Recurso conhecido e provido para manter a sentença cassada pelo Tribunal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Adequação. [...] Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação carcerária – Condições desumanas de custódia – Violação massiva de direitos fundamentais – Falhas estruturais – Estado de coisas inconstitucional – Configuração. [...] Fundo Penitenciário Nacional – Verbas – Contingenciamento. [...] Audiência De Custódia – Observância Obrigatória. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 581.488/RS**. Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo Sistema Único de Saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Alcance da norma do art. 196 da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli, 03 de dezembro de 2015g. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 855.476/MG**. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Alegação de ausência de impugnação dos fundamentos da decisão de inadmissão do RE na origem. Não ocorrência. Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Repercussão geral do tema reconhecida. Mantida a decisão em que se determinou o retorno dos autos à origem. Precedentes. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli, 16 de fevereiro de 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10764569>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 553.710/DF**. Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Anistiado político. Pagamento retroativo de prestação mensal concedida. Norma que torna vinculante requisição ou decisão administrativa de órgão competente que determina o pagamento pela União. Dívida da Fazenda Pública que não foi reconhecida por decisão do Poder Judiciário. Afastamento do regime do art. 100 da Constituição Federal. Obrigação de fazer que está sendo descumprida. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese fixada. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli, 23 de novembro de 2016b. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13499625>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexa causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. [...]. Relator Ministro Teori Zavascki. Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, 16 de fevereiro de 2017a. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 587.970/SP**. Assistência Social – Estrangeiros Residentes no País – Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal – Alcance. Relator Ministro Marco Aurélio, 20 de abril de 2017b. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.026.698/MT**. Recurso Extraordinário – Ação Civil Pública – Obrigação jurídico-constitucional que impõe aos Estados o dever de observância dos direitos constitucionais dos presos – Realização de obras em estabelecimentos penais – Implementação de políticas públicas – Violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – Inocorrência – Repercussão Geral da matéria que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do RE 592.581/RS – Sucumbência Recursal (CPC, Art. 85, §11) – Não decretação, no caso, ante a ausência de condenação em verba honorária na origem – Agravo Interno improvido. Relator: Ministro Celso de Mello, 30 de junho de 2017c. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13320178>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066/DF**. Ementa Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º, Caput e parágrafo único, da Lei n. 9.055/1995. Extração, Industrialização, Utilização, Comercialização e Transporte do Asbesto/Amianto e dos produtos que o contenham. Amianto Crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição [...]. Relatora Ministra Rosa Weber, 24 de agosto de 2017d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

CARVALHO, Yago Condé Ubaldo. **Ponderação de Princípios Formais e Revisão Judicial: Uma Comparação dos Modelos de Robert Alexy e Matthias Klatt**. 2016. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **O direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CELLARD, André. A análise documental. *In*: POUPART, J. *et al.* **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 295-316.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Subfinanciamento da Educação e da Saúde**. Brasília: CNM, 2016.

DIAS, Dhenize Maria Franco. O direito público subjetivo e a tutela dos direitos fundamentais sociais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 14, n. 102, p. 233-250, fev./maio 2012.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes. A Eficácia do Direito Social à Saúde. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 1, n. 16, p. 77-105, jun. 2013.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Orçamento Público Brasileiro e a relação entre os poderes na gestão das finanças públicas com o surgimento das emendas parlamentares vinculantes**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

FERREIRA, Mariana Colucci Goulart Martins. **Justiciabilidade do direito ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e Argentina**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Universitas Jus**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GOMES, Natascha Alexandrino de Souza. **Direito subjetivo ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton, 1999.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 89-104, jan. 2014.

KLATT, Matthias. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 13, n. 2, p. 354-382, abr. 2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional ‘Comparado’**. 1. ed. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. Razoabilidade e teoria da reserva do possível como fundamentos para o controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise a partir da teoria do discurso. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 587-606, mai./ago. 2016.

MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1. ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a prestações e intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 8, n. 8, p. 89-104, jan./jul. 2008

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira da. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 13, p. 244-259, jan./jun. 2005.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. ¿La reserva de lo posible se constituye en un limite a intervencion jurisdiccional en las politicas publicas sociales? **Revista Estudios Socio-Juridicos**, Bogotá, v. 16, n. 2, p. 181-212, jul./dez. 2014.

PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

POSCHER, Ralf. Acertos, Erros e Equívocos de Autocompreensão da Teoria dos Princípios. Trad. Pablo Castro Miozzo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 3-38, 2015.

\_\_\_\_\_. The principles theory: how many theories and what is their merit? *In*: KLATT, Matthias (Ed). **Institutionalizing Reason. Perspectives on the Legal Philosophy of Robert Alexy**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, Maio 2012. p. 218-247.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. Uma introdução à pesquisa documental. *In*: Machado, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1. ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 189-223.

SANTADE, Maria Suzett Biembengut. A metodologia de pesquisa: instrumentais e modos de abordagem. *In*: SIMÕES, Darcilia; Flávio GARCÍA (Org.). **A Pesquisa Científica como Linguagem e Práxis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Dialogarts, 2014. p. 95-120.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. Vedação ao Retrocesso Social: Reflexões Gerais em um Período de Crise Econômica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 71-100, mar./abr. 2017.

SANTOS, Rogéria Tarocco dos; VIEIRA, Amitza Torres. Argumentação: panorama teórico e questões para análises empíricas. *In*: SILVEIRA, Sônia Bittencourt; ABRITTA, Carolina Scali; VIEIRA, Amitza Torres (org.). **Linguística aplicada em contextos legais**. 1. ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. p. 47-83.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 6º. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. Almedina: Coimbra; Saraiva: São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Fichtner. “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**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**,

**Orçamento e Reserva do Possível.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 133-153.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Trad. Leonardo Martins *et al*, Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Do Estado - Providência ao Mercado - Providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal.** 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito. **Teoria Jurídica Contemporânea: Periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 126-143, jan./jun. 2016.

SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. **A aplicação limitada da reserva do possível.** 2014. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Supremo Tribunal Federal: Uma Crítica a Partir do Estado Constitucional Possibilista. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 18, n. 1, p. 213-242, jan./abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais: RT**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. **Law and Social Inquiry**, Oxford, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. Qual 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, 2013. p. 51-62.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito.** 1. ed. São Paulo: Landy, 2003.

\_\_\_\_\_. Teoria da Argumentação Jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 47-65, jan./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais: conteúdo, princípio da proporcionalidade e efetivação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 27, n. 2, p. 225-236, jul./dez. 2011.

\_\_\_\_\_ (org.). **Direitos sociais em debate**. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2013.

\_\_\_\_\_. Fundamental social rights as subjective rights. *In*: GALUPPO, Marcelo; LOPES, Mônica Sette, GONTIJO, Lucs, SALGADO, Karine, BUSTAMANTE, Thomas. **Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies**: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2015a. p. 379-388.

\_\_\_\_\_. Fundamental social rights and existenzminimum. *In*: GALUPPO, Marcelo; LOPES, Mônica Sette, GONTIJO, Lucs, SALGADO, Karine, BUSTAMANTE, Thomas. **Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies**: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2015b, p. 1774-1785.

\_\_\_\_\_. Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição**: PIDCC, Aracaju, v. 11, n. 1, p. 102-119, fev. 2017a.

\_\_\_\_\_ (org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 69-78, 1990.

\_\_\_\_\_. **Direito ao mínimo existencial**. 1. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

TOVAR, Alejandro Nava. Não positivismo e a pretensão de correção. *In*: TOLEDO, Cláudia (org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 223-246.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A distinção entre discricionariedade legislativa e judicial: uma proposta a partir das teorias de Kelsen e Alexy. *In*: TOLEDO, Cláudia (org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 99-128.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *In*: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos**

**Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 368-369.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competência? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 187-192.

## APÊNDICES

### Apêndice A - Tabela-Padrão de fichamento da pesquisa empírico-jurisprudencial

<u>DADOS DO PROCESSO</u>					
TRIBUNAL	AÇÃO	DATA	RELATOR	REQUERENTE	REQUERIDO
ENDEREÇO ELETRÔNICO				SITUAÇÃO FÁTICA	
<u>DECISÃO</u>					
PARTE VENCEDORA (Indivíduo/Associação ou Poder Público – União, Estado, Município)			PRINCIPAIS RAZÕES DA DECISÃO		
Princípios Citados			Princípio(s) Preponderante(s)		
<u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u>					
DISPOSITIVOS NORMATIVOS (Cânones hermenêuticos)			PRECEDENTES		
			DOUTRINA (Autor – Obra)		
<u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u>					
<u>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</u>					
Argumentos Pragmáticos	Argumentos Éticos	Argumentos Morais	Fatos concretos	ARGUMENTOS EMPÍRICOS	
				Dados científicos	

**Apêndice B - Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais**

<u>DADOS DO PROCESSO</u>			
Ação Originária	Data	Endereço eletrônico	
Peça Processual onde há Referência à "Reserva do Possível"	Data	Endereço eletrônico	
<u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u>			
DISPOSITIVOS NORMATIVOS	PRECEDENTES	DOCTRINA (Autor – Obra)	
<u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u>			
<u>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</u>			
Argumentos Pragmáticos	Argumentos Éticos	Argumentos Morais	Fatos concretos
			Dados científicos

## Apêndice C – Tabulação cruzada-quantitativa

Processos	Período	
<u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u>		
DISPOSITIVOS NORMATIVOS (%)	PRECEDENTES (%)	DOUTRINA (%)
<u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u>		
ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS		
Argumentos Pragmáticos (%)	Argumentos Éticos (%)	Argumentos Morais (%)
ARGUMENTOS EMPIRICOS		
Fatos Concretos (%)	Dados Científicos (%)	

## Apêndice D – Percentuais apurados em Tabulação cruzada-quantitativa

Processos		Período	
09 peças processuais		2015 a 2017	
<b><u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u></b>			
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS (%)</b>		<b>PRECEDENTES (%)</b>	
<b>DOUTRINA (%)</b>		<b>DOUTRINA (%)</b>	
09	100,00	07	77,78
		07	77,78
<b><u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u></b>			
<b>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</b>			
<b>Argumentos Pragmáticos (%)</b>		<b>Argumentos Éticos (%)</b>	
<b>Argumentos Morais (%)</b>		<b>Argumentos Morais (%)</b>	
09	100,00	04	44,44
		04	44,44
<b>ARGUMENTOS EMPÍRICOS</b>			
<b>Fatos Concretos (%)</b>		<b>Dados Científicos (%)</b>	
09	100,00	00	0,00
		00	0,00

**Apêndice E – Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (ARE 855.762 AgR/RJ)**

<b>DADOS DO PROCESSO</b>	
<b>Ação Originária</b> 1015073-04.2011.8.19.0002	<b>Data</b> 02/06/2011
<b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Agravo Interno	<b>Data</b> 30/01/2014
<b>Endereço eletrônico</b> <a href="https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpetcionamento%2Fspring_cas_security_check">https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpetcionamento%2Fspring_cas_security_check</a>	
<b>Endereço eletrônico</b> <a href="https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpetcionamento%2Fspring_cas_security_check">https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpetcionamento%2Fspring_cas_security_check</a>	
<b>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</b>	
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>	<b>PRECEDENTES</b>
- Art. 2º, CF  - Lei Municipal 2425/07	AI 0056467-14.2011.8.19.0002
<b>DOCTRINA (Autor – Obra)</b>	
BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Disponível em: <a href="http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf">http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf</a>	
BINENBOIM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Direitos Sociais Fundamentais, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2008, p. 1009.	
<b>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</b>	
<b>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</b>	
<b>Argumentos Pragmáticos</b>	<b>Argumentos Éticos</b>
“Acrescente-se a isso que é o Chefe do Poder Executivo – e não o magistrado – o agente público legitimado democraticamente para a elaboração e implementação de políticas públicas. A escolha realizada diretamente pela população por meio do voto confere àquele a legitimidade indispensável para a tomada de decisões nesse âmbito. Por esse motivo, é o agente político, eleito pelo voto	“Resta, portanto, patente e manifesto que o cumprimento das decisões judiciais de forma imediata e sem qualquer previsão orçamentária provocará grave prejuízo às finanças municipais e acarretará, especificamente, a paralisação de muitos serviços municipais e a impossibilidade de arcar com as despesas correntes já previstas e orçadas” (p. 95)
<b>Argumentos Morais</b>	<b>Argumentos Científicos</b>
“Com base nisso, é patente que a política pública seja implementada por quem tem legitimidade para isso, ou seja, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, de modo que os direitos sociais sejam concedidos a todos que precisam e não apenas aqueles que possuem acesso ao Poder Judiciário” (p. 85)	<b>Fatos concretos</b>
“Assim, a questão inerente ao gasto público com o cumprimento	“Com efeito, após esse evento decorrente de intemperie climática de intensidade incommum, um fato da natureza alheio à vontade de qualquer ente público ou privado e além da capacidade atual de previsão meteorológica, o Município de Niterói – em concurso com o Estado e a União – realizou e vem realizando obras em áreas de risco em várias localidades da cidade, para restabelecimento da segurança em cada uma das regiões” (p. 86)

<p>popular, quem detém a prerrogativa para determinar como os recursos públicos devem ser gastos, e não o Poder Judiciário” (p.82)</p> <p>“Esta “visão de túnel” na promoção de políticas públicas é extremamente perigosa, já que em um Estado de Direito Republicano não faz sentido o juiz conceder o direito à moradia para algumas pessoas e, logo após, o Estado lato sensu deixar de dar, em sede administrativa, por exemplo, medicamentos a outros cidadãos por escassez de orçamento. Isto viola frontalmente o princípio da isonomia, da reserva do possível e de acesso ao Judiciário” (p. 83).</p> <p>“Assim, a questão inerente ao gasto público com o cumprimento de decisões judiciais é tão grave, e não observada pelos magistrados, que coloca em risco a manutenção de tantos outros programas e, por conseguinte, em risco a vida de inúmeros outros cidadãos”. (p. 84)</p> <p>“Trata-se da chamada reserva do possível fática, a qual impõe ao Executivo a realização de escolhas trágicas. É dizer, como não há a possibilidade de se abarcar todas as aspirações da coletividade, o Poder Público precisa inevitavelmente decidir entre investir mais num determinado setor e, por</p>	<p>de decisões judiciais é tão grave, e não observada pelos magistrados, que coloca em risco a manutenção de tantos outros programas e, por conseguinte, em risco a vida de inúmeros outros cidadãos”. (p. 84)</p>	<p>“Confira-se, nesse sentido, a título exemplificativo, a despesa orçada para o ano de 2012 para alguns órgãos da Administração Direta e mesmo para alguns entes da Administração Indireta, o que inclui o gasto com todo o pessoal, material e implementação de seus respectivos programas.” (p. 92)</p>	
--	--	--	--

<p>consequente, verter menos recursos para outro” (p. 84).</p> <p>“O montante de gastos públicos despendidos no cumprimento de decisões judiciais é altíssimo e, reflexamente, coloca em risco a efetivação de diversos outros programas, que têm por fim a promoção de políticas públicas voltadas ao atendimento da população, principalmente à parcela mais carente da sociedade”. (p. 88)</p> <p>“Assim, aplicável aqui o postulado da reserva do possível/que, embora enfrente certa resistência por parte do Judiciário, não pode ser olvidado, já que, por vezes, a Administração Pública se vê diante de decisões que seu erário simplesmente não é capaz de suportar”. (p. 88)</p> <p>“Não obstante, a flagrante inconstitucionalidade das novas regras sobre a distribuição dos royalties, o fato é que Estados e Municípios produtores de petróleo já se vêem obrigados a repensar a alocação de recursos, de modo a terem que priorizar políticas públicas voltadas principalmente à parcela mais necessitada da sociedade. Essa tarefa é penosa e árdua para o administrador público que, mais do que nunca, se vê obrigado a fazer escolhas trágicas, diante da escassez orçamentária” (p. 95)</p>				
--	--	--	--	--

<b>DADOS DO PROCESSO</b>	
<b>Ação Originária</b> 01.5073-04.2011.8.19.0002	<b>Data</b> 02/06/2011
<b>Endereço eletrônico</b> <a href="https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsystemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check">https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsystemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check</a>	
<b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Embargos de Declaração	<b>Data</b> 08/04/2014
<b>Endereço eletrônico</b> <a href="https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsystemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check">https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsystemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check</a>	
<b>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</b>	
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b> - Art. 2º, CF - Lei Municipal 2425/07	<b>PRECEDENTES</b> AI 0056467-14.2011.8.19.0002
	<b>DOCTRINA (Autor – Obra)</b> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Disponível em: <a href="http://www.lrbarrroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf">http://www.lrbarrroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf</a> BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Direitos Sociais Fundamentais, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2008, p. 1009.
<b>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</b>	
<b>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</b>	
<b>Argumentos Pragmáticos</b> “Acrescente-se a isso que é o Chefe do Poder Executivo – e não o magistrado – o agente público legitimado democraticamente para a elaboração e implementação de políticas públicas. A escolha realizada diretamente pela população por meio do voto confere àquele a legitimidade indispensável para a tomada de decisões nesse âmbito. Por esse motivo, é o agente político,	<b>Argumentos Éticos</b> Resta, portanto, patente e manifesto que o cumprimento das decisões judiciais de forma imediata e sem qualquer previsoão orçamentária provocará grave prejuízo às finanças municipais e acarretará, especificamente, a paralisação de muitos serviços municipais e a impossibilidade de arcar com as despesas correntes já previstas e orçadas” (p. 51)
<b>Argumentos Morais</b> “Com base nisso, é patente que a política pública seja implementada por quem tem legitimidade para isso, ou seja, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, de modo que os direitos sociais sejam concedidos a todos que precisam e não apenas àqueles que possuem acesso ao Poder Judiciário” (p. 42)	<b>Fatos concretos</b> “Com efeito, após esse evento, decorrente de intempérie climática de intensidade incomum, um fato da natureza alheio à vontade de qualquer ente público ou privado e além da capacidade anual de previsão meteorológica, o Município de Niterói – em concurso com o Estado e a União – realizou e vem realizando obras em áreas de risco em várias localidades da cidade, para restabelecimento da segurança em cada uma das regiões” (p. 43)
<b>ARGUMENTOS EMPÍRICOS</b>	
	<b>Dados científicos</b>

<p>eleito pelo voto popular, quem detém a prerrogativa para determinar como os recursos públicos devem ser gastos, e não o Poder Judiciário” (p.39)</p> <p>“Esta “visão de tunel” na promoção de políticas públicas é extremamente perigosa, já que em um Estado de Direito Republicano não faz sentido o juiz conceder o direito à moradia para algumas pessoas e, logo após, o Estado lato sensu deixar de dar, em sede administrativa, por exemplo, medicamentos a outros cidadãos por escassez de orçamento. Isto viola frontalmente o princípio da isonomia, da reserva do possível e de acesso ao Judiciário.” (p. 40)</p> <p>“Assim, a questão inerente ao gasto público com o cumprimento de decisões judiciais é tão grave, e não observada pelos magistrados, que coloca em risco a manutenção de tantos outros programas e, por conseguinte, em risco a vida de inúmeros outros cidadãos”. (p. 41)</p> <p>“Trata-se da chamada reserva do possível fática, a qual impõe ao Executivo a realização de escolhas trágicas. E dizer, como não há a possibilidade de se abarcar todas as aspirações da coletividade, o Poder Público precisa inevitavelmente decidir entre investir mais num determinado setor e, por</p>	<p>“Obviamente, este não é um argumento que deva ser usado de forma indistinta e isolada, mas tais questões devem ser interpretadas sob um aspecto macro, isto é, considerando-se que não se trata de um único e exclusivo caso, mas sim de diversas pretensões equivalentes, justificando a adoção de uma postura mais rígida” (p. 44).</p>		<p>“Confira-se, nesse sentido, a título exemplificativo, a despesa orçada para o ano de 2012 para alguns órgãos da Administração Direta e mesmo para alguns entes da Administração Indireta, o que inclui o gasto com todo o pessoal, material e implementação de seus respectivos programas.” (p. 48)</p>	
---	--	--	--	--

<p>consequente, verter menos recursos para outro” (p. 41).</p> <p>O montante de gastos públicos despendidos no cumprimento de decisões judiciais é altíssimo e, reflexamente, coloca em risco a efetivação de diversos outros programas, que têm por fim a promoção de políticas públicas voltadas ao atendimento da população, principalmente à parcela mais carente da sociedade. (p. 44)</p> <p>“Assim, aplicável aqui o postulado da reserva do possível que, embora enfrente certa resistência por parte do Judiciário, não pode ser olvidado, já que, por vezes, a Administração Pública se vê diante de decisões que seu erário simplesmente não é capaz de suportar”. (p. 45)</p> <p>Não obstante, a flagrante inconstitucionalidade das novas regras sobre a distribuição dos royalties, o fato é que Estados e Municípios produtores de petróleo já se vêem obrigados a repensar a alocação de recursos, de modo a terem que priorizar políticas públicas voltadas principalmente à parcela mais necessitada da sociedade. Essa tarefa é penosa e árdua para o administrador público que, mais do que nunca, se vê obrigado a fazer escolhas trágicas, diante da escassez orçamentária (p. 51)</p>				
--	--	--	--	--

<b>DADOS DO PROCESSO</b>	
<b>Ação Originária</b> 01.5073-04.2011.8.19.0002	<b>Data</b> 02/06/2011
	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check">https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check</a>
<b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Recurso Especial	<b>Data</b> 09/06/2014
	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check">https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check</a>
<b>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</b>	
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>	<b>PRECEDENTES</b>
- Art. 2º, CF  - Lei Municipal 2.425/07	0057010-80.2012.8.19.0000
	<b>DOCTRINA (Autor – Obra)</b>  BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Disponível em: <a href="http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf">http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf</a>  BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Direitos Sociais Fundamentais, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2008, p. 1009.
<b>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</b>	
<b>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</b>	
<b>Argumentos Pragmáticos</b> “(…) o juiz, ao decidir determinada questão em um processo, atua com base em uma visão de microjustiça, levando em consideração apenas uma parcela do problema, em detrimento de um todo, muito maior e complexo. Esta “visão de túnel” na promoção de políticas públicas é extremamente perigosa, já que em um Estado de Direito Republicano não faz sentido o juiz conceder o direito à moradia para algumas pessoas	<b>Argumentos Éticos</b>
	<b>Argumentos Morais</b>
	<b>Fatos concretos</b> “O custo, portanto, do pagamento do aluguel social – para cerca de oito mil famílias – na razão de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) mensais, ou seja, de aproximadamente R\$ 3.200.000,00 (TRÊS MILHOES DE REAIS) até que seja efetivado o direito a moradia digna para todas as aludidas famílias, não é comportado pelo orçamento do Município de Niterói.” (p. 20)
	<b>Dados científicos</b> “Confira-se, nesse sentido, a título exemplificativo, a despesa orçada para o ano de 2012 para alguns órgãos da Administração Direta e mesmo para
	<b>ARGUMENTOS EMPIRICOS</b>

<p>e, logo após, o Estado lato sensu deixar de dar, em sede administrativa, por exemplo, medicamentos a outros cidadãos por escassez de orçamento. Isto viola frontalmente o princípio da isonomia, da reserva do possível e de acesso ao Judiciário (p. 16).</p> <p>“O montante de gastos públicos despendidos no cumprimento de decisões judiciais é altíssimo e, reflexamente, coloca em risco a efetivação de diversos outros programas, que têm por fim a promoção de políticas públicas voltadas ao atendimento da população, principalmente à parcela mais carente da sociedade” (p. 17)</p> <p>“(…) aplicável aqui o postulado da reserva do possível que, embora enfrente certa resistência por parte do Judiciário, não pode ser olvidado, já que, por vezes, a Administração Pública se vê diante de decisões que seu erário simplesmente não é capaz de suportar” (p. 17).</p> <p>“(…) da leitura deste julgado depreende-se a necessidade de observância da previsibilidade orçamentária que rege o erário, o qual é regulado por normas que visam evitar, através de planejamentos orçamentários extremamente técnicos, o déficit em políticas públicas prioritárias” (p. 18).</p>		<p>alguns entes da Administração Indireta, o que inclui o gasto com todo o pessoal, material e implementação de seus respectivos programas” (p. 20)</p> <p>“Resta, portanto, patente e manifesto que o cumprimento das decisões judiciais de forma imediata e sem qualquer previsão orçamentária provocará grave prejuízo às finanças municipais e acarretará, especificamente, a paralisação de muitos serviços municipais e a impossibilidade de arcar com as despesas correntes já previstas e orçadas. Ademais, é de suma importância ressaltar o fato de que a nova sistemática de distribuição dos royalties afeta diretamente o Município de Niterói.” (p. 23)</p> <p>“Conforme é sabido o Estado do Rio de Janeiro e seus respectivos Municípios possuem perdas previstas já para o ano de 2013 de 4 bilhões de reais. O real e notório impacto orçamentário e financeiro a ser suportado pelo Estado do Rio de Janeiro, pelo Município de Niterói e demais Municípios localizados no Estado do Rio de Janeiro não pode ser desconsiderado neste momento pelo Judiciário que necessita analisar, ainda com mais parcimônia a questão das concessões de antecipação de efeitos de tutela, principalmente àquelas partes que não comprovem o preenchimento dos requisitos legais para a concessão de determinado direito.” (p. 24)</p>	
--	--	--	--

<b>DADOS DO PROCESSO</b>	
<b>Ação Originária</b> 01.5073-04.2011.8.19.0002	<b>Data</b> 02/06/2011
	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check">https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check</a>
<b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Recurso Extraordinário	<b>Data</b> 09/06/2014
	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check">https://sistemas.stf.jus.br/cas/login?service=http%3A%2F%2Fsistemas.stf.jus.br%2Fpeticaoamento%2Fj_spring_cas_security_check</a>
<b>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</b>	
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>	<b>PRECEDENTES</b>
- Art. 2º, CF - Art. 102, §3º, CF - Lei Municipal 2.425/07	0057010-80.2012.8.19.0000
	<b>DOCTRINA (Autor – Obra)</b> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Disponível em: <a href="http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf">http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf</a> BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Direitos Sociais Fundamentais, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 1009.
<b>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</b>	
<b>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</b>	
<b>Argumentos Pragmáticos</b>	<b>Argumentos Éticos</b>
“Esta “visão de túnel” na promoção de políticas públicas é extremamente perigosa, já que em um Estado de Direito Republicano não faz sentido o juiz conceder o direito à moradia para algumas pessoas e, logo após, o Estado lato sensu deixar de dar, em sede administrativa, por exemplo, medicamentos a outros cidadãos por escassez de	“Assim, a questão inerente ao gasto público com o cumprimento de decisões judiciais é tão grave, e não observada pelos magistrados, que coloca em risco a manutenção de tantos outros programas e, por conseguinte, em risco a vida de inúmeros outros cidadãos” (p. 95) “Com base nisso, é patente que a política pública seja implementada por quem tem
	<b>Argumentos Morais</b>
	“Confira-se, nesse sentido, a título exemplificativo, a despesa orçada para o ano de 2012 para alguns órgãos da Administração Direta e mesmo para alguns entes da Administração Indireta, o que inclui o gasto com todo o pessoal, material e implementação de seus respectivos programas.” (p. 101) “Não obstante, a flagrante inconstitucionalidade das novas regras sobre a distribuição dos royalties, o fato é que Estados e Municípios produtores
	<b>Fatos concretos</b>
	<b>Dados científicos</b>
	<b>ARGUMENTOS EMPÍRICOS</b>

<p>orçamento. Isto viola frontalmente o princípio da isonomia, da reserva do possível e de acesso ao Judiciário". (p. 95)</p> <p>O montante de gastos públicos despendidos no cumprimento de decisões judiciais é altíssimo e, reflexamente, coloca em risco a efetivação de diversos outros programas, que têm por fim a promoção de políticas públicas voltadas ao atendimento da população, principalmente à parcela mais carente da sociedade. (p. 97)</p> <p>"Assim, aplicável aqui o postulado da reserva do possível que, embora enfrente certa resistência por parte do Judiciário, não pode ser olvidado, já que, por vezes, a Administração Pública se vê diante de decisões que seu erário simplesmente não é capaz de suportar". (p. 97)</p> <p>"Com efeito, da leitura deste julgado depreende-se a necessidade de observância da previsibilidade orçamentária que rege o erário, o qual é regulado por normas que visam evitar, através de planejamentos orçamentários extremamente técnicos, o déficit em políticas públicas prioritárias". (p. 98)</p>	<p>legitimidade para isso, ou seja, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, de modo que os direitos sociais sejam concedidos a todos que precisam e não apenas àqueles que possuem acesso ao Poder Judiciário". (p. 96)</p>		<p>de petróleo já se veem obrigados a repensar a alocação de recursos, de modo a terem que priorizar políticas públicas voltadas principalmente à parcela mais necessitada da sociedade. Essa tarefa é penosa e árdua para o administrador público que, mais do que nunca, se vê obrigado a fazer escolhas trágicas, diante da escassez orçamentária". (p. 104)</p>	
--	--	--	---	--

**Apêndice F – Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (RE 592.581/RS)**

<u>DADOS DO PROCESSO</u>	
<p><b>Ação Originária</b> 0005157-18.2003.8.12.0008</p>	<p><b>Data</b> 22/07/2003</p> <p><b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.sjf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961">http://redir.sjf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961</a></p>
<p><b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Memorial – União (<i>amicus curiae</i>)</p>	<p><b>Data</b> 01/02/2013</p> <p><b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.sjf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961">http://redir.sjf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961</a></p>
<u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u>	
<p><b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b></p> <p>Constituição Federal - Art. 5º, XLIX - Art. 24, I</p> <p>Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal)</p> <p>Lei n. 11.671/2008</p> <p>Decreto n. 6.877/2009</p> <p>Lei Complementar n. 79/94 (Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN)</p> <p>CPC - Art. 543-A, §6</p>	<p><b>PRECEDENTES</b></p> <p><b>DOCTRINA (Autor – Obra)</b></p>
<u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u>	
<u>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</u>	
<p><b>Argumentos Pragmáticos</b></p> <p>“Discute-se a problemática da excessiva população carcerária frente aos limites orçamentários do Estado e à cláusula da reserva financeira do possível”.</p> <p>“Na esfera federal, os órgãos de</p>	<p><b>Argumentos Éticos</b></p>
<p><b>Argumentos Morais</b></p> <p>“Caso venha a ser provido o presente recurso extraordinário interposto, o recorrente continuará na situação de dano em que se encontra. Não é pelo fato de o Poder Judiciário condenar o Estado ao pagamento de um</p>	<p><b>Fatos concretos</b></p> <p>“Segundo o relatório elaborado pelo Ministério da Justiça em 20089, entre 1995 e 2007, o FUNPEN financiou cerca de 1.100 convênios, subsidiando a criação de um total de 78.184 vagas em estabelecimentos prisionais, o que representaria uma proporção de 37% do</p>
<u>ARGUMENTOS EMPIRICOS</u>	
	<p><b>Dados científicos</b></p>

<p>cúpula do sistema penitenciário, subordinados ao Ministério da Justiça, são o Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias - CNPCP5, de natureza normatizadora e fiscalizadora, responsável pela definição de diretrizes para a política penitenciária, e o Departamento Penitenciário Nacional-DEPEN6, este encarregado de executar e de fiscalizar a execução da referida política em todo o território brasileiro. No plano estadual, a execução da política penitenciária fica a cargo das Secretarias de Segurança Pública, que poderão criar Departamentos Penitenciários Locais7 para atender a esse específico mister” (p. 06)</p>	<p>determinado valor a um dos presos, por danos morais, que a alegada situação danosa se extinguirá. Consequentemente, o valor correspondente à indenização por danos morais, a ser paga ao recorrente, será destinado ao seu patrimônio particular e deixará de ser utilizado em prol da ampliação e melhoria do sistema penitenciário. Assim, os demais apenados e a sociedade como um todo serão prejudicados” (p. 21).</p>	<p>total das vagas existentes no sistema prisional nacional, assim entendido como o conjunto dos sistemas penitenciários locais” (p. 08)</p> <p>“Maiores informações sobre o FUNPEN podem ser obtidas na 6ª edição da cartilha “FUNPEN em números”, do ano de 2012, editada pelo Departamento Penitenciário Nacional (doc. anexo)” (p. 08).</p> <p>“De acordo com dados obtidos perante o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen, relacionados ao ano de 2011, em dezembro do referido ano o sistema penitenciário brasileiro dispunha de 306.497 vagas para os presos do sexo masculino e feminino. Contudo, no mesmo período, a população carcerária brasileira atingiu 514.582, o que corresponde a um déficit de 208.085 vagas, aproximadamente 40% do total necessário” (p. 13)</p>	<p>“De acordo com os dados constantes na citada cartilha “FUNPEN em números” (doc. anexo), de 1995 a 2011, o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) financiou 1.529 (mil quinhentos e vinte e nove) instrumentos de transferência de recursos. Deste total, tem-se 1.456 (mil quatrocentos e cinquenta e seis) instrumentos celebrados com Unidades Federativas, que resultaram no repasse, pelo FUNPEN, de aproximadamente 1,9 bilhão de reais, para financiar e apoiar as ações de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro, o que inclui, também, a construção de novas penitenciárias e de reformas, para gerar um maior número de vagas. Veja-se” (Tabela com os valores transferidos) (p. 16).</p>
<p>“Em razão dos custos de manutenção do sistema penitenciário, as unidades da federação não possuem disponibilidades para arcar integralmente com a manutenção e o aperfeiçoamento de seus sistemas prisionais. As vicissitudes financeiras enfrentadas pelas administrações estaduais acarretaram, ao longo dos anos, a falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais, levando à instalação de uma crise no sistema carcerário” (p. 07).</p> <p>“Os recursos do FUNPEN, transferidos aos estados por meio de celebração de</p>			

<p>convênios, contratos de repasses e instrumentos congêneres, são aplicados em diversas áreas, tais como: construção, reforma e ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; manutenção dos serviços penitenciários; formação, aperfeiçoamento, dentre outras” (p. 07).</p>	<p>“Ademais, para a concretização plena do direito a uma prisão digna, há uma dependência das possibilidades orçamentárias do Estado, de forma que, comprovada a sua incapacidade financeira, não se mostra razoável que seja ele compelido a efetivar o referido comando constitucional. Dessa forma, há certos limites para que se concretizem os direitos de segunda geração, sempre onerosos, devendo-se respeitar o “princípio da reserva do possível”, atendendo-se ao binômio: razoabilidade da pretensão e disponibilidade orçamentária do Estado. Assim, caso não esteja presente a condição fática, qual seja, a dotação orçamentária específica para a criação de novas vagas no sistema prisional, não há que se falar em omissão culposa do Estado e, conseqüentemente, em sua responsabilidade subjetiva pelo dano causado aos presos”. (p. 15).</p>	<p>“No que diz respeito ao Estado do Mato Grosso do Sul, é possível verificar que o referido ente não se mostrou inerte ou</p>
---	--	--

<p>omissão quanto à política carcerária. Pelo contrário. Conforme dados constantes na aludida cartilha "FUNPEN em números", no período entre 2007 e 2011, foram firmados 19 convênios pelo Estado do Mato Grosso do Sul para obtenção de recursos do FUNPEN para o aprimoramento da estrutura carcerária do Estado, resultando num valor elevadíssimo de repasse. Veja-se: (tabela com as medidas tomadas pelo Estado – projetos realizados e o valor do respectivo repasse) (p. 17-19).</p>				
<p>“Com efeito, não pode ser imputada como negligente a conduta da administração pública que, nos limites orçamentários definidos por lei, aplica no setor em questão todos os recursos disponíveis. Dessa forma, caso o Poder Executivo estadual esteja observando e cumprindo a destinação de recursos, em conformidade com a orientação legal do orçamento, não há que se falar em omissão culposa do Estado do Mato Grosso do Sul em promover um encarceramento digno aos presos” (p. 19)</p>				

Apêndice G – Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (RE 553.710/DF)

<u>DADOS DO PROCESSO</u>	
<p><b>Ação Originária</b> Mandado de Segurança 11.709/DF</p>	<p><b>Data</b> 18/04/2006</p> <p><b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2532449">http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2532449</a></p>
<p><b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Ofício – Prestação de Informações em Mandado de Segurança</p>	<p><b>Data</b> 26/06/2006</p> <p><b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2532449">http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2532449</a></p>
<u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u>	
<p><b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Lei n. 1533/51</li> <li>- Lei nº 10.559/2002</li> <li>- Leis orçamentárias</li> </ul>	<p><b>PRECEDENTES</b></p> <p>STJ Mandado de Segurança nº 2002/0016609-5</p> <p><b>DOCTRINA (Autor – Obra)</b></p> <p>MEIRELLES, Hely Lopes (Obra não especificada)</p>
<u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u>	
<u>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</u>	
<p><b>Argumentos Pragmáticos</b></p> <p>“Como se deduz da norma citada, há que se perfazer algumas condições para a efetivação dos direitos concedidos aos anistiados políticos. Além do ato declaratório emitido pelo Ministro de Estado da Justiça e a comunicação ao órgão responsável pelo cumprimento, o pagamento das indenizações depende de disponibilidade orçamentária. 34. Deveras, os valores destinados ao cumprimento das decisões</p>	<p><b>Argumentos Éticos</b></p> <p><b>Argumentos Morais</b></p>
<p><b>Argumentos Pragmáticos</b></p> <p>“Como se deduz da norma citada, há que se perfazer algumas condições para a efetivação dos direitos concedidos aos anistiados políticos a partir der setembro de 2003, quando com a edição da Lei nº 10.726, de 2 de setembro de 2003, houve disponibilidade orçamentária para este fim. Como se verifica na norma citada (cópia anexa), foram liberados R\$ 24.000.000 (vinte e quatro milhões de reais) com a destinação específica de pagamento de indenização aos anistiados militares” (p. 135).</p>	<p><b>Fatos concretos</b></p> <p>“De fato, o Ministério da Defesa iniciou a implementação das reparações econômicas concedidas aos anistiados políticos a partir der setembro de 2003, quando com a edição da Lei nº 10.726, de 2 de setembro de 2003, houve disponibilidade orçamentária para este fim. Como se verifica na norma citada (cópia anexa), foram liberados R\$ 24.000.000 (vinte e quatro milhões de reais) com a destinação específica de pagamento de indenização aos anistiados militares” (p. 135).</p>
<p><b>Argumentos Pragmáticos</b></p> <p>“No exercício de 2005, foi consignada</p>	<p><b>Dados científicos</b></p>

<p>emitidas pelo Senhor Ministro da Justiça, no que se refere à concessão de anistia política, serão liberados pela União e repassados aos órgãos competentes para a efetivação dos pagamentos: o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (ctvis) ou o Ministério da Defesa (militares)” (p. 135)</p> <p>“Tal orientação tem sido seguida até o presente momento, com o direcionamento de todo o recurso liberado na implantação das reparações econômicas a serem pagas em prestações mensais a todos os anistiados políticos, assim declarados pelo Ministério da Justiça. 42. Como se verifica em documentos anexos, o Ministério da Defesa tem solicitado junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, suplementação de recursos a fim de atender todos os anistiados políticos, nas reparações mensais e também quanto aos valores retroativos. Entretanto, as liberações têm sido feitas de forma parcial, suficientes, apenas, para implementação das reparações econômicas em prestações mensais, permanentes e continuadas.” (p. 136)</p>		<p>ao Ministério da Defesa dotação orçamentária, destinada ao pagamento das reparações mensais aos anistiados políticos, o valor de R\$ 173.322.939,11 (conforme relatório do SIAFI Gerencial, em anexo). O valor acima referido foi destinado exclusivamente ao pagamento das reparações mensais, permanentes e continuadas, já que o valor necessário para pagamentos dos efeitos retroativos concedidos aos anistiados políticos militares chega a R\$ 907.353.000,00” (P. 135)</p> <p>“No que tange ao pagamento dos efeitos retroativos conferidos aos anistiados políticos, permanece a impossibilidade de cumprimento, em face da ausência de recursos suficientes. A seriedade da questão foi objeto do Aviso nº 250/MD, de 31 de outubro de 2005 (cópia em anexo), encaminhado ao Senhor Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, onde a autoridade Impetrada demonstra a necessidade de cumprimento da Lei de Anistia, e solicita a abertura de crédito adicional visando o pagamento dos valores retroativos conferidos aos anistiados políticos militares . 48. Entretanto, não sendo atendido os pedidos de suplementação de recursos orçamentários para pagamento das indenizações conferidas aos anistiados políticos, o Ministério da Defesa permanece impossibilitado de efetuar o pagamento dos efeitos retroativos” (p. 136).</p> <p>“Necessário advertir que o Ministério da Defesa, por ocasião da elaboração da proposta orçamentária para 2006, solicitou a inclusão de recursos da ordem de R\$ 754.155.355,00 (valor este que correspondia aos valores nominais, incluindo prestação mensal e retroativo.</p>
---	--	---

		<p>dos processos de anistia que haviam sido recebidos até junho de 2005). 51. Entretanto, para o exercício de 2006, está consignado na Lei Orçamentária para 2006, para a ação Indenização a Anistiados Políticos Militares, apenas o montante de R\$ 177.840.000,00, quantia suficiente apenas para a implementação das reparações econômicas em prestação mensal, permanente e continuada” (p. 137)</p> <p>“Para evitar tal situação [a impossibilidade de pagamento], o Ministério da Defesa tem encaminhado solicitação de crédito suplementar, como se verifica no A viso nº 16/MD, datado de 9 de fevereiro de 2006 (cópia em anexo), dirigido ao Senhor Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, reiterando a solicitação de crédito suplementar adicional, em caráter emergencial, no valor de R\$ 907,4 milhões de reais” (p. 137-138)</p>	
--	--	--	--

<u>DADOS DO PROCESSO</u>	
<b>Ação Originária</b> Mandado de Segurança 11.709/DF	<b>Data</b> 18/04/2006
	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&amp;docID=13499625">http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&amp;docID=13499625</a>
<b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Recurso Extraordinário	<b>Data</b> 15/03/2007
	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.stf.jus.br/esfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2532449">http://redir.stf.jus.br/esfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2532449</a>
<u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u>	
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>	<b>PRECEDENTES</b>
<b>Constituição Federal</b> - Art. 5º, XXXV - Art. 102, III, “a” - Art. 167, II - Art. 169, §1º, incisos I e II	<b>STF</b> - RE 236.316/RS - ADIN 1.417-7/DF
<b>CPC/73</b> - Art. 543-A	<b>DOUTRINA (Autor – Obra)</b>
<u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u>	
<u>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</u>	
<b>Argumentos Pragmáticos</b>	<b>Argumentos Éticos</b>
“Ao estabelecer a obrigatoriedade de o Poder Executivo de proceder ao desembolso de vultosas quantias, sem a preexistência de verba orçamentária disponível, conforme soejamente demonstrado pelo Impetrado (fls. 74/77, 79/86, e 94/103), há evidente repercussão geral no âmbito das finanças públicas do Estado Federal Brasileiro” (p. 241)	
<b>Argumentos Morais</b>	<b>Fatos concretos</b>
	“Conforme Nota técnica nº 23/SECAD/SOF/MP, de 7 de março de 2006, ora anexada ao presente recurso, a atual previsão de despesa relativamente aos valores retroativos a exercícios anteriores totaliza mais de R\$ 4.5 bilhões, dos quais R\$ 2.1 bilhões correspondem a processos já julgados. Assim, com base nas informações prestadas pela Comissão de Anistia, foram previstos recursos orçamentários da ordem de R\$ 400 milhões no Projeto de lei Orçamentária de 2006 - PLOA/2006, destinados exclusivamente
<u>ARGUMENTOS EMPÍRICOS</u>	
	<b>Dados científicos</b>

<p>“o princípio da legalidade da despesa pública, tal como inscrito nos artigos 167, 11, 169, §1º, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, é orientador de toda a atividade administrativa, na medida em que impõe ao administrador do dinheiro público a obrigação de observar, ao gastá-lo, as autorizações e limitações constantes da Lei Orçamentária Anual. Assim é que, antes de ser mero instrumento em que se encontram previstas as receitas e despesas públicas, é também, elemento balizador da implementação das políticas públicas governamentais. Assim, o plano plurianual de investimentos, a lei de diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (artigo 165, Constituição Federal) constituem importantes instrumentos de governo, que propiciam ao governo federal a possibilidade de equacionamento das contas públicas, vedada "a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais" (p. 251)</p>		<p>ao pagamento de despesas do exercício de 2006, relativos aos processos julgados, conforme discriminado a seguir:  R\$ 55 milhões no Grupo de Despesas 3 -Outras Despesas Correntes, destinados ao pagamento de reparação econômica em prestação única, alocados ao MPOG, Programa de Trabalho  47101.04.846.0154.0739 -Indenização a Anistiados Políticos (Lei nº 10.559/2002); e • R\$ 345 milhões no Grupo de Despesas 1 -Pessoal e Encargos Sociais, destinados ao pagamento de reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, correspondendo, em média, ao pagamento mensal de R\$ 3.924,00 (inclusive 13º salário) por processo julgado, conforme detalhamento a seguir: .Órgão: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão  Programa de Trabalho: 47101.04.846.0154.0739 -Indenização a Anistiados Políticos (Lei nº 10.559/2002) Valor: R\$ 167,2 milhões .Órgão: Ministério da Defesa Programa de Trabalho: 52.101.04.846.0154.0739 - Indenização a Anistiados Políticos (Lei n. 10.559/2002) Valor: R\$ 177,8 milhões”. (p. 253-254)</p> <p>“Tal interpretação também poderia ser aplicada ao caso "sub examine", ante a comprovada inexistência de recursos orçamentários para implementação dos efeitos retroativos da portaria de anistia do Impetrante. Acrescente-se, por último, que o v. acórdão ora recorrido, ao determinar o pagamento de valores pretéritos, representa uma verdadeira afronta ao princípio da isonomia, estatuído pela Constituição Federal art. 5º e 100, caput, uma vez estabelecido o regime de precatórios para pagamento de</p>
<p>“Outrossim, em situações em que é notória a incapacidade do Poder Público em prover todas as necessidades ilimitadas da saúde, da segurança pública ou até mesmo no cumprimento de decisões judiciais que demandam prévia existência de recursos, a solução encontrada pela moderna doutrina</p>		

<p>constitucional foi a adoção do PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, como norteador das obrigações inerentes ao Poder Público” (p. 258)</p>		<p>valores pelos quais o Poder Público é condenado. O decisum, portanto, desvencilha o Impetrante da regra constitucionalmente consagrada, mantenedora do princípio da igualdade. Portanto, diante da demonstração cabal da situação de exaustão orçamentária da Administração Pública e sua consequente impossibilidade de cumprir a decisão judicial ora impugnada, afigura-se indispensável a apreciação deste Colendo Sodalício, a fim de dar máxima efetividade aos arts. 5º, 100, caput, 167, 11 e 169, § 1º, incisos I e II, da CF/88 e, assim, assegurar a integridade da Constituição Federal” (p. 258-259).</p>	
--	--	---	--

## Apêndice H – Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (RE 580.252/MS)

<u>DADOS DO PROCESSO</u>	
<b>Ação Originária</b> 0005157-18.2003.8.12.0008	<b>Data</b> 22/07/2003
	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961">http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961</a>
<b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Memorial – União ( <i>amicus curiae</i> )	<b>Data</b> 01/02/2013
	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961">http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961</a>
<u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u>	
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>  Constituição Federal - Art. 5º, XLIX - Art. 24, I  Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal)  Lei n. 11.671/2008  Decreto n. 6.877/2009  Lei Complementar n. 79/94 (Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN)  CPC - Art. 543-A, §6	<b>PRECEDENTES</b>  DOCTRINA (Autor – Obra)
<u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u>	
<u>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</u>	
<b>Argumentos Pragmáticos</b>  “Discute-se a problemática da excessiva população carcerária frente aos limites orçamentários do Estado e à cláusula da reserva financeira do possível”.  “Na esfera federal, os órgãos de	<b>Argumentos Éticos</b>
<b>Argumentos Morais</b>  “Caso venha a ser provido o presente recurso extraordinário interposto, o recorrente continuará na situação de dano em que se encontra. Não é pelo fato de o Poder Judiciário condenar o Estado ao pagamento de um	<b>Argumentos Morais</b>
<b>Argumentos Concretos</b>  “Segundo o relatório elaborado pelo Ministério da Justiça em 20089, entre 1995 e 2007, o FUNPEN financiou cerca de 1.100 convênios, subsidiando a criação de um total de 78.184 vagas em estabelecimentos prisionais, o que representaria uma proporção de 37% do	<b>Fatos concretos</b>
<b>Argumentos Científicos</b>	<b>Dados científicos</b>
<u>ARGUMENTOS EMPIRICOS</u>	

<p>cúpula do sistema penitenciário, subordinados ao Ministério da Justiça, são o Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias - CNPCP5, de natureza normatizadora e fiscalizadora, responsável pela definição de diretrizes para a política penitenciária, e o Departamento Penitenciário Nacional-DEPEN6, este encarregado de executar e de fiscalizar a execução da referida política em todo o território brasileiro. No plano estadual, a execução da política penitenciária fica a cargo das Secretarias de Segurança Pública, que poderão criar Departamentos Penitenciários Locais7 para atender a esse específico mister” (p. 06)</p>	<p>determinado valor a um dos presos, por danos morais, que a alegada situação danosa se extinguirá. Consequentemente, o valor correspondente à indenização por danos morais, a ser paga ao recorrente, será destinado ao seu patrimônio particular e deixará de ser utilizado em prol da ampliação e melhoria do sistema penitenciário. Assim, os demais apenados e a sociedade como um todo serão prejudicados” (p. 21).</p>	<p>total das vagas existentes no sistema prisional nacional, assim entendido como o conjunto dos sistemas penitenciários locais” (p. 08)</p> <p>“Maiores informações sobre o FUNPEN podem ser obtidas na 6ª edição da cartilha “FUNPEN em números”, do ano de 2012, editada pelo Departamento Penitenciário Nacional (doc. anexo)” (p. 08).</p> <p>“De acordo com dados obtidos perante o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen, relacionados ao ano de 2011, em dezembro do referido ano o sistema penitenciário brasileiro dispunha de 306.497 vagas para os presos do sexo masculino e feminino. Contudo, no mesmo período, a população carcerária brasileira atingiu 514.582, o que corresponde a um déficit de 208.085 vagas, aproximadamente 40% do total necessário” (p. 13)</p>	<p>“De acordo com os dados constantes na citada cartilha “FUNPEN em números” (doc. anexo), de 1995 a 2011, o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) financiou 1.529 (mil quinhentos e vinte e nove) instrumentos de transferência de recursos. Deste total, tem-se 1.456 (mil quatrocentos e cinquenta e seis) instrumentos celebrados com Unidades Federativas, que resultaram no repasse, pelo FUNPEN, de aproximadamente 1,9 bilhão de reais, para financiar e apoiar as ações de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro, o que inclui, também, a construção de novas penitenciárias e de reformas, para gerar um maior número de vagas. Veja-se” (Tabela com os valores transferidos) (p. 16).</p>
<p>“Em razão dos custos de manutenção do sistema penitenciário, as unidades da federação não possuem disponibilidades para arcar integralmente com a manutenção e o aperfeiçoamento de seus sistemas prisionais. As vicissitudes financeiras enfrentadas pelas administrações estaduais acarretaram, ao longo dos anos, a falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais, levando à instalação de uma crise no sistema carcerário” (p. 07).</p> <p>“Os recursos do FUNPEN, transferidos aos estados por meio de celebração de</p>			

<p>convênios, contratos de repasses e instrumentos congêneres, são aplicados em diversas áreas, tais como: construção, reforma e ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; manutenção dos serviços penitenciários; formação, aperfeiçoamento, dentre outras” (p. 07).</p>	<p>“Ademais, para a concretização plena do direito a uma prisão digna, há uma dependência das possibilidades orçamentárias do Estado, de forma que, comprovada a sua incapacidade financeira, não se mostra razoável que seja ele compelido a efetivar o referido comando constitucional. Dessa forma, há certos limites para que se concretizem os direitos de segunda geração, sempre onerosos, devendo-se respeitar o “princípio da reserva do possível”, atendendo-se ao binômio: razoabilidade da pretensão e disponibilidade orçamentária do Estado. Assim, caso não esteja presente a condição fática, qual seja, a dotação orçamentária específica para a criação de novas vagas no sistema prisional, não há que se falar em omissão culposa do Estado e, conseqüentemente, em sua responsabilidade subjetiva pelo dano causado aos presos”. (p. 15).</p>	<p>“No que diz respeito ao Estado do Mato Grosso do Sul, é possível verificar que o referido ente não se mostrou inerte ou</p>
---	--	--

<p>omissão quanto à política carcerária. Pelo contrário. Conforme dados constantes na aludida cartilha "FUNPEN em números", no período entre 2007 e 2011, foram firmados 19 convênios pelo Estado do Mato Grosso do Sul para obtenção de recursos do FUNPEN para o aprimoramento da estrutura carcerária do Estado, resultando num valor elevadíssimo de repasse. Veja-se: (tabela com as medidas tomadas pelo Estado – projetos realizados e o valor do respectivo repasse) (p. 17-19).</p>	<p>“Com efeito, não pode ser imputada como negligente a conduta da administração pública que, nos limites orçamentários definidos por lei, aplica no setor em questão todos os recursos disponíveis. Dessa forma, caso o Poder Executivo estadual esteja observando e cumprindo a destinação de recursos, em conformidade com a orientação legal do orçamento, não há que se falar em omissão culposa do Estado do Mato Grosso do Sul em promover um encarceramento digno aos presos” (p. 19)</p>				
--	---	--	--	--	--

**Apêndice I – Tabela-Padrão de fichamento de peças processuais (RE 587.970/SP)**

<b>DADOS DO PROCESSO</b>		
<b>Ação Originária</b> 0075636-52.2006.4.03.6301	<b>Data</b> 08/03/2006	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2621386">http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2621386</a>
<b>Peça Processual onde há Referência à “Reserva do Possível”</b> Recurso Extraordinário	<b>Data</b> 25/04/2008	<b>Endereço eletrônico</b> <a href="http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2621386">http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_electronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=2621386</a>
<b>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</b>		
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>	<b>PRECEDENTES</b>	<b>DOCTRINA (Autor – Obra)</b>
<b>Constituição Federal</b> - Art. 5º, <i>caput</i> - Art. 12, II, §1º - Art. 102, III, “a” - Art. 203, V  <b>Lei Federal</b> Lei n. 8.742/93 - Art. 1º - Art. 20  <b>Lei Federal</b> Lei n. 10.259/2001 - Art. 14 §2º - Art. 14 §4º  <b>Lei Federal</b> Lei 10.741/03 - Art. 34  <b>Decreto n. 1.744 de 08/12/95</b> - Art. 4º  <b>CPC/73</b> - Art. 543-A	<b>STF</b> ADIN 1.232/DF  <b>Stímula 203, STJ</b>  <b>Stímula 282, STF</b>	<b>MARINONI</b> , Luiz Guilherme; <b>MITIDIERO</b> , Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, São Paulo, RT, 2007, p. 35-36.  <b>DIDIER JUNIOR</b> , Fredie; <b>CUNHA</b> , Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, e ed. JusPoivm, 2007, p. 270.  <b>SILVA</b> , José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. Malheiros, 13 ed, 1997, p. 178-179.

<u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u>		
<u>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</u>		<u>ARGUMENTOS EMPIRÍCOS</u>
<b>Argumentos Pragmáticos</b>	<b>Argumentos Éticos</b>	<b>Fatos concretos</b>
<p>“A seletividade e distributividade tornam legítima a escolha do legislador sobre prestações e benefícios que da melhor forma possível atendam ao Mínimo Social” (p. 111).</p> <p>“O Poder legislativo cumprindo princípios constitucionais, determinou que o Estado colaborasse no sustento de cidadãos com baixa renda, assim considerado aquele que possui nacionalidade brasileira, nos termos do artigo 12, da Lei Maior”.</p>	<p><b>Argumentos Morais</b></p> <p>“Mas é certo que o ideal de justiça social hoje contemplado na legislação infraconstitucional é diverso daquele existente há um século. A melhoria é visível e constante! Isso não se pode negar. (...) Todavia ainda não alcançamos o ideal postulado. Ao Estado-Providência compete a cobertura às questões sociais, na medida suportável pelos indivíduos que compõem a sociedade. (...) O bem estar e a Justiça Social encontram expressão concreta quando o padrão mínimo de segurança seja correlato ao estágio de desenvolvimento em que se encontra o País” (p. 111).</p> <p>“É manifesta a CRESCENTE EVOLUÇÃO E AMPLIAÇÃO DO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL, a marcha dessa evolução guarda passo com o caminhar da economia nacional. Para que a concessão encontre campo sólido e permanente no cenário nacional, é necessário não haja atropelos que possam repercutir de forma desfavorável aos atuais beneficiários da Seguridade Social” (p. 119).</p>	<p><b>Dados científicos</b></p> <p>“Outrossim, é oportuno ressaltar a relevância econômica da matéria, tendo em vista o grande número de benefícios concedidos e mantidos pela Previdência Social e o propalado déficit público. De fato, como se observa no Fluxo de Caixa do INSS em anexo, somente em 2006 foram concedidos judicialmente por Tribunais Regionais Federais 3.986.554 (três milhões, novecentos e oitenta e seis mil e quinhentos e cinquenta e quatro) benefícios. Em contrapartida, no mês de fevereiro de 2007, a Arrecadação Líquida do INSS (que corresponde aos recebimentos próprios deduzindo-se as transferências a terceiros) foi de R\$ 10.436, 70 milhões. No entanto, a despesa com benefícios do Regime Geral de Previdência Social foi da ordem de R\$ 13.232,30 milhões, conforme se observa dos gráficos em anexo” (p. 112)</p>