FÁBIO LOPES ALFAIA

DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Ribeiro Bastos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2020

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA (VERSÃO CORRIGIDA)

FÁBIO LOPES ALFAIA

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Mestrado Interinstitucional de Direito do Estado da Universidade de São Paulo – USP e do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas, para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito do Estado, sob a Orientação do Professor Doutor Rodrigo Reis Ribeiro Bastos.

SÃO PAULO

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

LOPES ALFAIA, FÁBIO
DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA (VERSÃO CORRIGIDA); FÁBIO LOPES ALFAIA ; orientador RODRIGO REIS RIBEIRO BASTOS -- São Paulo, 2020.
342 f.
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.
Versão original já se encontra disponível na Unidade do curso de pós-graduação.

1. Discricionariedade Jurídica. 2. Reserva do Possível. 3. Postulado Normativo. 4. Art. 22 da LINDB. I. REIS RIBEIRO BASTOS, RODRIGO , orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

FÁBIO LOPES ALFAIA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o curso de Mestrado Interinstitucional. Área de concentração: Direito do Estado pela Universidade de São Paulo/CIESA, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:__/___/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Instituição: PUC-SP
Rodrigo Reis Ribeiro Bastos
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: PUC-SP
Márcio Pugliesi
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: USP
Marcelo Semer
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr. _____ Instituição: USP
Luiz Sérgio Fernandes de Souza
Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

A minha esposa Kaline,

Aos meus filhos José Carlos, e Eva (recém-

chegada neste caminhar),

Pelo amor e sobretudo paciência.

A meu pai Laerte,

Minha mãe Maria José,

Por simplesmente tudo.

AGRADECIMENTOS

Aos membros do Poder Judiciário do Estado do Amazonas, que convivem diuturnamente com os temas deste estudo.

À Associação dos Magistrados do Amazonas – AMAZON pelo apoio institucional.

Aos servidores da 1ª Vara da Comarca de Coari/AM pelo apoio profissional (a melhor equipe que um magistrado poderia ter).

Ao Professor Doutor Rodrigo Reis Ribeiro Bastos, cuja orientação me levou a caminhos nunca dantes imaginados na compreensão do Direito.

À equipe do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA, cujo pioneirismo e competência na disseminação dos cursos de pós-graduação *Stricto Sensu* e *Lato Sensu* no Estado do Amazonas há muito já deveria ter sido replicado.

Aos colegas do mestrado interinstitucional pela convivência profícua.

Aos professores Afrânio de Sá e João dos Santos Pereira Braga (*in memoriam*), eternos mestres da Universidade Federal do Amazonas e meus referenciais na academia.

“*Ser ou não ser, eis a questão*
Será mais nobre para a mente suportar
As fundas e flechas do destino austero
Ou, abrir fogo contra o mar de angústias
E, relutante, dar-lhes fim? Morrer, dormir e só
E ao dormir acreditar que damos fim
A todo pesar, e às mil feridas naturais herdadas pelo corpo
Este é o desfecho, piamente desejado: morrer, dormir
Dormir, talvez sonhar, eis o enrosco
Pois os sonhos que virão no sono da morte
Desnudados no redemoinho da vida
Trazem perplexidade, é essa a reflexão
Transformar a ventura em desastre
Pois quem suportaria os escárnios do tempo
O ultraje do opressor, a vaidade do arrogante
O desprezo no amor, a lentidão da lei
A insolência dos políticos e o desdém
Que o habilidoso recebe dos inúteis
Se lhe fosse possível encontrar a paz
Num simples punhal? Quem admitiria fardos
O rebuliço e o esforço de uma vida servil
Não fosse pelo medo da morte
A terra desconhecida de cujas fronteiras
Ninguém retorna, a vontade desnorteia,
E nos faz preferir os males conhecidos
A desbravar males inéditos?
Assim a consciência nos faz covardes;
E assim o brilho natural da decisão
É tonalizado pelo pensamento pálido,
E iniciativas de vigor e relevância,
Vistas por esse olhar, se desviam de nós
E não atendem pelo nome de ação.”
(SHAKESPEARE, 2019, p. 76).

ALFAIA, Fábio Lopes. **Da Reserva do Possível como Limite da Discricionariedade Jurídica.** 15 de maio de 2020. 342p. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

RESUMO

O empoderamento da figura dos aplicadores do Direito institucionalmente autorizados, materializado em uma reconhecida liberdade adjudicatória na resolução dos conflitos humanos frente a enunciados normativos cuja característica de textura aberta é um fato inarredável da modernidade, propicia um grau e extensão aos quais se impõe o reconhecimento da discricionariedade como um fato intermitente da prática jurídica. É de rigor reconhecê-la como uma construção decorrente da dinâmica da atividade intelectual interpretativa do ordenamento, sendo que não possui limites ontológicos em si, salvo os extraídos dos enunciados semânticos do texto, devendo ser identificados os limites postos pela dogmática jurídica analítica, dentre os quais se apresenta o postulado normativo da reserva do possível por meio do artigo 22 do Decreto-lei n. 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), introduzida pela Lei Federal n. 13.655/2018. Antes considerada uma circunstância fática delimitadora no processo argumentativo de tomada das decisões jurídicas, a reserva do possível se apresenta como norma jurídica estruturante e condicionante da interpretação de regras e princípios de direito público e, por conseguinte, da discricionariedade de julgadores, gestores públicos, órgãos de controle e demais agentes do sistema, notadamente na seara da efetividade de direitos fundamentais sociais. Para esta abordagem, buscou-se promover sucinta análise das premissas e sentidos dos conceitos de discricionariedade jurídica e de reserva do possível, além de comentários às concepções jusfilosóficas de Scott J. Shapiro e de Humberto Ávila, adequadas para as propostas deste trabalho, e ao artigo 22 da LINDB em seus contornos gerais. A metodologia deste trabalho irmana-se ao positivismo jurídico nas linhas clássicas de Hans Kelsen e de H.L.A. Hart e busca subsídios para uma compreensão científica e institucionalmente adequada da teoria da decisão jurídica.

Palavras-Chave: Discricionariedade Jurídica. Reserva do Possível. Postulado Normativo. Art. 22 da LINDB.

ALFAIA, Fábio Lopes. **Reserving the possible as a limit of legal discretion.** May 15, 2020. 342p. Master's. Faculty of Law, University of São Paulo.

ABSTRACT

The empowerment of the figure of institutionally authorized law enforcers, materialized in a recognized adjudicatory freedom in the resolution of human conflicts in the face of normative statements whose open texture characteristic is an unavoidable fact of modernity, provides a degree and extension to which the recognition of discretion as an intermittent fact of legal practice. It is rigorous to recognize it as a construction resulting from the dynamics of the interpretative intellectual activity of the order, since it has no ontological limits in itself, except those extracted from the semantic statements of the text, and the limits set by the analytical legal dogma must be identified, among the which presents the normative postulate of the reserve of the possible through article 22 of Decree-Law no. 4,657 / 1942 - Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB), introduced by Federal Law no. 13,655 / 2018. Before considered a factual limiting circumstance in the argumentative process of making legal decisions, the reserve of the possible presents itself as a structuring legal norm and a condition for the interpretation of rules and principles of public law and, therefore, for the discretion of judges, public managers, agencies control and other agents of the system, notably in the field of the effectiveness of fundamental social rights. For this approach, we sought to promote a succinct analysis of the premises and meanings of the concepts of legal discretion and reserve the possible, in addition to comments on the jusphilosophical concepts of Scott J. Shapiro and Humberto Ávila, appropriate for the proposals of this work, and the 22 of the LINDB in its general outlines. The methodology of this work is linked to legal positivism in the classical lines of Hans Kelsen and H.L.A. Hart and seeks subsidies for a scientifically and institutionally adequate understanding of the theory of legal decision.

KEYWORDS: Legal Discretion. Possible Reserve. Normative Postulate. 22 of the LINDB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 11

CAPÍTULO I – PREMISSAS ONTOLÓGICAS DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA..... 18
1.1 DA TEXTURA ABERTA DAS NORMAS JURÍDICAS: DENSIDADE NORMATIVA E LIBERDADE DO APLICADOR..... 18
1.2 NORMAS JURÍDICAS COMO PLANOS - A TEORIA DE SCOTT J. SHAPIRO.....34
1.2.1 Natureza e Características dos Planos..... 34
1.2.2 Direito como Atividade de Planejamento Compartilhado..... 40
1.2.3 Interpretando Planos – Gerenciamento da Confiança, Princípio Meta-Interpretativo e Sistema de *Accountability*..... 45
1.2.4 Algumas Críticas à Teoria Jurídica do Planejamento Social..... 49
1.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO..... 52

CAPÍTULO II – DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA – NOÇÕES FUNDAMENTAIS..... 54
2.1 FUNDAMENTOS NORMATIVOS – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, JUDICIAL E LEGISLATIVA..... 54
2.2 GRAUS E SENTIDOS DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA..... 63
2.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO..... 77

CAPÍTULO III – LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA..... 80
3.1 LIMITES SUBSTANCIAIS E PROCEDIMENTAIS..... 80
3.2 DEVER DE SEGURANÇA JURÍDICA..... 83
3.3 REGIME DA "ECONOMIA DA CONFIANÇA" JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL.....91
3.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL E DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO..... 123
3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO..... 153

CAPÍTULO IV – DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – ASPECTOS GERAIS..... 158
4.1 DIREITOS TÊM CUSTOS. DIREITOS SOCIAIS, TAMBÉM: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO GERENCIADOR DE RECURSOS ESCASSOS E DE NECESSIDADES HUMANAS INFINITAS..... 158
4.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DE DIREITO ESPREMIDO ENTRE SUAS LIMITAÇÕES: A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL..... 168
4.2.1 Origem e Sentidos da Teoria da Reserva do Possível..... 168
4.2.2 Um Exemplo da Incidência da Teoria da Reserva do Possível? O Caso *Grootboom* (África do Sul) 183
4.2.3 Um Exemplo da Incidência da Teoria da Reserva do Possível? O Estado de Emergência Econômico-financeiro ou "Estado de Exceção Financeiro" (Portugal)..... 188
4.2.4 O Tortuoso (e torturante) Caminho Brasileiro da Teoria da Reserva do Possível..... 195

4.3 NATUREZA JURÍDICO-DOGMÁTICA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL N. 13.655/2018..... 216
4.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO..... 229

CAPÍTULO V – DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO POSTULADO NORMATIVO..... 233
5.1 REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS NORMATIVOS – A TEORIA DA NORMA JURÍDICA DE HUMBERTO ÁVILA..... 233
5.1.1 Regras e Princípios – Critérios de Distinção..... 233
5.1.2 Dos Postulados Normativos..... 247
5.1.3 Uma Crítica (positivista)..... 260
5.2 O ARTIGO 22 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LEI FEDERAL N. 13.655/2018) 265
5.2.1 O "Primado da Realidade" (reserva do possível) na Gestão Pública... 265
5.2.2 "Reserva do Possível" como Sobrenorma ou Postulado Normativo Aplicativo: Respeito do Controlador à Discricionariedade do Gestor e Consenquencialismo Jurídico (Artigo 20, LINDB)..... 274
5.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO..... 293

CONCLUSÃO..... 297

REFERÊNCIAS..... 310

ANEXO.....342

INTRODUÇÃO

Em 18 de dezembro de 2019 e conforme amplamente noticiado[1], atendendo pedido de tutela provisória formulado conjuntamente pelo Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Estado do Amazonas, pelo Ministério Público do Estado do Amazonas e pelo Ministério Público de Contas do Amazonas, em face da União Federal, do Estado do Amazonas, da Fundação Universidade do Amazonas – FUA, e da Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões – UNISOL[2], em meio a um alegado quadro de "crise" na prestação de serviços médico-hospitalares na unidade hospitalar "Francisca Mendes", gerida de forma conjunta pelo Estado do Amazonas e pela entidade pública universitária federal com seu respectivo ente de apoio, localizada em um dos bairros mais populosos da cidade de Manaus/AM e referência nas especialidades cardiovasculares da rede pública no Estado do Amazonas, o Juízo da 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Amazonas deferiu integralmente o pedido de tutela de urgência *"ordenando início de solução definitiva do Francisca Mendes"*.

Na referida decisão, determinou-se que os requeridos iniciassem "*imediatamente, os levantamentos, avaliações e prestações de contas para a extinção legítima dos ajustes de co-gestão hospitalar firmados no convênio nº 02/2013 e Contrato nº 061/2014, com garantia de continuidade dos serviços e pagamento"*, com prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e sob pena de multa diária no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento, abstendo-se os requeridos de "*suspender total ou parcialmente as prestações decorrentes dos ajustes de co-gestão da Fundação Hospital Universitário Francisca Mendes"* e que, o Estado do Amazonas e a União Federal adotassem *"providências*

---

[1] O Ministério Público do Amazonas (MPAM), o Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público de Contas do Amazonas (MPC-AM); *ajuizaram Ação Civil Pública para regularizar a transição da Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (UNISOL) da gestão do Hospital Universitário Francisca Mendes (HUFM), que deverá ser assumida pelo Governo do Amazonas. A ação que foi proposta na última quarta-feira (13) contra a União, o Estado do Amazonas e a Fundação Universidade do Amazonas (FUA/UFAM), tem o objetivo de impedir a descontinuidade dos serviços da unidade de saúde, referência em cardiologia no Estado".* (Em Manaus, MP e MPF mandam governo assumir direção do Hospital Francisca Mendes. Portal do Holanda, Manaus, 14 nov. 2019).

[2] Processo n. 1013968-54.2019.4.01.3200, distribuído em 14 de novembro de 2019 e ora em tramitação perante a 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Amazonas.

imediatas emergenciais, no sentido de garantir a continuidade da oferta dos serviços de diagnóstico e tratamento cardiovascular no Amazonas, onde houver ameaça e/ou paralisação em virtude de má gestão, da inadimplência e da falta de cobertura contratual na Fundação Hospital Francisca Mendes".

Não é o caso de exercer juízo de valor sobre o acerto, ou não, do provimento jurisdicional prolatado, ou sobre a adequabilidade, ou não, das medidas processuais adotadas. Nosso interesse aqui se centra nas razões externadas na fundamentação. Em certo trecho, o magistrado faz referência ao argumento da "reserva do possível" – inescapável em tema tão sensível como o da saúde pública. Senão, vejamos:

> (...) também se reconhece que o fato de os direitos sociais envolverem custos, tampouco impede a sua proteção judicial. É lógico que a garantia dos direitos fundamentais depende de recursos escassos, o que também se aplica ao mínimo existencial. Esta escassez obriga o Estado, em muitos casos, a se confrontar com verdadeiras "escolhas trágicas", vez que, diante da impossibilidade de se atender múltiplas demandas, é forçado a eleger e priorizar alguns direitos frente a outros.

Todavia, e após limitar-se a uma (brevíssima) menção de praxe a um conhecido precedente do Supremo Tribunal Federal o qual será citado neste estudo:

> (...) entendo que a reserva do possível é inoponível às prestações compreendidas pelo mínimo existencial (v.g. direito à saúde). Isso porque, a garantia do mínimo existencial, que é pressuposto da democracia, não pode ficar à mercê das escolhas políticas. Assim, o fato de inexistir previsão orçamentária para a realização de despesas necessárias à satisfação do mínimo existencial não deve obstar a sua concessão via judicial.

Portanto, a cláusula da reserva do possível não pode ser trazida pelo Poder Público com o propósito de frustrar, de inviabilizar a implementação de políticas traçadas na própria Constituição, sob pena de esvaziamento constitucional. De todo modo, ainda que não se reconheça a absoluta inoponibilidade do mínimo existencial à reserva do possível fática, pode-se afirmar pelo menos a máxima prioridade das prestações concernentes ao mínimo existencial em relação a todas as demais despesas estatais, suscetíveis, portanto, de controle judicial.

De modo a dar alguma concretude fática a suas considerações, vez que não consta do provimento jurisdicional qualquer consideração mais específica acerca

de eventual quadro de dificuldades enfrentado pelo gestor público que possa ser considerado pelo Poder Judiciário e órgãos controladores (não há qualquer discriminação dos fatos e motivos alegados, ou porventura, demonstrados pelos entes públicos no relatório da decisão interlocutória), o magistrado faz alusão, conforme pesquisa efetuada provavelmente na rede mundial de computadores, a despesa pública supostamente *"supérflua e secundária"* mediante *"quantia considerável com viagens e diárias"* quando se poderia gastar com *"saúde, educação, saneamento básico, etc."* e a recursos públicos abundantes disponíveis por meio de *"recordes de arrecadação"* supostamente batidos no exercício financeiro de 2019. Arrematando o juízo *"como não há dinheiro pra* (sic) *saúde e seu planejamento e execução adequada?".* Desse modo, arremata que o Poder Judiciário *"deve-se mostrar sensível e atento para o fato de que tal contenda não se resolve da noite para o dia, mas também não pode ser (sic) calar e permanecer cego com tamanho descaso e falta de preparo no trato de questão primária e primordial"*.

E é isso: uma decisão judicial, não obstante suas louváveis preocupações, mas imbuindo-se de uma fundamentação – é forçoso dizer – não muito técnica, eminentemente moralista, quiçá mesmo política, promove uma brutal intervenção em setor relevante do sistema único de saúde do Estado do Amazonas – difícil compreender, frente às razões expendidas, a ausência da inclusão da pessoa jurídica de direito público interno "MUNICÍPIO DE MANAUS" na lide em verificando-se a presença da União Federal – sem qualquer consideração ou diálogo com o quadro real de dificuldades por que passam efetivamente estes gestores públicos da unidade hospitalar, de modo a compreender a licitude, ou não, da conduta estatal, e a buscar-se efetivamente a tutela jurídica do direito à saúde relativamente às especialidades cardiovasculares.

Estabelecem-se obrigações jurídicas individuais sem parâmetros objetivos confiáveis para aferição de seu cumprimento ou não, fixam-se prazos sem muito referencial técnico ou fático para aferir se são suficientes ou não as medidas adotadas, arbitram-se multas ou sanções pecuniárias cujo grau de coercibilidade é desconhecido – e fim. Tudo isso na vigência de enunciados normativos – a serem igualmente analisados neste estudo – que determinam justamente a consideração dessas questões por julgadores, gestores públicos e órgãos de controle.

Lamentável e forçoso aqui é dizer que a decisão prolatada, antes de ser uma exceção, apresenta-se como paradigmática do trato da matéria de direitos prestacionais na prática jurídica brasileira.

O presente trabalho vem ao encontro das perplexidades que esta prática e a decisão acima referida provocam no seio da dogmática jurídica analítica. Antes de criticar ou de repudiar este quadro, urge compreendê-lo, dar-lhe o devido tratamento científico. As dificuldades muito próprias decorrentes dos conflitos jurídicos envolvendo a licitude, ou não, das atividades público-administrativas, somadas a posições morais extremas que se tomam como posições jurídicas defensáveis e como parâmetros para sindicabilidade dos atos estatais, não olvidam a necessidade de identificação de elementos e de técnicas já disponibilizadas no seio do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo e estruturando uma correta interpretação e aplicação das regras e dos princípios que compõem o sistema.

Nesse ponto, a temática dos direitos fundamentais sociais (direitos prestacionais) é um clássico exemplo de fenômeno aparentemente inescapável da modernidade: a edição de textos legislativos que, longe de dirimir os conflitos humanos e sociais cuja conformação deveria findar na lei, empodera a figura dos aplicadores do Direito institucionalmente autorizados (julgadores, órgãos de controle e demais oficiais do sistema). Antes de esgotarem-se nos enunciados normativos, os anseios da comunidade restam dirimidos conforme a casuística dos conflitos que se apresentem. Incrementou-se a liberdade do aplicador do Direito (liberdade adjudicatória) na dinâmica da ordem jurídica.

O exercício dessa liberdade pode redundar ou degradar-se em um grau e extensão inauditos e mesmo jurídica e institucionalmente desautorizados, materializados na figura da discricionariedade (exacerbada) a perpassar a atuação não apenas de julgadores, mas igualmente de gestores públicos e de todos os agentes que interajam no seio do ordenamento jurídico previamente instituído pela comunidade em seu planejamento social seguindo-se a concepção do jusfilósofo norte-americano Scott J. Shapiro. Por outro lado, está temática caminha paralelamente à inarredável consideração acerca da escassez de recursos de toda ordem que alimenta a dinâmica social, cabendo ao Estado – em todas as suas esferas – a gerência desta escassez conforme o exija o prévio planejamento social

e tendo-se nominado em nossa prática jurídica pela nomenclatura de “reserva do possível”.

Nesse ínterim, este estudo defenderá que, desde sempre uma circunstância fática inafastável nas considerações de todos aqueles que manejem e interajam na dinâmica da prática jurídica, notadamente na seara dos direitos prestacionais, a reserva do possível transmudou-se em norma estruturante de interpretação e de aplicação de regras e de princípios de direito público – um postulado normativo aplicativo na concepção do jurista brasileiro Humberto Ávila – a partir da vigência da Lei Federal n. 13.655/2018, que introduziu o artigo 22 do Decreto-lei n. 4.657/1942 – Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o grande “ausente” da decisão citada no início desta introdução. Limita-se, portanto, não a liberdade adjudicatória dos julgadores, de gestores públicos e de todos os aplicadores do Direito institucionalmente autorizados, mas o grau e a extensão dessa liberdade; limita-se a discricionariedade de todos os agentes do sistema atuantes no ordenamento jurídico e exige-se que ajam com maior responsabilidade e encargos frente a um quadro de escassez de recursos pelo qual todos devem zelar.

Os três primeiros capítulos centrar-se-ão na temática da discricionariedade jurídica: desde suas premissas ontológicas no Capítulo I, quais sejam políticas, sociais e filosóficas, identifica-se a liberdade do aplicador do Direito conforme seja estabelecido pelo prévio planejamento social na concepção de Shapiro, o qual, frente à progressiva complexidade das relações sociais, institui não apenas o ordenamento jurídico, mas a liberdade adjudicatória e seu grau e extensão de acordo com o contexto dos conflitos humanos que se apresentem, extraindo-se de textos normativos cuja característica de textura aberta deve ser manejada.

A partir deste ponto se pode compreender fundamentalmente a discricionariedade no Capítulo II, construção jurídica extraída da norma, mais precisamente de seu processo de materialização tomando-se como início o texto normativo legislado, mas que a ele não se resume e nele não se esgota. O processo argumentativo de sua concretização levará a situações em que a mesma não se apresente imediata ou claramente aplicável: “raiz” que denota o grau de extensão e de liberdade do aplicador, que configura a discricionariedade.

Entendida a discricionariedade jurídica, urge que se compreendam seus limites no Capítulo III, propondo-se que os mesmos se apresentem de natureza substancial ou procedimental, seguindo-se aqui em parte as clássicas considerações de Mauro Cappelletti, mas conforme as peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro e as posições metodológicas deste estudo. Com essa proposta, serão tomados como limites da discricionariedade o dever de segurança jurídica e o regime de economia de confiança (limites substanciais) e as garantias fundamentais do devido processo legal e do dever de fundamentação das decisões jurídicas (limites procedimentais).

O Capítulo IV trabalhará essencialmente com o tema, ou a teoria da reserva do possível. Discriminar-se-ão seus fundamentos ontológicos, suas diversas concepções e sua efetiva natureza jurídica tal como é possível compreender antes da edição da Lei Federal n. 13.655/2018, procurando mostrá-la como algo inarredável da temática dos direitos prestacionais e de sua jurisprudência não apenas brasileira mas igualmente do direito comparado. Será exposto o patológico quadro de sua prática no ordenamento jurídico pátrio, procurando não apenas criticá-lo, mas sobretudo entendê-lo.

Por fim, o Capítulo V abordará a teoria da norma jurídica de Humberto Ávila, com especial atenção aos postulados normativos, espécie em que se enquadraria o artigo 22 da LINDB, comentado pormenorizadamente no mesmo capítulo, como modo estruturante e condicionante da interpretação e aplicação das regras e dos princípios de direito público e no qual se assenta com tranquilidade os preceitos da reserva do possível.

A metodologia adotada será predominantemente explicativa e descritiva, vez que se pautou por pesquisas em fontes documentais e bibliográficas e mediante entrevistas com órgãos públicos para coleta de dados, de modo a robustecer as explanações apresentadas, sendo que cada capítulo terá o fecho de uma conclusão parcial que possa contribuir para as considerações finais a serem externadas.

Este é o plano do trabalho. Sua proposta e ideologia jurídica serão os do positivismo jurídico em seus preceitos clássicos – seja na linha hermenêutica ou hartiana, seja na linha normativista ou kelseniana – pautado nas seguintes premissas: (i) Direito como produto de fontes sociais, estas materializadas nos

sistemas romano-germânicos (caso do ordenamento jurídico brasileiro) em atos de vontade vinculantes da autoridade legislativa *a priori*, isto é, em textos normativos legislados ou em fontes de produção do Direito institucionalmente autorizadas (sentido amplo de positivismo jurídico); e (ii) plena separação entre Direito e moral, isto é, mesmo que nasça da moral e da política em sendo estas fatos incontornáveis dos conflitos humanos e cuja resolução se busca materializar no Direito, seu desenvolvimento posterior, sua interpretação e aplicação são independentes destas considerações (sentido estrito de positivismo jurídico).

Nesse ponto, mesmo reconhecendo e adotando contribuições técnicas do que convencionalmente se logrou denominar como “moralismo jurídico” – especialmente aqui falando da espécie normativa de princípios – sua inserção no ordenamento e sua intepretação e aplicação rotineiras devem tomar como matéria-prima e ponto de partida o texto normativo legislado e as fontes autorizadas. Explique-se: qualquer construção dos aplicadores do Direito institucionalmente autorizados que identifiquem e apliquem princípios jurídicos bem como quaisquer espécies normativas (regras e postulados normativos) devem iniciar seu labor deste ponto, e não de meros valores axiológicos ou de fontes materiais estranhas ao Direito. O Direito propõe-se a respostas institucionalmente construídas com vistas à resolução dos conflitos humanos, não necessariamente “justas”.

Não se negam que estão sendo desconsideradas diversas possibilidades oferecidas pelo Direito e por parte de um estudo acadêmico que se pretenda robusto. No entanto, toda pesquisa só se justifica quando apresenta respostas efetivas à realidade e aos problemas que se imponham no momento. A dimensão ideal do Direito como uma noção abstrata (e nem sempre alcançável) de Justiça é deveras sedutora. Ocorre que estados finalísticos e idealísticos sempre restam com sua credibilidade em xeque face à dureza da experiência humana com que sempre se defrontam; em não se podendo olvidar o papel único do Direito como mediador de conflitos humanos e conformador de expectativas sociais, privilegiar-se sua dimensão formal ou empírica na abordagem do objeto deste estudo, antes de ser uma postura conformista, impõe-se como uma posição acadêmica e cientificamente honesta junto às questões do presente e às “coisas que estão no mundo”. Só que precisamos encontrar.

CAPÍTULO I – PREMISSAS ONTOLÓGICAS DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA

1.1 DA TEXTURA ABERTA DA NORMA JURÍDICA: DENSIDADE NORMATIVA E LIBERDADE DO APLICADOR

Embora aspire à determinação e à certeza, a dogmática jurídica se reflete em seu exato oposto. A complexidade das relações sociais e a efetiva consagração da Democracia enquanto sistema político produziram efeito relevante em seu nascedouro institucional por excelência – qual seja, os Parlamentos. Os direitos políticos – especialmente de votar e de ser votado – antes reservados a extratos específicos da população, estenderam-se de tal maneira que comprometeram a originária homogeneidade na estrutura e no funcionamento das casas legislativas.

Enquanto seus membros anteriormente compartilhavam de interesses específicos e homogêneos, a generalidade do direito de votar e de ser votado conduziu a maior representatividade a resultar na congregação de diversos grupos e de interesse sociais. A complexidade da composição social – uma “sociedade multiclasse” – refletiu-se nos Parlamentos e progressivamente espraiou-se por toda a composição dos órgãos estatais (JUSTEN FILHO, 2018, p. 17-18). Surgiram centros-de-poder independentes os quais demandam um novo desenho institucional para a proteção de valores governamentais especialmente fundamentais e mediante uma série de julgamentos complexos e sensíveis ao contexto que se apresente (ACKERMAN, 2014, p. 18-19).

Essa realidade progressivamente mais complexa tornou o legislador “inseguro”, não se considerando suficientemente informado e receoso de que sua legislação se torne rapidamente obsoleta devido aos progressos muito rápidos da ciência e da sociedade. Por exemplo, na África do Sul, onde a pena de morte foi abolida em 6 de Junho de 1995 pela Corte Constitucional e não, como se esperaria, pelo Parlamento. A pena de morte foi declarada contrária ao direito à vida reconhecido pela Constituição de 1994 pela Corte Constitucional. O novel texto constitucional nada dizia, e o Congresso Nacional Africano de Nelson Mandela e o Partido Nacional de Frederik De Klerk não chegavam a um acordo, vindo a questão a ser dirimida pelo Poder Judiciário. O mesmo se pode dizer acerca das questões

do aborto e das agressões sexuais no Canadá, ou da adoção na Índia (GARAPON, 1996, p. 165). O Direito, que necessariamente procede por regras gerais e permanentes, não sabe como abordar matérias que evoluem súbita e progressivamente de forma técnica e administrativa e receia cristalizar prematuramente as coisas por regras que, além disso, tornar-se-iam rapidamente obsoletas (GARAPON, 1996, p. 166). As instituições se encontram em descompasso com a sociedade.

Este contexto igualmente acarretou progressiva deslegitimação das estruturas burocráticas e partidárias profissionais que fazem a razão de ser da democracia representativa ante a perda de conexão com os novos interesses da sociedade, erodindo o sentido de representatividade e abrindo uma clivagem entre a sociedade e os representantes supostamente eleitos por ela. A perda de prestígio dos Parlamentos é um dado efetivo da realidade, traduzindo-se em ineficiência, dificuldades na apreensão das vontades dos eleitores, práticas como as “trocas de favores” entre parlamentares e entre parlamentares e representantes do Poder Executivo, além de recorrentes denúncias de corrupção e desvios, acarretando profunda descrença na percepção favorável dos representantes partidários e, por fim, das próprias instituições representativas (VIARO, 2018, p. 87).

Nesse ínterim, a reação institucional instintiva de Parlamentos assim compostos é “empurrar” os conflitos sociais, antes conformados e estabilizados com a mera edição da legislação formal específica, para o exato momento da resolução dos respectivos conflitos jurídicos por meio de leis propositalmente genéricas e pouco claras (*v.g.*, “cláusulas gerais”, conceitos jurídicos indeterminados, autorização para o uso de “princípios” explicitamente no texto legal).

Conforme coloca Marcos Augusto Perez (2020, p. 45):

> A lei formal, assim, fruto de um Legislativo enfraquecido em termos de representatividade política, tende a tornar-se menos clara, mais principiológica, ou mais apegada aos conceitos jurídicos indeterminados. Desse modo, o Legislativo posterga ou empurra, por delegações explícitas ou implícitas, a solução das disputas sociais e econômicas para os demais poderes estatais (...)

Essa “fuga” de responsabilidade também acarreta degradação nesse mesmo material legislativo que se pretende aplicar pelos intérpretes autênticos do

sistema, a depender dos defeitos estruturais do sistema político-partidário, incapaz de refletir os anseios sociais, mas estando ansioso para consegui-lo. Conforme coloca mais uma vez Marcos Augusto Perez (2020, p. 161-162), sem uma maioria ideológica ou partidária clara em seu seio, ou que sustente o chefe do Poder Executivo eleito diretamente, o Poder Legislativo, sem cor, cheiro ou forma, vota leis, quase sem exceção, com esses mesmos predicados: vota-se e legisla-se conforme os anseios do momento e a força dos grupos de pressão, da mídia de massa, ou mediante interesses específicos de dezenas de partidos, além dos incontáveis interesses paroquiais que se manifestam a cada votação. O resultado são leis sem objetivos claros, muitas vezes prenhes de interesses conflitantes – os quais deveriam ser resolvidos democraticamente no seio do processo legislativo – e que empurram suas idiossincrasias para serem dirimidas pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, a quem é delegada a resolução dos conflitos e dos grandes problemas nacionais[3].

Alteram-se, portanto, os paradigmas: não importa mais tanto ter ciência e sapiência sobre o que é o Direito posto, sobre suas fontes de criação, e quais leis, costumes ou dispositivos merecem, ou não, integrar o ordenamento jurídico, mas sobretudo sobre os modos de sua aplicação das normas já reconhecidos pelo sistema, empoderando e mesmo sobrecarregando seus intérpretes “autênticos” (o julgador e o administrador) na resolução dos conflitos sociais, devidamente abrangidos pela juridicidade do ordenamento estatal. A “juridificação” completa das relações sociais propiciada pela modernidade só se considera agora efetivada com o chamamento dos oficiais do sistema para dirimir as incompletudes e os conflitos normativos, “criando” novas normas que poderão servir de referência para casos futuros (VIARO, 2018, p.106-107).

Mário G. Losano é especialmente claro nesse sentido (2010, p. XXX):

> Numa época em que o legislador parecia sempre estar em atraso em relação a uma sociedade em ansiosa evolução, as preocupações relativas ao melhor modo de aplicar o direito (ou seja, de fazer justiça) prevaleciam sobre as relativas ao melhor modo de expô-lo ou ensiná-lo. À teoria do direito, o século XX já não pedia um instrumento para organizar um aglomerado de normas: pedia ajuda para decidir casos concretos. Sob a pressão dessa exigência, a noção de sistema se transforma: de *sistema*

[3] E esse é precisamente o quadro institucional brasileiro.

> *para dizer* para *sistema para fazer*. Essa é a radical diferença entre os sistemas oitocentistas e os do século XX.

Uma legislação formal pouco clara concede amplo espaço de liberdade, não apenas a seus destinatários naturais (“cidadãos”), mas sobretudo a seus aplicadores institucionais e intérpretes autênticos, consequência quase imediata do aumento da complexidade das relações sociais e da rapidez com que se dá o avanço tecnológico. A lei hodierna é sobretudo menos vinculante e direta, mais dada que se tornou ao estabelecimento de diretrizes, de processos e procedimentos que devem ser observados pelos oficiais do sistema e intérpretes autorizados (PEREZ, 2020, p. 162). Em trabalhando com um material propositalmente flexível e adequado a enquadrar-se em uma gama de situações mais ampla que mesmo o imaginado pelo legislador originário e ante a um espaço de liberdade sem precedentes, transforma-se esse aplicador (o juiz, o administrador, mesmo o cidadão quando assim autorizado) ele mesmo em um legislador, cuja vontade cria ela própria “direito novo”.

Mais uma vez (LOSANO, 2010, p. 143-144):

> Quando a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz, a qual segue vias não necessariamente racionais. Passava-se, assim, do formalismo ao antiformalismo, e as normas que estabeleciam que o juiz restasse vinculado à lei eram consideradas um resíduo do racionalismo iluminista. Na realidade, afirmava-se, o juiz decidia em última análise segundo o seu convencimento, que podia também não coincidir com a *ratio* do legislador. A relação entre o legislador e o juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador.
>
> Essa visão das relações entre juiz e legislador representava uma reviravolta para o mundo europeu continental, enquanto na realidade o *judge made law* caracterizava por séculos o Common Law. Seu fundamento não era a norma geral e abstrata, mas o precedente jurisprudencial, ao qual se acompanhava uma *equity* que levava em conta as particularidades do caso em exame (como a latina *aequitas* da qual recebia o nome), e que portanto – segundo um áureo ditado – variava de acordo com a dimensão do pé do chanceler chamado a aplicá-la.

Segundo coloca Bruce Ackerman (*apud* RIBEIRO, 2016, p. 228), o quadro acima trata-se mesmo da “nova separação de poderes” para a qual vem-se orientando o remanejamento estatal e institucional no século XXI: seguindo-se o ideal de competência profissional e mesmo sob a advertência dos riscos de

tornarem-se “motores da tirania”, a regra será a emissão de “leis simbólicas”, permitindo-se à burocracia e aos tribunais aplicá-las de forma verdadeiramente imparcial.

Negar essa realidade implica tangenciar acriticamente um quadro de insegurança. Interpretação não significa necessariamente esse espaço de liberdade, mas a “generalização” progressiva das fontes normativas primárias chega inevitavelmente a este quadro. Amplo espaço de escolha a tal ponto que o ato de aplicar o direito se torna não poucas vezes uma fonte normativa primária *per se*. Ressalta assim Mauro Cappelletti (1999, p. 33):

> Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez, os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

O reconhecimento do contexto histórico-político acima delineado não afasta a constatação de que a norma jurídica em suas diversas espécies (regras, princípios e postulados normativos), malgrado possua um núcleo duro de certeza e sobre o qual não há nenhuma dúvida quanto a seu referente (*core of meaning*), acarretando direta e incontroversa aplicação, observância e imposição de seus termos, não podem resolver tudo. Em sendo moldadas pela linguagem, as normas têm uma “textura aberta” (*open texture*) ou “zona de penumbra” e não poucas vezes apresentam-se vagas e confusas sobre o que ordenam, proíbem ou autorizam em casos problemáticos (*hard cases*).

Conforme coloca H.L.A. Hart (2007, p. 140-141):

> É um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhemos sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a serem usados, sem diretiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse

> caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”.

E arremata H.L.A. Hart (2007, p.148):

> A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflituantes que variam em peso, de caso para caso

Esta parcial indeterminação relaciona-se com aspectos próprios tanto da linguagem natural (ambiguidade e vagueza) quanto do desconhecimento dos fatos e dos objetivos abarcados pela norma jurídica. Um termo linguístico é vago, em sentido lato, quando não há regras definidas para sua aplicação; na prática, os critérios disponíveis para a compreensão dos termos gerais da linguagem natural não permitem aos usuários decidir pragmaticamente se incluem determinadas situações, objetos ou subclasses de termos sob o mesmo prisma de significação.

Nesse ponto, Luís Alberto Warat discrimina três zonas com referência a qualquer denotação dos termos da linguagem natural (1995, p. 76-77):

> a) de luminosidade positiva – composta pelos objetos ou situações onde não existe nenhuma dúvida em relação à sua inclusão na denotação; b) de luminosidade negativa – composta pelos objetos ou situações que com certeza não entram na denotação; c) de incerteza – onde existem legítimas dúvidas quanto ao fato do objeto ou situação entrar ou não na denotação. Nesta zona de incerteza é onde se apresenta o problema da vagueza.

Em suma, dizemos que um termo é ambíguo quando tem dúvidas o intérprete acerca de qual classe o rótulo se aplica; definida a classe, podem surgir dúvidas acerca de sua extensão (WARAT, 1995, p. 79).

Presentes tais circunstâncias, estamos perante um problema de vagueza e ambiguidade do termo linguístico. Não se deve aqui olvidar que, composta que se encontra a linguagem natural por signos, estes se estruturam como significante e significado, cuja vinculação é um ato essencialmente arbitrário, não decorre

naturalmente por si, mas por decisão e postura do intérprete em um contexto de convenções adotadas pela comunidade linguística. Nesse ponto, os enunciados jurídicos, igualmente originados da linguagem natural embora com terminologia e tecnologia próprias, não possuem significado próprio e unívoco outorgado pelo legislador. Este sentido será dado pelo intérprete.

Conforme coloca Katya Kozicki (2014, p. 87):

> É o intérprete, enquanto sujeito do conhecimento, quem vincula o objeto a um significado. Se é verdade que, neste processo, ele não tem autonomia plena, haja visto que as convenções estão gravadas institucionalmente, também é verdade que a sua leitura, revelando novas conexões de sentido, possa lhe atribuir significados outros. Assim, não é verdade que as regras jurídicas possuam um significado único, revelado inequivocamente pelo legislador. Ao contrário, elas se revestem de uma ampla área de incertezas, o que ressalta a atuação do intérprete.

Nesta situação e pautando-se por clássico exemplo enunciado por H.L.A. Hart, caso de zona clara (*core of meaning*) certamente é o do automóvel e da proibição de ingressar com veículos no parque; e caso de zona de penumbra ou textura aberta (*open texture*), o da bicicleta e a dos patins, pois se pode questionar se eles são “veículos” ou não (SGARBI, 2019, p. 139).

Essa característica para Coleman e Leiter (2004, p. 317) denota o cerne da indeterminação das normas tanto ao propiciar o entendimento de que há mais de uma maneira de cumprir suas exigências, quanto a percepção da falta de unicidade acerca dos que as normas são. Como qualidades inerentes e congênitas às normas jurídicas, estruturadas e enunciadas que são em linguagem natural ordinária pelo uso de palavras e frases gerais como “veículo”, “semáforo”, “fabricante”, “matar”, “intenção”, possuem as normas jurídicas decerto um “núcleo de certeza”, isto é, exemplos claros de coisas, pessoas, atos e intenções que, sem dúvida alguma, encaixam-se perfeitamente no sentido do termo em questão. Mas há também uma “penumbra de dúvida”, um espectro de periferia ou casos-limite que não são abrangidos com clareza ou sem ambiguidades pelo termo usado (MACCORMICK, 2010, p. 169).

A textura aberta da norma é reflexo da textura aberta da linguagem e essa indeterminação se afigura não apenas no exame em si dos enunciados semânticos, mas igualmente no momento de sua aplicação a fatos ou objetos apresentados pela “vida real”, a qual mesmo estabelece diversas significações que podem ser

identificadas e extraídas pelo intérprete. Texto e norma, portanto, não se confundem, conforme Ávila (2019b, p. 51), mas o primeiro é condição antecedente e *sine qua non* para o alcance do sentido da segunda em todas as suas imprevisíveis consequências. A interpretação, aqui, deve ser compreendida não como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A disposição ou texto legal, como enunciado interpretado, é um enunciado do discurso das fontes; a norma, como enunciado interpretante, é um enunciado do discurso do intérprete (GUASTINI, 2005, p. 27).

Conforme coloca mais uma vez Luís Alberto Warat (1995, p. 77):

> A imprecisão das palavras não se apresenta unicamente em relação aos termos contínuos. Aparece também quando se pretende aplicar o termo a situações ou objetos que não exibem todas as características designativas explicativas pelas regras de uso. Aliás, tais regras não subministram propriedades designativas que possam ser consideradas "condições necessárias suficientes" para a aplicabilidade denotativa do termo. Necessita-se, neste caso, de uma decisão designativa auxiliar (definição aclaratória), que não elimina os problemas da vaguidade, pois suas propriedades designativas também são vagas. As regras de uso não proporcionam propriedades designativas precisas pelo fato de que nenhuma linguagem pode prever o surgimento de situações ou objetos inéditos. Waismann chama a possibilidade de incorporar a denotação de um termo às situações inéditas de "textura aberta de linguagem".

Entenda-se que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, valendo-se da existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade de discursos (ÁVILA, 2019b, p. 53), sendo de rigor aqui reconhecer que tal contexto denota a tensão que permeia a tradição moderna da sociedade ocidental entre a "sacralidade" da lei, isto é, de seu texto, que sempre são os mesmos, e a angustiante variedade das situações que exigem um julgamento por equidade (TAXI, 2018, p. 167). Trata-se do problema posto por H.L.A. Hart acerca da tensão entre o formalismo e o ceticismo sobre as regras, assim resumido por Kozicki (2014, p. 93):

> (...) em qualquer sistema jurídico desenvolvido, chega-se a um compromisso entre necessidades aparentemente distintas: por um lado, a de outorgar segurança ao sistema, através de regras precisas de comportamento; por outro, garantir que cada caso será apreciado pelos tribunais de acordo com suas particularidades, sem prejulgamentos. Em alguns períodos da história prepondera uma postura mais formalista, em

> outro, uma postura judicial mais livre, aumentando o poder discricionário dos tribunais.

Mesmo diante desse impasse, deve-se chegar a decisões (MACCORMICK, 2010, p. 43). A natureza vaga da linguagem e, por conseguinte, da norma, traduz-se em uma situação de insegurança e instabilidade – uma marca da prática jurídica – pois toda ação linguística finda por tornar-se questionável. O discurso jurídico, como instrumental posto à disposição dos aplicadores/intérpretes do Direito deve ser manejado, de modo a reduzir tal quadro de incerteza e de instabilidade. Mesmo padecendo por suas próprias características, formando uma constante situação de *dubium* conflitivo (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 66), as normas e sistemas jurídicos oferecem os elementos para sua autocorreção, vez que

> (...) permitem um *dubium* na medida em que garantem essa permissão. Ora, é exatamente isso que torna o discurso jurídico, em princípio, ambíguo em relação à verdade: é sempre reconhecida mais uma possibilidade como ponto de partida para a discussão (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 86)

Reconhecer-se uma situação de *dubium* conflitivo é o “menor dos males”. Seguindo-se aqui o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 86), frente às condições empíricas variáveis postas, o *dubium* sempre permite uma possibilidade de decisão mediante um espaço de liberdade ao intérprete autêntico cujo objetivo deve ser a redução do conflito em parâmetros de diálogo “aceitáveis” pelos agentes aplicadores do Direito e pela comunidade atingida pela construção dialógica. Forma-se um consenso *a priori* instável, mas preferível a uma utópica e insustentável hipótese de exclusão de diálogo ao permitir-se apenas o monólogo.

Nesse ponto, nominando a textura aberta das normas jurídicas como “trama aberta”, Riccardo Guastini (2005) sublinha o caráter instrumental e benéfico dessa característica: antes de apresentar-se como um defeito ou padecimento estrutural, configura-se a textura aberta como uma forma de precisa delimitação de casos dúbios pelos casos claros, de modo a reduzir o espaço de incerteza do Direito. Delimitam-se os casos de incerteza; reduz-se o conflito. Com efeito:

> Em Hart, portanto, a idéia de área de penumbra serve não tanto para afirmar que as “normas” são enunciados vagos, de incerta aplicação, mas antes para sublinhar, paradoxalmente, o oposto: apesar de um certo grau de imprecisão, as normas também têm uma área de aplicação pacífica. A

> "penumbra", de fato, define-se em negativo como a zona em que não há luz e nem, tampouco, total escuridão. Nem todos os casos são dúbios: a área dos casos dúbios é delimitada, "circundada" pela área dos casos claros (de uma partes, o conjunto dos casos aos quais as norma é certamente aplicável; de outra parte, o conjunto dos casos aos quais, também certamente, a norma não é aplicável). (GUASTINI, 2005, p. 147).

Em suma, o Direito deve ser capaz de estabelecer e reconhecer situações inequívocas cujo padrão de conduta e de aplicação não deixe margem a quaisquer dúvidas[4], bem como apresentar instrumentos tecnológicos e próprios de aplicação junto às questões prenhes de vagueza e de incerteza que surjam conforme o caso concreto[5].

Sob tais parâmetros, ao lado das regras cujo sentido se apresenta inequivocamente claro ao juiz e aos aplicadores institucionalmente autorizados, admite-se um espectro considerável de liberdade ("discricionariedade") para os juízes e outras autoridades, os quais, em exercendo essa discricionariedade, "*podem e devem considerar, necessária e devidamente, fatores não jurídicos tais como opiniões morais e políticas, conveniência e raison d'état, assim como o contexto geral das regras e princípios jurídicos, em busca da orientação que estes podem fornecer"* (MACCORMICK, 2010, p. 43). A textura aberta significa, enfim, que existem áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso a caso (ROSA, 2018, p. 23-24).

A discricionariedade é assim um campo contingente da atividade do intérprete e de seu reconhecimento e efetivação depende o suprimento da

---

[4] Exemplo desse tipo de norma se apresenta pela leitura de do artigo 1.517 do Código Civil (Lei Federal n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002: – "Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631."), pelo qual não se permitem dúvidas acerca da idade núbil exigida para o reconhecimento da capacidade para participar de casamento civil.

[5] Exemplo desse tipo de norma se apresenta pela leitura de do artigo 421 do Código Civil (Lei Federal n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002: – "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual"), cuja vagueza dos termos linguísticos utilizados, aliada à espécie de norma jurídica enunciada – princípios – não permite a identificação de um entendimento certo, devendo ser resolvido conforme o caso concreto.

incompletude do Direito como sistema. Conforme conclui Neil Maccormick (2010, p.44):

> "O Direito" não é um sistema normativo inteiro, completo e fechado que pode, mesmo em princípio, determinar para todos os propósitos os direitos (*rights*) de todos. Uma metáfora adequada seria comparar o Direito em ação com um espetáculo musical que é apenas parcialmente coberto pela partitura. Os músicos precisam improvisar um pouco e, embora devam tentar seguir o espírito geral da melodia como interpretada a partir da partitura incompleta – tarefa em que alguns músicos demonstram maior virtuosismo do que outros -, é uma ilusão supor que haja apenas uma maneira de preencher as lacunas para se obter um único encaixe adequado com as partes que a partitura determina de modo completo.

A discricionariedade, portanto, é um fato constante da rotina da aplicabilidade casuística de ordenamentos jurídicos cuja existência e autoridade não se discute e cujo reconhecimento ontológico decorre do próprio exame da norma jurídica em suas diversas espécies (regras, princípios e postulados), sendo que, conforme coloca Loiane Prado Verbicaro (2019, p. 388) *"assumir a discricionariedade judicial como necessária à atividade interpretativa não significa acolher, igualmente, a tese de que não há nenhuma restrição genuína aos juízes acerca do direito"*.

A identificação das peculiaridades e dos limites da discricionaridade concedida ao intérprete se dará pela igual mensuração de sua densidade normativa e, por meio da interpretação, a construção da norma a partir da aplicação dos termos do dispositivo textual. Ora, o aplicador é o único que institucionalmente diz o que é a norma. Sua decisão é algo mais do que meramente prescreve o texto legal, situando-se em um metanível no tempo e na relevância prática. Por outro lado, o aplicador deve seguir a norma que também torna algo mais do que a decisão, vez que formula a pretensão, institucionalmente reconhecida e tutelada, de submeter a atuação do intérprete aos seus mandamentos, tornando-se algo maior em termos axiológicos (DIMOULIS, 2018, p. 140).

A densidade normativa da norma em suas diversas espécies é algo a ser identificado pela própria compreensão da determinação primária e pelas determinações/influências secundárias da norma. Por determinação primária, devem ser consideradas as disposições jurídicas em vigor e os fatores da vida real decisivos para sua aplicabilidade. Por determinação secundária, deve ser

considerados os fatores políticos, morais e pessoais a influenciar o intérprete em sua atividade decisória, juntando-se à mentalidade, às experiências, à cultura e às aspirações subjetivas do aplicador (DIMOULIS, 2017, p. 13).

Sob tais parâmetros, o intérprete institucional deve seguir *a priori* a determinação primária, sendo que as influências secundárias se avaliam de acordo com sua conformidade com a determinação primária. Caso contrário, a interpretação persegue finalidades abusivas, atribuindo caráter jurídico a fatores extrajurídicos. Se fizer isso, o aplicador ultrapassa sua competência, equiparando tacitamente a interpretação com a criação do direito (DIMOULIS, 2018, p. 140-141).

A densidade normativa deve ser entendida como uma via de mão dupla: quanto mais precisa e menos abrangente for a determinação primária da norma, menor será a influência dos fatores extrajurídicos (políticos, morais e pessoais) de que se poderá valer o aplicador autêntico para a prática jurídica; por seu turno, quanto menos precisa e mais abrangente for a determinação primária da norma, maior será tal influência.

A densidade normativa a estipular a existência ou não da textura aberta da norma que permitirá a discricionariedade do intérprete/aplicador/julgador é sobretudo uma decisão do legislador institucionalmente autorizado. Conforme coloca Dimitri Dimoulis (2017, p. 151):

> Quanto menor for a densidade normativa, maior é o espaço dado à concretização volitiva. Traçando o limite da interpretação cognitiva de uma norma, a doutrina desempenha um papel fiscalizador em relação às pessoas ou autoridades competentes, identificando a moldura, dentro da qual a concretização pode ocorrer sem distorcer a vontade expressa no texto normativo.
> A nossa referência à vontade legislativa não indica uma busca, no estilo dos detetives e do método histórico, para encontrar a verdadeira vontade do legislador que estaria escondida em arquivos, livros de história ou testemunhos retroativos de legisladores. A vontade do legislador é apenas aquele que foi estampada no textos de normas válidas na medida em que é da forma como forma estampadas. Não interessa o que quis o legislador "de verdade" ou o que ele declara retroativamente em uma entrevista sobre sua vontade. "Vontade do legislador" é o conjunto de normas vigentes. Nada mais e nada menos.

A norma jurídica é "construída" pelo intérprete conforme a densidade normativa estabelecida pelo legislador formal por meio das fontes primárias do Direito (essencialmente, o texto normativo legislado) e com os parâmetros da congênita textura aberta da norma a permitir o "espaço de liberdade" (da

interpretação à discricionariedade) de que o mesmo se pode permitir influenciar por fatores políticos, morais e pessoais com a devida exposição e justificação a permitir eventual confirmação ou correção mediante argumentos objetivos pelos órgãos revisores (DIMOULIS, 2017, p. 152).

Afinal,

> (...) não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto, desde que dentro de domínio de elementos determinados pela espécie normativa escolhida e conforme justificação passível de controle intersubjetivo. (ÁVILA, 2019b, p. 84)

Tal postura a ser adotada e incrementada pelo intérprete deve evitar leituras ingênuas e epidérmicas das normas, buscando descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade (WARAT, 1995, p. 47). De fato, *"não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos são dominados e coisificados"* (WARAT, 1995, p. 48).

Não há, contudo, razão para supor que o recurso a essas outras fontes de orientação possa revelar conclusivamente uma única resposta correta em casos em que as próprias regras do Direito não conseguiram dar orientação clara e determinada. O aplicador deve ir além da lei e (sem sacrifício da imparcialidade) consultar seu próprio senso de correção moral e política, equidade e conveniência social para chegar à decisão que lhe parece ser a melhor a respeito do problema em questão (MACCORMICK, 2010, p. 171).

A dogmática analítica oferece exemplos riquíssimos no ordenamento jurídico brasileiro acerca de normas prenhes de vagueza, paradigmas de textura aberta, a oferecer extraordinário e reconhecido espaço de liberdade (interpretação/discricionariedade) ao intérprete autêntico do direito. Veja-se, por exemplo, no seio do direito publicístico, que termos como "segurança pública", "moralidade pública", "higiene pública", "salubridade pública", ou simplesmente "interesse público" comportam, realmente, intelecções não necessariamente uniformes, pois, como realidades para as quais são suscetíveis de existir em graus

e medidas variáveis e indeterminados, permitindo-se opiniões divergentes sobre sua configuração ou não conforme o caso (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 19).

Para os fins dessa investigação, é salutar observamos o texto do artigo 59 do Código Penal[6] (vigente há oito décadas), segundo o qual, na primeira fase do sistema trifásico de dosimetria das sanções penais (privativas de liberdade, restritivas de direitos e multas) estabelecida pelo artigo 68 do mesmo diploma[7], fica estabelecido que o juiz deverá atender *"à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima"*. Os termos acima são inequivocamente vagos e cada uma das "circunstâncias judiciais" acima deve ser como foi interpretada frente às determinações/influências secundárias incidentes em décadas de vigência do texto normativo, mas sempre observando os objetivos de *"reprovação e prevenção do crime"*. Com estes objetivos servindo como limites de interpretação, sempre se reconheceu na prática jurídica institucionalizada[8] aos

---

[6] Decreto-lei n. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, com a redação dada pela Lei Federal n. 7.209, de 11 de julho de 1984 – Código Penal: – Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

[7] Decreto-lei n. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, com a redação dada pela Lei Federal n. 7.209, de 11 de julho de 1984 – Código Penal: – Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.
Parágrafo Único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

[8] Vejam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como legítimo intérprete da legislação federal, colhidos ao longo dos anos de 2018 e 2019: – AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. FRAÇÃO DE RECRUDESCIMENTO DA PENA-BASE PELO RECONHECIMENTO DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DECORRENTE DA COMPENSAÇÃO DA MULTIRREINCIDÊNCIA DO RÉU COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. 1. A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos. Precedentes. 2. Ausente o interesse de agir quanto à fração de recrudescimento da pena decorrente da compensação da multirreincidência do réu com a confissão espontânea, uma vez que o patamar fixado pelo Tribunal a quo está aquém do pleiteado. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 458245 MS 2018/0167728-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 19/02/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2019). – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O

TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS BÁSICAS IMPOSTAS AO PACIENTE. DESCABIMENTO. DISCRICIONARIEDADE JURIDICAMENTE VINCULADA DO JULGADOR. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE NA APLICAÇÃO DA PENA. INADMISSIBILIDADE DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL NA ESPÉCIE. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A ponderação das circunstâncias judiciais não é operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, não se cogitando de qualquer violação se a pena-base é estabelecida acima do mínimo legalmente previsto, com motivação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada. Precedentes. 2. Na espécie, a exasperação procedida pelo Tribunal Revisor na primeira fase da dosimetria não se deu com base na quantidade ou natureza das substâncias tóxicas apreendidas, mas sim em razão das circunstâncias dos delitos perpetrados, por evidenciarem a maior reprovabilidade do fato, as quais, inclusive, foram analisadas isoladamente, tendo em vista as características próprias de cada tipo penal violado, inexistindo qualquer ilegalidade a ser sanada quanto ao ponto. 3. A decisão agravada foi proferida de acordo com o entendimento firmado pela Jurisprudência deste Sodalício devendo, portanto, ser mantida pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 390912 PR 2017/0047619-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 11/12/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019). – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ART. 129, § 9º, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. ARTS. 59 E 68 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. CULPABILIDADE. MOTIVOS. CIRCUNSTÂNCIAS. FUNDAMENTOS CONCRETOS. PRECEDENTE. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 1357358 GO 2018/0228595-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 08/11/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/11/2018). – PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PROPORCIONALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. 3. As instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, concluíram, de forma fundamentada, pela existência de animus necandi e, portanto, pela prática do crime de latrocínio tentado. Assim, devem ser observados os parâmetros definidos no art. 157, § 3º, parte final, do CP, o qual estabelece pena de 20 a 30 anos de reclusão. 4. No caso, a pena-base foi estabelecida acima do piso legal em razão do modus operandi e das consequências do crime. Considerando a fração ideal de 1/8 por circunstância judicial desfavorável, a incidir sobre o intervalo da condenação abstratamente previsto para o crime de latrocínio (120 meses), seria razoável o incremento da pena em 1 ano e 3 meses por vetorial desabonadora. Todavia, conquanto tenha reconhecido a presença das duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o Colegiado de origem estabeleceu a reprimenda-base em 20 anos e 6 meses de reclusão, ou seja, 6 meses acima do piso legal, o que se revela bastante favorável ao réu, não havendo se falar, assim, em manifesta ilegalidade a exigir a intervenção excepcional desta Corte Superior de Justiça. 5. Writ não conhecido. (STJ - HC: 366847 RJ 2016/0213099-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 27/02/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2018). – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da culpabilidade, cuja avaliação negativa se ampara nas circunstâncias particulares de cometimento do crime, mostra-se adequada e concretamente justificada, inviabilizando a reforma por esta instância por meio de recurso especial. 2. O quantum de elevação não comporta reparo, pois há entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça firme no sentido de que "A individualização da pena na primeira fase da dosimetria não está condicionada a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador."

oficiais dos sistemas autorizados para a aplicação do Direito (nesse caso, os julgadores) espaço de discricionariedade para construir o significado dessas circunstâncias, utilizando-se constantemente de fatores políticos, pessoais e morais, podendo diminuir ou exasperar a sanção penal, mas sempre dentro dos objetivos que orientam a identificação, mensuração e direcionamento à densidade normativa do vetusto texto legal.

Portanto, de fato há criação do Direito, mas esta atividade se encontra pautada pela densidade normativa estabelecida para aquele caso e conforme os parâmetros postos pela regra de reconhecimento (H.L.A. Hart), “plano-mestre” (Scott J. Shapiro), norma fundamental (Kelsen) ou pela Constituição a orientar o ordenamento. Não é autorizado ao aplicador ir além da “moldura” admitida pela Constituição ou pelo elemento normativo ou ideia fundante do sistema.

Mais uma vez conforme coloca Loiane Prado Verbicaro (2019, p. 389):

> Assumir essa realidade e declarar que os juízes, em casos excepcionais, têm discricionariedade para decidir de maneira razoável fora dos exatos limites circunscritos pelo direito, propicia clareza e honestidade à prática jurídica, notadamente ao inclinar o juiz a responder racional, consciente e imparcialmente às questões que o direito deixa abertas, ao invés de empenhar-se sempre em buscar o que seria uma solução jurídica artificial e ilusoriamente concebida como a única correta.

(HC 342.822/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 618167 SE 2014/0313106-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 08/02/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2018).– PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO DOMÉSTICO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MOTIVOS E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - O entendimento firme desta Corte Superior é no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, desautoriza a revisão da reprimenda por esta Corte Superior exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal. II - *In casu*, a pena-base da lesão corporal praticada em âmbito doméstico foi elevada pela valoração negativa dos vetores referentes aos motivos e às consequências do crime. Um e outro extrapolam do desenrolar ordinário do delito de lesão corporal, que não necessariamente resulta no desmaio da vítima ou tem como causa a sua recusa em manter relações sexuais com o agressor. As duas circunstâncias, que não se confundem com as elementares do tipo, patenteiam a gravidade concreta do crime e legitimam o quantum de incremento punitivo. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 972163 ES 2016/0224411-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 20/02/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2018).

1.2 NORMAS JURÍDICAS COMO PLANOS – A TEORIA DE SCOTT J. SHAPIRO

1.2.1 Natureza e Características dos Planos

Reconhecidos a textura aberta inerente às normas jurídicas e o grau de densidade pelo qual se afigura possível medir a liberdade concedida ao aplicador como intérprete institucionalmente autêntico para zelar pela resolução dos conflitos sociais, urge compreender os efeitos da dinâmica estabelecida pelo funcionamento da sociedade que produz suas normas jurídicas e pelas quais se rege. E essa regência se desenvolve *a priori* por meio de planejamento. Nesse ponto, dentro da metodologia explicitamente positivista adotada por este trabalho, é de rigor nos valermos da teoria jusfilosófica de Scott J. Shapiro, bem discriminada em sua obra *Legality* (2011; 2014) e nominada nas discussões jurídicas brasileiras como “Teoria Jurídica do Planejamento Social (TJPS)” ou “Positivismo Jurídico dos Planos (PJP)” (TORRANO, 2018b, p. 283).

Seres humanos são criaturas naturalmente planejadoras. Elaboramos continuamente planos para as atividades diárias, buscando objetivos complexos e resultados de pequeno, médio e longo prazo, mediante o estabelecimento de parâmetros de racionalidade a organizar nosso comportamento individual e coletivo.

A necessidade de planos em nossas vidas é consectária natural da “máquina do mundo”: em uma sociedade marcada por recursos finitos e violentamente disputados, “hiperconectada” mas com acesso assimétrico a informação e racionalidade limitada, a elaboração de planos permite o estabelecimento de liames racionais a permitir o manejo e a poupança desses recursos, enfrentando os desafios mais imediatos da existência impostos pela prática social diária. A ausência de “planos” em nossas vidas é mesmo motivo de censura moral e social.

Seguindo-se o entendimento de Michael E. Bratman (2007, p. 196), o ser humano tem a admirável capacidade de construir estados intencionais planejadores, estabelecendo objetivos a serem alcançados no futuro com adoção de escolhas e estratégias no presente, devendo estas ser especificadas, detalhadas e encadeadas em cursos de ação complexos e mesmo imprevistos em

um primeiro momento (TORRANO, 2018b, p. 295). O conceito de planejamento denota a atividade de formular, adotar, afetar, aplicar, reforçar e repudiar planos. É inequivocamente uma atividade “social”, na medida em que os planos podem regular o assunto de qualquer pessoa, ou de todos, em uma comunidade particular (ABBOUD, 2019, p. 196).

Nesse ponto, conforme colocam Thomas da Rosa Bustamante e Mirlir Cunha (2013, p. 361) com a mudança das demandas sociais, altera-se o foco das necessidades humanas, de modo que o desenvolvimento ou destaque de uma de suas habilidades permita uma melhor compreensão ou enfrentamento do fenômeno urgente. Noções anteriormente valorizadas e presentes nas teorias políticas e jurídicas (força, concentração e hierarquia de poder) vão sendo substituídas por outras cada vez mais complexas (processo, justificação e pluralismo participativo) nas decisões referentes às práticas sociais.

A atividade de planejamento envolve sobretudo um exercício de racionalidade prática: aquele que adota essa postura possui o hábito de se preparar para o futuro, ser coerente com o passado, prezar pela estabilidade, exercitar uma postura flexível e persistente e ser capaz de influenciar pessoas quando em uma atividade coletiva. Ele deve reconhecer o seu papel no grupo e exercê-lo com eficiência, humildade e respeito (BUSTAMANTE; CUNHA, 2013, p. 368).

Planos criam diretivas para o alcance futuro de intenções e sua própria existência estabelece *per se* as condições normativas de sua própria realização, de modo a (i) estipular restrições racionais às possíveis intenções e condutas futuras; e (ii) possibilitar juízos críticos acerca do sucesso ou fracasso da consecução dos objetivos do plano (TORRANO, 2018b, p. 296). Conforme coloca Shapiro (2011, p. 127; 2014, p. 169), planos *são “entidades proposicionais abstratas que exigem, permitem ou autorizam agentes a atuar de certas maneiras e sob certas condições”* (tradução livre). Nesse ponto, planos são e devem ser tidos como regras na concepção de H.L.A. Hart (PULIDO, 2013, p. 70), vez que exercem o mesmo papel de “*guias para a conduta e standards para a valoração”* (SHAPIRO, 2011, p. 127; 2014, p. 169).

A postura até mesmo instintiva de planejamento espraia-se não apenas pelos diversos setores da vida social, mas se reflete na própria essência da

concepção moderna de Estado. Conforme colocam Thomas da Rosa Bustamante e Mirlir Cunha (2013, p. 366-367):

> Boa parte dessa tendência a planificar e aperfeiçoar a atuação pública é decorrente dos esforços em demonstrar qual modelo político possui as melhores condições de se desenvolver e demonstrar sua força. Os planos soviéticos de desenvolvimento em ciclos, por exemplo, são famosos e representaram o primeiro esforço em prol da sistematização e eficiência da administração estatal. Os estados capitalistas, não menos competitivos, também desenvolveram suas estratégias de atuação e desenvolvimento.
> Em muitos países, como o Brasil, é comum a estruturação de planos de desenvolvimento econômico e social da nação. Ao longo do século XX, por exemplo, nas décadas de 1930, 1950, 1970 e 2000, teve-se no Brasil a ação por meio de diretrizes motivadoras da iniciativa do Estado consolidadas em planos nos quais eram importantes participantes as Empresas e Instituições de públicas voltadas para o estímulo do desenvolvimento econômico de determinados setores estratégicos, como a indústria siderúrgica, energética, de telecomunicações, o sistema financeiro, habitacional e outros. Também nos anos de 1990, houve o desenvolvimento de planos caracterizados pela redução da atuação estatal por meio das privatizações e de um rígido plano de controle de austeridade que foi sugerido pelas principais Instituições Financeiras Internacionais (FMI e Banco Mundial), cujo resultado afetou todo o ciclo produtivo do país naquele período.
> Fato é que os planos são instrumentos bastante efetivos de desenvolvimento coletivo e possuem muitas vantagens estratégicas, dentre elas a possibilidade de alinhar condutas dos indivíduos em prol de objetos claros, bem definidos e compartilhados, de modo estável durante o seu período de realização. Logo, o plano representa a resposta de uma racionalidade instrumental aos desafios enfrentados pela comunidade política em seu ambiente natural. Esta racionalidade pretende identificar qual é o cenário atual em que a comunidade está inserida e qual é o cenário mais favorável, que se pretende atingir diante desse contexto. Mesmo nos casos de circunstâncias adversas, o trabalho analítico descreve as medidas e distribui atribuições que, ao serem implementadas, permitam que a visão de futuro seja atingida.
> Desse modo, otimiza-se a atuação das pessoas e o emprego dos recursos através de previsões desenvolvidas previamente e do compartilhamento dos papéis a serem desempenhados. Assim, há a racionalização do trabalho, cujas atribuições são comungadas por meio das expectativas sobre a atuação de cada um no desenvolvimento dos ciclos do plano. Essa socialização dos papéis e resultados faz com que os responsáveis pelas atividades se sintam envolvidos e executem as suas tarefas com a precisão prevista pelo padrão traçado pelo plano. Além de motivados, estes indivíduos comprometidos serão também capazes de executar as correções devidas no processo a tempo, preservando o bom funcionamento do planejamento.

Seguindo-se as considerações de Carlos Bernal Pulido (2013, p. 71-73), Shapiro caracteriza os planos com onze elementos:

1) Planos são parciais, possuindo uma estrutura inicialmente “vazia”, a qual, conforme mais detalhes vão sendo adicionados, torna-se mais

compreensível e útil. A parcialidade consiste na maior ou menor especificação de meios quando o plano é globalmente considerado (TORRANO, 2018b, p. 298). Como plano geral, os meios devem ser densificados, especificados ou refinados por seus destinatários, proporcionando a flexibilidade necessária para permitir-lhes preencher os detalhes enquanto melhora substancialmente a visibilidade do plano (ABBOUD, 2014, p. 197);

2) Planos são compostos, possuindo eles mesmos planos dentro de si, com novos objetivos e assim sucessivamente, deslocando-se tanto de um contexto mais geral para um mais específico (“planos cima-baixo”) quanto de um contexto mais específico para um mais geral (“planos baixo-cima”). Exemplo da primeira figura se apresentaria nos precedentes vinculantes das Cortes Superiores, mas não é incomum a consolidação de costumes jurídicos sem base normativa clara advindos da prática rotineira dos casos concretos que chegam a essas mesmas Cortes e que podem ser identificados como planejamento de baixo-cima (TORRANO, 2018b, p. 299);
3) Planos são instrumentais de racionalização do comportamento futuro do planejador e de outras pessoas. Sendo uma maneira muito distinta de guiar a conduta, exigem um tipo especial de comprometimento, baseado em normas diretivas próprias e exercendo funções diversificadas no raciocínio prático, sem pautar-se, todavia, por força moral alguma (TORRANO, 2018b, p. 297);
4) Planos podem ser desenhados para outras pessoas, tendo como destinatários terceiros e não necessariamente o planejador;
5) Planos reduzem os custos da deliberação prévia ao agir humano. Em sendo estabelecidos mediante a estipulação dos líderes ou das instituições que detêm a “palavra final”, dispensa-se a deliberação sobre o curso de ações futuras por seus destinatários. Agem os planos aqui como razões excludentes, cancelando e substituindo eventuais razões contrárias ou conflitantes, sendo nominado tal atributo como “preempção” (TORRANO, 2018b, p. 300);

6) Planos geram normatividade por conta da racionalidade instrumental que materializam. Em estabelecendo razões estruturantes que, dentro de um processo de ponderação/balanceamento das opções disponíveis, constrói um “filtro de admissibilidade” a selecionar as opções possíveis e a descartar as desbordantes ou conflitantes (TORRANO, 2018b, p. 302), tornando racional manter-se fiel ao plano e realizar a ação exigida e, inversamente, irracional abandonar o plano salvo se houver por motivo uma razão decisiva (*compelling*) esteja em questão;
7) Planos são entidades positivas. Conforme coloca Scott J. Shapiro (2011, p. 128; 2014, p. 160), *“eles são criados por meio da adoção e mantidos por aceitação”* (tradução livre). Planos não são criados do nada, devendo ser elaborados ao longo do tempo;
8) Planos são a estratégia mais efetiva para coordenar o comportamento relacionado a atividades complexas, contenciosas e arbitrárias. Eles nascem com desejos e crenças, manejam meios/instrumentos e estabelecem finalidades, estas últimas motivando ações futuras, as quais enquadram em planos progressivamente maiores e mais amplos, facilitando a coordenação de condutas individuais e coletivas (TORRANO, 2018b, p. 297);
9) Planos podem ser compartilhados por várias pessoas, criados que são para exercerem funções tanto no raciocínio individual quanto na deliberação coletiva (TORRANO, 2018b, p. 303);
10) Planos podem ser hierárquicos, permitindo uma divisão vertical de trabalho. As hierarquias aqui devem ser entendidas como instrumentos para simplificar eventuais controvérsias e complexidades por intermédio de deliberações autoritativas provenientes de pessoas ou instituições que não precisam preocupar-se em vencer argumentos ou forjar consenso (SHAPIRO, 2011, p. 140; 2014, p. 184); e
11) Planos podem regular atividades massivas. Mesmo na ausência de “confiança” dos destinatários em seguir a atividade massiva, a deliberação do líder ou da instituição por meio do plano já estabelecido e seguido, dispensando prévias deliberações, supre esta falta (SHAPIRO, 2011, p. 141; 2014, p. 185).

As características acima elencadas reforçam a ideia de que a prática social que nos perpassa enquanto seres individuais e igualmente como seres sociais envolve planejamento. A fixação de objetivos influencia a adoção de meios e de gerenciamento dos recursos a nós disponíveis de modo a permitir o foco para aquilo que realmente importa na busca do objetivo final traçado, evitando distrações e tentações finais prejudiciais (TORRANO, 2018b, p. 302), apresentando-se os planos não apenas como meios sofisticados de administração racional de condutas, mas como ferramentas versáteis ao estabelecer um maior ou menor campo de “liberdade” de ação ao executor/aplicador e aos destinatários do plano.

Conforme coloca Scott J. Shapiro (2011, p. 335; 2014, p. 407):

> Planos podem ter qualquer conteúdo, podem surgir em diferentes variedades e tamanhos, e podem ser combinados para formar redes complexas. Alguns planos dirigem, outros autorizam; alguns são densos, outros vagos; alguns usam conceitos avaliativos, outros não; alguns retêm poder, enquanto outros o conferem; e alguns são independentes, enquanto outros estão inseridos dentro de um grande conjunto de planos que regulam seu uso. (tradução livre).

No que pode ser complementado mais uma vez por Thomas da Rosa Bustamante e Mirlir Cunha (2013, p. 372):

> (...) há a necessidade constante de uma racionalidade diretiva que planeja como deve ser o funcionamento do sistema e o desenvolve com a proposta de solucionar um problema. Esta racionalidade é voltada para gerar previsibilidade de condutas e realizar expectativas. Ela é desenvolvida pelas instituições em duas fases: uma cognitiva, onde há a concepção do funcionamento, e a outra executiva, onde ocorre a sua implementação e monitoramento. É fácil associar o papel ativo das organizações nestas fases. Os indivíduos, como receptores da norma, apenas conformam suas expectativas à engrenagem, já que esta lhes proporciona certa conveniência.

Com este grau de versatilidade, estabelecem os planos, a partir de considerações sobre a confiabilidade e o grau de conhecimento dos executores/aplicadores responsáveis pela consecução do objetivo traçado e sobre o contexto e destinatários os abarcam, a muita ou pouca confiança nas pessoas ou instituições responsáveis por desenvolvê-los, podendo conferir grande liberdade aos mesmos permitindo-lhes novos detalhamentos para densificar, especificar ou refinar o plano geral ou limitar-se a cumprir o plano em seus estritos termos.

Nesse ponto, planos são sofisticados mecanismos de gestão da confiança e desconfiança ao distribuírem credibilidade mediante outorga de autoridade a determinados oficiais do sistema, ao mesmo tempo que compensam a ausência de outorga de igual padrão de autoridade e de credibilidade a outros. Essa premissa é denominada por Shapiro como “economia da confiança”, significando aqui a distribuição de poder a uma pessoa ou grupo, de modo a permitir-lhe agir com maior nível de discricionariedade conforme o “crédito” que a função a ser desempenhada deva gozar; ou um baixo nível de confiança, expressada em limites impostos pelos planejadores sociais à atividade de alguém, submetendo-o a estrita e inflexível variação do plano e regulação (BUSTAMANTE; CUNHA, 2013, p. 368). Denota, portanto, o maior ou menor “crédito” aos executores/aplicadores do plano; aplicada aos sistemas jurídicos, influencia a metodologia interpretativa a ser seguida pelos aplicadores do direito que devam dar sequência ao planejamento jurídico-constitucional (TORRANO, 2018b, p. 303).

1.2.2 Direito como Atividade de Planejamento Compartilhado

Da mesma forma que advêm da prática social, os planos moldam o desenvolvimento dessa mesma prática, simbiose esta que exige a edição de diretivas, estas por fim materializando-se em normas jurídicas. Os sistemas jurídicos exercem um papel inequivocamente planejador, produto que são das atividades humanas.

Em sua *opus magna*, Shapiro (2011, p. 156; 2014, p. 202) exemplifica esta tese em uma comunidade imaginária de cozinheiros que criam uma sociedade em uma ilha no Pacífico Sul: a ilha dos Cozinheiros (*Cooks Island*), devidamente sintetizada por Carlos Bernal Pulido (2013, p. 74-75):

> A heurística de Cooks Island se inicia com duas pessoas cozinhando juntas que decidem criar uma indústria alimentícia. A companhia acaba sendo muito exitosa e termina empregando várias pessoas e gerando retornos vultosos. Entretanto, proprietários e empregados decidem vender a companhia e se mudar para uma ilha no Pacífico Sul. Devido a complexidades e à falta de coordenação, a vida sem regras se mostra altamente inconveniente. Por essa razão, eles começam a planejar. Sem embargo, isso cria altíssimos custos na deliberação e negociação. Consequentemente, eles criam um plano-mestre (*máster plan*), é dizer, um plano para novos planos. Ademais, eles introduzem hierarquia ao dar poder a alguns para planejar para o grupo. Mas uma vez que mesmo essa

> distribuição de poder é equivocada, dado que as pessoas a quem o poder foi atribuído podem morrer, eles decidem criar instituições, “estruturas abstratas de controle” desenhadas para desempenhar certas funções. Shapiro coloquialmente denomina essas instituições “o ofício” (*the office*). Tendo em vista que o “ofício” se mostra uma invenção de sucesso, diferentes ofícios são criados; enquanto a função de alguns deles é adotar planos, outros garantem e dão aplicação a planos. Os que adotam planos estabelecem diretivas de políticas com o fim de regular o comportamento e autorizar políticas para conferir poder às pessoas para planejar para si mesmas.

Perceba-se que a estratégia argumentativa de Shapiro pauta-se por uma progressiva situação de complexidade: inicialmente têm-se planos individuais, passando pela formação de grupos pequenos e evoluindo para estados de coisas cada vez mais complexos e problemáticos até impor-se a necessidade de planejamento compartilhado como o “preço” a ser pago caso pretendamos levar adiante o desenvolvimento dessa sociedade imaginária e, por conseguinte, de quaisquer grupos em situação similar, especialmente em ambientes permeados por massiva controvérsia (TORRANO, 2018b, p. 296).

O surgimento de numerosos e sérios problemas morais e políticos de difícil solução com a complexificação social acima verificada permite igualmente o surgimento de “circunstâncias de juridicidade” sem as quais a vida em sociedade se tornaria impossível. Decorrentes que são da prática social como atividade planejada, as normas e sistemas jurídicos exsurgem como planos em seus aspectos fundamentais, dado que as condições de existência são as mesmas (SHAPIRO, 2011, p. 156; 2014, p. 202).

É certo que a resposta a esta complexificação não resulta necessariamente no surgimento do fenômeno jurídico. Podem surgir respostas improvisadas ou espontâneas ou mesmo por meio de outras formas não jurídicas de planejamento (acordos privados, consenso comunitário ou hierarquias personalizadas). Ocorre que, segundo Shapiro, tais opções iriam gerar elevados custos e riscos, sendo que o adoção de um sistema normativo-jurídico tem o propósito moral (*moral aim thesis*) de resolver conflitos em questões complexas, contenciosas ou arbitrárias, de modo que a sociedade seja capaz de realizar certos fins e valores que não seriam alcançados por formas não jurídicas de organização social (TORRANO, 2018b, p. 306). Os sistemas jurídicos, em tal contexto, são tidos por valiosos no seio das sociedades modernas, sendo criticáveis sistemas jurídicos disfuncionais que não

logrem resolver os problemas morais complexos das sociedades a que devem servir.

A própria história demonstra que as novas demandas requerem meios mais sofisticados de organização social. As práticas sociais recorrem à noção de planos para o desenvolvimento econômico, social e gerencial, visando ao alcance de objetivos políticos. Não se deve estranhar ou criticar, portanto, aprioristicamente a associação realizada entre Direito e planos, tendo em vista a capacidade normativa destes últimos na promoção de padrões e definição de comportamentos (BUSTAMANTE; CUNHA, 2013, p. 367).

Mais uma vez segundo Carlos Bernal Pulido (2013, p. 77):

> O propósito do direito é compensar as deficiências de formas não jurídicas de planejamento. E a forma por meio da qual o direito é capaz de realizar essa tarefa é, nas palavras de Shapiro, “ao planejar da forma ‘correta’, nomeadamente, ao adotar e aplicar planos moralmente sensatos de uma maneira moralmente legítima”. O propósito do direito é diminuir o risco de que maus planos sejam adotados não em relação a um problema moral específico, mas em relação a todos os possíveis problemas morais.

O Direito (normas e sistemas jurídicos) guia-se por um propósito moral de bem servir como instrumento de resolução dos complexos conflitos da sociedade ao qual deve destinar-se, afigurando-se até mesmo como uma teoria filiada ao positivismo jurídico normativo e não apenas exclusivo segundo alguns comentadores (BUSTAMANTE, 2015, p. 321), defendendo uma concepção de juridicidade independente das deliberações morais e dos propósitos por parte do povo e dos oficiais que estão encarregados da aplicação do Direito, os quais devem seguir e agir sob os parâmetros estabelecidos pelas normas e sistemas jurídicos enquanto planos sociais. O Direito há de ser determinado apenas por fatos sociais (BUSTAMANTE, 2015, p. 322) e estes se desenvolvem mediante planos.

A concepção de planos denota-se como a estrutura básica do próprio discurso da norma enquanto significante da ideia de programa e campo valorativo (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 151). Por programa valorativo, deve-se compreender a delimitação da realidade, dos fatos sociais para os quais a norma jurídica se torna aplicável e determinante, enquanto este volume de dados reais condiciona a elaboração e concepção deste programa; por seu turno, o campo valorativo consiste no âmbito do real possível abarcado pela norma. Logo, programa

valorativo denota a norma justa idealizada pelo planejamento jurídico; campo valorativo, o seu ajustamento à realidade pela qual deve efetivar-se o planejamento jurídico.

Se a materialização das normas jurídicas e a respectiva adoção de sistemas jurídicos deve realizar-se mediante planos, é de rigor concluir que a atividade jurídica é de natureza compartilhada de coordenação coletiva de condutas (TORRANO, 2018b, p. 306), constituída que é por meio da participação de vários agentes com papéis definidos na realização do planejamento e em busca do benefício do grupo e do alcance do objetivo disposto pelo plano (*shared agency thesis*). Tais agentes, imbuídos do propósito de cooperar para prosperar, criam uma "prática comum", moldando sua atividade não apenas conforme o plano configurado pela norma e pelo sistema jurídico, mas levando igualmente em consideração o próprio comportamento e uns dos outros (mútua receptividade), influenciando seu comprometimento com a atividade compartilhada e apresentando mútuo apoio.

Como atividade social compartilhada, o Direito pode ser entendido em três concepções (TORRANO, 2018b, p. 306):

> (i) cria normas que representam estados de comportamento comuns, ou seja, abstratamente previstas, em princípio, para todos os sujeitos da norma; (ii) os planos jurídicos regulam a comunidade por meio de políticas gerais; e (iii) o planejamento conforma a sociedade por padrões normativos públicos.

Este último aspecto permite identificar a materialização dos sistemas jurídicos em seus diversos planos, os quais devem ser nominados como (TORRANO, 2018b, p. 306-307):

a) Plano-mestre: equivalente à norma fundamental kelseniana, à regra de reconhecimento hartiana e à Constituição fundante do ordenamento quando adotada, validado pelo comportamento convergente dos oficiais do sistema. O desenho do plano-mestre não exige um acordo completo por parte dos oficiais do Direito, mas apenas que estes oficiais desenvolvam ou desenhem uma parte desse plano, a qual se nomina como

b) planos derivativos: criados e validados conforme as disposições do plano mestre e cuja criação e aplicação vem a ser estabelecida e exigida por ele junto aos sujeitos do sistema jurídico (PULIDO, 2013, p. 83-84), quais sejam legisladores e aplicadores, sendo esta uma característica essencial do direito como planejamento social. Podem ser identificados como os diversos ramos do ordenamento jurídico (direito civil, direito penal, direito tributário, direito processual, etc.) com suas peculiaridades, metodologia e ponto de vista interno próprios, os quais se materializam igualmente em

c) normas tal-como-planos (regras costumeiras, demais fontes indiretas do direito, *v.g.*), cuja validade e aplicação são validadas e reguladas pelo plano mestre.

Segundo a visão de Shapiro, o direito, como conjunto de normas válidas, está fundado firmemente em uma prática social e desta extrai sua natureza e a justificativa para sua própria existência. Esta constatação permite à Teoria Jurídica do Planejamento Social explicar

> (i) a atividade daqueles que estão encarregados de desenhar o plano mestre da comunidade; (ii) a unidade do sistema jurídico, já que duas leis poderão ser consideradas como pertencentes ao mesmo sistema somente se forem produtos da atividade planejadora de um grupo específico; (iii) a normatividade do direito, especialmente da regra de reconhecimento como regra de imposição de deveres (*duty-imposing rule*); e (iv) o conteúdo do direito, representado pela determinação objetiva do "ponto de vista institucionalizado" que o sistema jurídico enfeixa na comunidade, o que possibilita, consequentemente, a formulação de juízos críticos e desvios oficiais daquilo que se exige juridicamente (TORRANO, 2018, p. 307).

Não pode o Direito, portanto, ignorar a necessidade de resolução dos conflitos, cuja metodologia é devidamente estabelecida pelo plano-mestre e conforme as peculiaridades dos planos derivativos dele advindos, reconhecendo-se o maior ou menor espaço de liberdade de aplicação ("discricionariedade"), e conforme as normas tal-como-planos cuja disposição se encontre ou não permitida aos usuários do sistema jurídico.

1.2.3 Interpretando Planos – Gerenciamento da Confiança, Princípio Meta-Interpretativo e Sistema de *Accountability*

Em reconhecendo-se a natureza planejadora da atividade jurídica, o modo de efetivar-se sua aplicação deve seguir as diretrizes estabelecida pelos planos enquanto sistemas e normas jurídicos. A postura dos oficiais encarregados da aplicação do Direito e intérpretes/aplicadores autorizados deve moldar-se sob as diretrizes e os propósitos do plano-mestre e de seus respectivos planos derivativos.

Nesse ponto, dado seu inequívoco estado de parcialidade e conforme os parâmetros estabelecidos pelos arquitetos do plano-mestre, planos abstratos encadeiam-se em subplanos cada vez mais concretos cuja elaboração e realização se apresenta imprescindível para a consecução do objetivo proposto em um primeiro momento (TORRANO, 2018b, p. 310).

Em sendo planos, as normas jurídicas carecem de trabalho de “construção” e de aplicação a serem conduzidos por seus oficiais autorizados e por seus intérpretes autênticos. Em sendo a prática jurídica uma atividade compartilhada, cabe a divisão de competências entre os elaboradores do plano (Legislativo) e os aplicadores (julgadores, administradores e intérpretes autorizados).

A dinâmica da construção sistêmica acima delineada permite de antemão constatar a impossibilidade de que sejam abarcadas pelo plano todas as hipóteses, situações e conflitos sociais complexos insertos em uma sociedade. Dada a textura aberta da norma já devidamente reconhecida frente à incerteza natural da linguagem natural e jurídica, a indeterminação jurídica é um fato constante da atividade adjudicatória; reconhecer-se um inevitável espaço de liberdade do aplicador, de discricionariedade, não é algo a ser simplesmente repudiado, mas compreendido e manejado conforme as deliberações do plano.

Conforme bem assevera Scott J. Shapiro (2011, p. 257-258; 2014, p. 317-318):

> A indeterminação jurídica, portanto, é uma característica e não um defeito. Mesmo que se pudessem elaborar regras perfeitamente precisas, estas seriam necessariamente arbitrárias e provavelmente gerariam caos. Em muitos casos é melhor deixar que outros completem os detalhes quando estão em uma melhor posição para julgar que curso da ação é preferível. Como Hart enfatizou há tempos, ao rechaçar a existência de casos de zonas de penumbra, os formalistas negam aos juízes a possibilidade de modelar o direito de acordo com os objetivos e consequências sociais. Desaprovam assim as oportunidades morais permitidas pela zona de penumbra.

> O mesmo se pode dizer a respeito da metodologia interpretativa e da reforma judicial. Mesmo que se diga que as formas estritas de literalismo e de restrição judicial incrementam a previsibilidade, também acarretam patologias. Adotar rigidamente o significado literal das leis conduzirá inevitavelmente a absurdos, e aplicar em forma estrita o direito em todas as hipóteses gerará resultados moralmente aberrantes. Conceder aos juízes alguma discricionariedade para ajustar o direito à luz de suas consequências é a única alternativa racional e decente a se fazer. (Tradução livre).

As disposições das normas e sistemas jurídicos enquanto planos, embora reconheçam espaço de liberdade ao aplicador para adoção de meios e instrumento na busca da concretização de seus objetivos, conformam a amplitude a ser concedida nessa liberdade interpretativa.

Explique-se: conforme os objetivos e a estrutura institucional traçados pelo plano-mestre e pelos respectivos planos derivativos e tendo ciência do contexto no qual as instituições políticas foram construídas, a quais objetivos foram criadas para servir, e qual densidade normativa permitida ao texto com o qual se deve trabalhar (TORRANO, 2018b, p. 311), pode-se conceder maior ou menor confiança ao oficial autorizado do sistema jurídico dentro da extensa cadeia estabelecida para lidar com a norma jurídica criada. Os intérpretes, mesmo com liberdade para a concretização do plano abstrato estabelecido, não podem simplesmente prevalecer suas concepções pessoais de justiça à comunidade. Conforme bem assevera Bruno Torrano (2018b, p. 313):

> A ideia central, aqui, é que o aplicador do direito não pode “brincar de Deus” e pressupor que detém grau de capacidade e competência capaz de justificar a imposição de suas concepções pessoais de Justiça à comunidade. E isso por dois motivos: primeiro, porque as visões pessoais dos funcionários não raro diferem das visões incorporadas nas normas jurídicas, e transformar em uma instância de decisão unipessoal um sistema normativo que surge para guiar condutas coletivas e assentar conflitos intersubjetivos frustraria os objetivos mesmo pelos quais a comunidade decide criar um sistema jurídico-autoritativo. E segundo, porque a falta de deferência a normas externas, característica da postura daqueles aplicadores que “brincam de Deus”, resulta na violação dos direitos morais dos sujeitos que detêm a autoridade moral de governar. Se uma maioria democrática, no exercício de planejamento social, decide, após amplo igualitário debate, que o ceticismo na capacidade dos aplicadores do direito constitui a postura meta-interpretativa mais adequada ao contexto específico, então o otimismo pessoal do intérprete acerca de suas credenciais interpretativas acaba por ignorar a legitimidade das autoridades constituídas, desfazendo aquilo que a maioria tem o direito de fazer.

Trata-se de uma relação de via dupla: ao mesmo tempo que configura a concessão de confiança ao intérprete para a concretização de suas disposições, a menor ou maior densidade normativa do plano/norma/sistema estabelece igualmente um limite de desconfiança o qual não pode ser ultrapassado pelo aplicador do Direito, sob pena de usurpação da competência conferida e passível de receber formalmente a devida censura e sindicabilidade. O depósito de confiança em determinada autoridade implica, inversamente, distribuição de autoridade e de responsabilidade, sempre remanescendo o comprometimento político que o oficial autorizado do sistema deve ter com os objetivos do plano jurídico-institucional ao qual aderiu. Sistemas jurídicos complexos produzem um sistema interno de *accountability*. O maior peso interpretativo nas mãos de um funcionário conduz a um maior peso sistemático (TORRANO, 2018b, p. 315).

Assevere-se que não se trata de uma postura meta-interpretativa apriorística, devendo ser aferidos os limites do intérprete conforme os objetivos de cada plano derivativo. Por exemplo, em setores do direito econômico, concorrencial, falimentar e empresarial, argumentos econômicos e consequencialistas se apresentam inescapáveis nas considerações a serem tomadas pelo aplicador do Direito, sejam julgadores ou intérpretes autorizados institucionalmente. De igual maneira, no seio do direito civil (mediante cláusulas gerais), do direito administrativo (com o recurso intermitente a princípios e conceitos jurídicos indeterminados) e do direito processual civil (mediante a figura de poderes e ações atípicas), a concretude das normas se verifica estritamente conforme a casuística estabelecida e seguindo-se os objetivos estabelecidos por cada plano derivativo (autonomia privada, sociabilidade e dignidade da pessoa humana, no seio do direito civil; supremacia do interesse público, conveniência e oportunidade, no seio do direito administrativo; acesso à justiça e efetividade da jurisdição, no seio do direito processual civil).

Por seu turno, em outras áreas, a opção do legislador é conferir pouca ou nenhuma confiança ao aplicador do Direito, estabelecendo uma intepretação restrita, objetiva e conservadora. Em tais hipóteses, opta o legislador pela preservação dos direitos individuais mesmo frente a um clamor público contrário ou mesmo quando sua preservação leve a consequências consideradas injustas por parte razoável da população (TORRANO, 2018a, p. 133-134). Em já tendo sido

feita a ponderação de direitos e de interesses pelo legislador, não cabe ao julgador/aplicador/oficial do sistema rever tal ponderação e apresentar a solução que repute *per se* a mais adequada. Áreas por excelência de tais considerações se apresentam no direito penal, processual penal e no direito tributário com sua firme concepção de legalidade. Não pode haver vagueza e ambiguidade, não há textura aberta da norma de que se possa valer impunemente o intérprete.

A aferição dessa "confiança" implica aqui um apelo radical ao conhecimento do contexto em que se encontra inserido o intérprete (TORRANO, 2019, p. 371). Planos são criados para resolver problemas concretos, rejeitando-se qualquer forma apriorística de interpretar, argumentar e aplicar o material jurídico. Insere-se o intérprete, em vez disso, na estrutura encadeada dos planos sociais, dando continuidade ao planejamento coletivo assentado sem impor à comunidade seu ponto de vista pessoal sobre justiça ou moralidade (TORRANO, 2019, p. 196).

É necessário aqui diferenciar: que o conjunto de razões jurídicas encontra-se estabelecido por uma regra de reconhecimento ("plano-mestre") ou por fontes e convenções obrigatórias ("planos derivativos"), ao passo que o conjunto das razões que legitimam *per se* o agir será determinado pela teoria política pertinente do Estado e, logo, parte da deliberação prévia ao planejamento jurídico (COLEMAN; LEITER, 2000, p. 358).

Nesse ponto, o processo de interpretação proposto por Shapiro para aferir a economia da confiança estabelecida por um sistema deve reunir três fases. A saber (TORRANO, 2018b, p. 317-320):

a) Fase de especificação: o aplicador deve avaliar o contexto institucional no qual se insere o plano mestre ou os planos derivativos a abarcar o conflito ou hipótese sob análise, de modo a analisar o grau de exigência intelectual e moral que se colocam sobre o intérprete;
b) Fase de extração: identificado o contexto pelo qual se norteiam o plano mestre e o respectivo plano derivativo a abarcar a situação ou conflito sob análise, deve o aplicador realizar uma operação mental de afastamento de suas preferências pessoais relativas a justiça e moralidade e decidir qual o "ponto de vista jurídico" sobre a questão, extraindo a metodologia interpretativa permitida pela economia de

confiança desenhada pelos planejadores do sistema e os objetivos para os quais dada classe de atores foi empoderada a realizar; e

c) Fase de avaliação: dentre as metodologias interpretativas (se houver mais de uma) disponibilizadas pelo planejamento jurídico, deve selecionar a mais adequada para a consecução dos objetivos deste frente às atitudes de confiança e de desconfiança de fato existentes no contexto em que este planejamento está inserido. Essa escolha deve pautar-se por pragmatismo frente à redução de custos e dispensando-se as prévias deliberações morais propiciadas pela elaboração e concretização do plano jurídico.

Logo e seguindo as considerações de Jeremy Waldron (*apud* BUSTAMANTE; CUNHA, 2013, p. 368; WALDRON, 2011, p. 891), o Direito é portanto entendido como um conjunto de planos adotados pela comunidade e a atividade jurídica é uma atividade de planejamento na qual as instituições sociais dizem para os integrantes da comunidade o que eles podem ou não podem fazer com base na estrutura do planejamento elaborado pelos oficiais do sistema dotados de autoridade discricionária.

O pragmatismo a conceder-se ao intérprete deve preocupar-se portanto com o contexto no sentido de observar o grau de confiança depositado no mesmo. Em sendo maior tal grau de confiança, maior o espaço de discricionariedade; em sendo menor o grau de confiança, menor ou nenhum o espaço de discricionariedade. Não se afigura exagerado colocar que a concepção de normas e de sistemas jurídicos como planos tem por efeito estabelecer mais restrições conceituais ao raciocínio do intérprete (TORRANO, 2018b, p. 321). Reconheça-se seu espaço de liberdade de atuação; este espaço encontra-se sob severa sindicabilidade.

1.2.4 Algumas Críticas à Teoria Jurídica do Planejamento Social

As críticas que se colocam em face dessa teoria centram-se sobretudo na abordagem falha da complexidade do fenômeno jurídico ao permanecer alheia à necessidade do Direito ser o resultado do ato contestador adotado pelo cidadão consciente comprometido com os objetivos públicos de sua sociedade em dada

circunstância, mesmo quando dividido pelos projetos, interesses e convicções com os demais sujeitos (BUSTAMANTE; CUNHA, 2013, p. 378-379). Seguindo-se críticas lançadas por Jeremy Waldron (2011, p. 897-899), a teoria do planejamento jurídico não contemplaria toda a complexidade da vida moderna, ignorando as distopias escritas no início do século passado, todas muito descrentes na capacidade de governos e instituições de não se corromperem e agirem em prol de interesses, mesmo que esses sejam apresentados como sendo os da maioria.

O único remédio possível à proteção de minorias e de seus direitos – mesmo os dos que adotam comportamento que ameaçam a sociedade, como os terroristas, estupradores e homicidas – é o reconhecimento e o acesso de todas as pessoas aos procedimentos de um direito civilizado, exposto e aberto à atuação política e crítica, o que não seria contemplado pela teoria jurídica do planejamento social.

Em suma, não procede a teoria jurídica do planejamento social à análise da legitimidade do Direito, de seu papel civilizador e de sua importância democrática. Neste sentido, Waldron faz referência a Lon Fuller (2011, p. 896), o qual argumenta que comandos, normas ou planos contam apenas como Direito se, na sua forma e no procedimento que lhe é associado, há o respeito à dignidade e à liberdade daqueles a quem o Direito será aplicado.

Sem questionar aqui a validade da crítica exposta, não se pode olvidar o critério metodológico ontologicamente diverso adotado por Scott J. Shapiro ao pautar-se por positivismo jurídico de cunho descritivo e exclusivo (*hard positivism*), centrando-se estritamente na concepção do Direito como fato social e produto subsequente das lutas e conflitos humanos aludidos pelos críticos de sua teoria, cuja relevância e peso não nega, mas não se apresentam decisivas para permitir a identificação do que seja validamente considerado “direito positivo”, advindo de fontes de autoridade e da prévia luta social, esta última encontrando-se na arena do planejamento social a resultar no planejamento jurídico.

São válidas aqui as considerações de Dimitri Dimoulis (2017, p. 11) acerca da inadmissibilidade da moral a ser utilizada como critério para devidamente identificar o direito positivo, efetivamente autoritativo:

> A moral não deve ser utilizada como critério de identificação do direito positivo porque não apresenta relevância para a constatação da validade

> jurídica ou para a interpretação das normas vigentes. A validade decorre da existência de fatos sociais capazes de atribuir validade (“autoridade”) e a interpretação – à qual os exclusivistas pouco se referem – é de competência dos órgãos estatais, sem que seja possível impor limitações externas, decorrentes de considerações morais.

As críticas e cobranças oferecidas por Waldron apresentam-se de cunho notadamente moral, de como entende o autor deveria o Direito ser e não necessariamente o que é, inserindo-se sob os parâmetros da corrente de pensamento por ele desenvolvida e denominada “positivismo jurídico normativo ou ético”, guiada pelo zelo da ligação entre o Direito e o “estado de direito” ou “governo da lei” (*Rule of Law*) e os cânones fundamentais deste *Rule of Law* (FROEHLICH, 2018, p. 121-122).

Sem adentrar a mais detalhes de sua sofisticada obra teórica, Waldron labuta especificamente esta seara, aliando-a à questão democrática, podendo ser resumida sua corrente de pensamento nas seguintes colocações de Charles Froehlich (2018, p. 123):

> Esta tese pretende determinar o que o direito deve ser não em relação ao conteúdo, mas em relação à forma. O positivismo ético afirma que o direito pode ou não incorporar a moralidade em sua regra de reconhecimento, mas o sistema legal não deve incluir critérios morais na lista autorizativa das fontes do direito. É uma forma prescritiva, não analítica, de positivismo duro ou exclusivo.

Trata-se de uma crítica metodológica portanto ontologicamente contrafactual e diversa, não permitindo bases seguras para comparação e crítica, e quiçá orientada sob a dinâmica alternativa fútil entre as diversas correntes do positivismo jurídico, citando-se aqui crítica de Riccardo Guastini em recente prefácio à obra de Adrian Sgarbi (2019, p. 9-10), apresentando-se mesmo paradoxal exigir ou esperar que Shapiro responda a críticas de abordagem a qual simplesmente não se propôs a fazer e a questionamentos cuja resposta efetivamente não buscou.

A teoria jurídica do planejamento social será melhor apreciada, avaliada e criticada sob os parâmetros por ela adotados – o Direito fortemente apoiado em fatos sociais e efetivamente separado de critérios de moralidade, embora dele advindos – e descrevendo o Direito como ele é. Nesse ponto, inegavelmente sua

teoria dos planos oferece salutar percepção de como a norma e o ordenamento jurídicos operam e se desenvolvem.

1.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Ao nominar-se como “premissas ontológicas da discricionariedade jurídica”, o presente capítulo objetivou discriminar as matrizes histórico-políticas e filosóficas pelas quais, uma vez reconhecida a existência e autoridade do direito posto legislado e realçando seu papel de fator de estabilidade das relações humanas como resultado da deliberação institucional dos conflitos sociais, este mero reconhecimento não se mostrou satisfatório, reforçando-se o papel dos oficiais do sistema aplicadores deste direito posto, de modo a garantir a efetividade e autoridade do sistema. Não mais importa tanto saber o que o Direito seja, mas que seja cumprido, efetivando-se e materializando-se nos diversos dramas da vida real.

Do ponto de vista histórico-político, as origens desse fenômeno centram-se na progressiva complexificação das relações e conflitos sociais e na reconhecida desconexão das instituições democrático-representativas junto a esta realidade. O legislador não apenas é tido por boa parte do corpo social como despreparado e ilegítimo para exercer o papel de captação desses anseios, mas igualmente se sente como tal. Não pode renunciar a suas responsabilidades institucionais, mas opta consciente, ou mesmo inconscientemente, por utilizar-se de leis ou instrumentos normativos similares genéricos, pouco claros, até mesmo obscuros, de modo que se adequem aos mais variados casos concretos. Não foge de seu dever de legislar, mas a arena de conflitos de interesses não mais se encerra nas deliberações dos Parlamentos, “empurrando” a resolução dos conflitos jurídico-sociais junto aos demais poderes públicos, oficiais do sistema e intérpretes autorizados do Direito.

Por outro lado, os estudos filosóficos, há muito tempo reconhecedores da indeterminação e vagueza da linguagem natural, igualmente assentaram suas considerações na linguagem jurídica. Não há mais como questionar-se a vagueza e indeterminação da linguagem jurídica decorrentes de sua textura aberta (*open texture*), sempre concedendo espaço de liberdade de entendimento e de aplicação

aos que se propõem a compreender seus signos e mais variadas possibilidades. O que está em questão aqui é o espaço de “liberdade” a permitir-se aos mesmos, em sua amplitude e profundidade, sem olvidar o núcleo de certeza que todo objeto linguístico possui (*core of meaning*).

Essa relação dialógica ínsita à estrutura do texto pelo qual se irá empreender a interpretação traduz-se em densidade normativa e a maior ou menor amplitude deste resultado intelectual implica menor ou maior liberdade ao intérprete autêntico, o qual irá valer-se de determinações primárias e, em maior ou menor extensão, de determinações/influências secundárias em sua busca. A densidade normativa determina a espécie de norma (regras, princípios e postulados) a ser manejada e, subsequentemente, a liberdade de seus oficiais do sistema e intérpretes autênticos como um todo.

Nesse ponto, adotou-se a teoria jurídica do planejamento social de Scott J. Shapiro como a mais adequada, sob os critérios metodológicos marcadamente positivistas pelos quais este trabalho se orienta, para a descrição da dinâmica pela qual se desenvolve o labor intelectual que leva à identificação da densidade normativa que se pode extrair das fontes formais primarias do Direito – o texto legislativo dotado de autoridade *a priori*.

Sua concepção da dinâmica das relações humanas sob o prisma do planejamento e, com a progressiva complexificação das relações e conflitos sociais, buscando maior “institucionalização” por meio de planejamento jurídico, o qual, segundo as diretrizes do plano-mestre e dos planos derivativos, bem estabelece o papel dos agentes do sistema objeto da planificação e, conforme o grau de credibilidade e de confiança outorgado a cada um deles, permite maior ou menor espaço de liberdade aos oficiais do sistema e intérpretes autorizados aplicadores do Direito.

Em suma, a “economia da confiança” previamente estabelecida pelo planejamento social a resultar na institucionalização jurídica desta mesma sociedade delimita os parâmetros de liberdade interpretativa e criatividade dos aplicadores do Direito. A discricionariedade jurídica possui raízes firmes na sociedade destinatária do Direito cuja aplicação se demanda e possui sólida dignidade ontológica, mas encontra-se sob severo escrutínio público.

CAPÍTULO II – DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA – NOÇÕES ELEMENTARES

2.1 FUNDAMENTOS NORMATIVOS – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, JUDICIAL E LEGISLATIVA

Há que reconhecer-se, portanto, o “espaço de liberdade” concedido pelo legislador a partir das fontes primárias do Direito – essencialmente o texto normativo oriundo do Poder Legislativo – a seus aplicadores/intérpretes autênticos, que identificam tanto este espaço quanto sua amplitude mediante interação dos significados das palavras junto com as regras comuns que são de conhecimento de todos os indivíduos; seguindo-se essas regras, a ação as reproduz (BASTOS, 2014, p. 45).

Com efeito, coloca nesses termos José Lamego (2018, p. 291) acerca da primazia do texto ou enunciado textual legislado no seio dos sistemas jurídicos europeu-continentais – dentre os quais o brasileiro:

> (...) a metodologia jurídica não pode deixar de tomar como ponto de partida o facto de que a ossatura dos sistemas jurídicos europeus continentais é construída por normas gerais e abstractas expressas em disposições legislativas e de que os juízes decidem não com base em argumentos relativos à justiça do caso, mas com base em critérios legais e abstractos, isto é, em normas. Estes aspectos da estrutura e do funcionamento do Direito conferem ao legalismo e ao formalismo metodológico vantagens explicativas sobre os modelos alternativos, nomeadamente aqueles que invocam uma *auctoritas* do pensamento jurídico como elemento concorrente do *imperium* estadual na constituição do Direito vigente e definem o pensamento jurídico de tipo problemático-tópico.

Desse empreendimento interpretativo, nasce a norma a ser aplicada, sendo que quaisquer liberdades em sua margem de aplicação são ontológicas à mesma. Seja maior ou menor o grau de liberdade de aplicação que se conceda, seja qual for o conteúdo da norma, a intepretação se impõe *a priori*; a discricionariedade se afigura na extensão da liberdade concedida a essa atividade intelectual, devendo ser compreendida como uma técnica ordinária, uma solução normal em face da impossibilidade de tudo prever-se na letra da lei (KRELL, 2013, p. 49).

Entendendo-se que o Direito é sobretudo fato humano e prática social, cujas normas são criadas e recriadas a cada interação e frente ao contexto específico cuja resolução se demande, é de rigor concluir que a discricionariedade, entendida a partir deste “espaço de liberdade” interpretativo na aplicação do Direito, é simplesmente ínsita à própria norma, construção advinda *a priori* desta.

Ora, o Direito, como sistema, é a expressão de suas ideias e diretrizes, que se contêm inteiramente em si, articulando-se com os elementos objetivos (valores e organizações), isto é, que se integram ao objeto (valores e organizações), e com os elementos subjetivos (conhecimento e interpretação), isto é, como técnica de ordenação (DROMI, 2007, p. 27). Em outras palavras, o Direito materializa-se mediante o manejo dos enunciados normativos textuais pelos aplicadores do Direito institucionalmente autorizados; concretiza-se pela interpretação.

Nesse ponto, ao mesmo tempo que mesmo as mais belas ideias não contemplam as mais diversas soluções, a atividade intelectual da qual resulta a norma jurídica é incapaz de suprir a natural indeterminação dos empreendimentos humanos. Seja pela ambiguidade ou vagueza linguísticas, seja pelas causas ou consequências materiais do ato ou pela infinidade de aplicações não previstas ou imprevisíveis, é forçoso reconhecer a impossibilidade da norma de conter em seu bojo todas as possibilidades de aplicação (XAVIER, 2018, p. 142).

Conforme coloca Marcos Augusto Perez (2020, p. 36):

> A discricionariedade é, sim, um fenômeno jurídico, fruto dos movimentos relacionados à gênese e à aplicação da norma jurídica, relacionada à inevitabilidade de certo grau de indeterminação – intencional ou não – dos imperativos emanados pelo direito.

No que pode ser complementado classicamente por Hans Kelsen (2009, p. 388), mesmo atendo-se aqui aos limites de sua concepção piramidal de normatividade:

> A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um

> comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.

A inevitabilidade deste reconhecimento não deve supor, todavia, a imprestabilidade de quaisquer tentativas de identificar ou de estabelecer parâmetros frente a tal indeterminação. Um ordenamento jurídico bem pensado, construído e aplicado reconhece seu próprio “fracasso” em alcançar todos os fatos sociais; deve ser entendida a possibilidade de lacunas no Direito como a possibilidade de casos novos, não regidos pelos padrões e recursos interpretativos disponíveis, o que não é necessariamente preocupante (COLEMAN; LEITER, 2000, p. 337).

Por outro lado, é do papel da dogmática jurídica a estabilização das expectativas sociais com a firme e previsível resolução dos conflitos humanos e os deles correlatos. Todo Direito estabelece uma ordem e a coloca fora de discussão: não se pode aceitar parcialmente uma lei, desejá-la cumpri-la apenas em parte. O discurso da norma afigura-se *a priori* monológico, diferenciando os comportamentos e sempre estabelecendo de antemão certa rigidez e inadmitindo flexibilidades, no que se apresenta como uma presunção necessária (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 156).

Objeto imediato de interpretação, ao mesmo tempo que permite a discricionariedade, a norma jurídica igualmente lhe impõe limites, estes advindos de suas próprias formas de decorrência, de sua própria estrutura. O sistema de normas apresenta-se dotado de dinâmica própria, capaz de revelar as lacunas e, num momento subsequente, fornece as condições de seu preenchimento (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 175). E, nesse ponto, a discricionariedade pode decorrer (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 19):

1) Da hipótese da norma: *“do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo”*;
2) Do comando da norma: *“quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta”*;

3) Da finalidade da norma: quando a "*finalidade aponta para valores, e as palavras (...) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos"*.

O espaço de discricionariedade jurídica para Ferraz Júnior (2015, p. 181) se apresenta ao intérprete autêntico e aplicador do Direito como um todo. Seja junto aos oficiais do sistema (juízes e tribunais; administradores públicos), seja junto aos aplicadores autorizados do ordenamento (árbitros[9], defensores públicos, advogados privados e públicos, representantes do Ministério Público, conciliadores e mediadores habilitados[10]).

Parte-se de um texto que vem acompanhado de um vazio semântico ou de palavras vagas as quais necessitam ser concretizadas, compreendendo-se esta "concretização" como a passagem do universo normativo-constitucional para o universo fático (RIBEIRO BASTOS, 2014, p. 179). O manejo do enunciado do texto normativo resultará em uma norma concreta ("norma jurídica") com vista à solução dos casos jurídico-constitucionais, sendo de rigor reconhecê-lo como um trabalho técnico-jurídico (*idem*, p. 180).

A maior ou menor amplitude na liberdade adjudicatória se apresenta frente aos mais variados casos até mesmo não abarcáveis pela textura aberta da norma, exigindo-se maior ou menor ônus argumentativo na construção interpretativa. Quanto mais complexa e significativa é a quantidade de variáveis na prática jurídica, mais se afigura importante a pressão do mundo circundante, provocando

---

[9] Vide os artigos 17 e 18 da Lei Federal n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996, pelo qual se percebe a condição de autoridade jurídica concedida aos árbitros para decidir conflitos de natureza patrimonial sem a necessidade de recurso ao Poder Judiciário: Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal. Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

[10] Vide o inciso o inciso IV do artigo 784 do Código de Processo Civil, pelo qual se permite a emissão de ato jurídico-processual consistente no título executivo extrajudicial - com seus atributos de certeza, liquidez e exigibilidade – e podem ser diretamente cobrados por meio do procedimento expropriatório e não necessitando de prévia fase cognitiva por parte dos agentes dos sistema (advogados públicos e privados, defensores públicos e representantes do Ministério Público) e por particulares devidamente credenciados e habilitados (conciliadores e mediadores). Senão, vejamos, *in verbis*: Art. 784. (*omissis*).
IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

a mútua influência das partes entre si e, assim, mutações internas que escapam ao controle do jurista formalista (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 181).

Conforme coloca Andreas J. Krell (2013, p. 48):

> Parece mais coerente, portanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados bem como a concessão de discricionariedade como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal.

No que pode ser complementado pelas colocações de Friedrich Müller (2005, p. 50-51), asseverando a mútua reciprocidade e interação entre o enunciado normativo e o enunciado fático, resultando desse labor intelectual a decisão jurídica:

> Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela. Esse dado fundamental da concretização jurídica circunscreve o interesse de conhecimento peculiar da ciência e da práxis jurídicas, especificamente jurídico, como um interesse de decisão. A necessidade de uma decisão jurídica (também de um caso fictício) abrange a problemática da compreensão, os momentos e os procedimentos cognitivos. No entanto, a decisão jurídica não se esgota nas suas partes cognitivas. Ela aponta para além das questões "hermenêuticas" da "compreensão", no sentido genericamente peculiar que "hermenêutica" e "compreensão" têm nas ciências humanas. É claro que a relação entre os elementos cognitivos e os elementos não-cognitivos no processo de concretização e que e.g. o interesse de "conhecimento" cognitivo passa, na concretização científica, nitidamente para o primeiro plano.
>
> A força enunciativa de uma norma para um caso é por assim provocada por esse mesmo caso. Em um procedimento que ganha gradualmente em precisão por meio da verificação recíproca da(s) prescrição (prescrições) jurídica(s) considerada(s) relevante(s) junto aos componentes para elas relevantes do conjunto de fatos e, inversamente, dos componentes do conjunto de fatos – tratados, à guisa de hipótese de trabalho, como relevantes junto à norma que lhes é provisoriamente atribuída (ou junto a várias prescrições jurídicas) –, os elementos normativos e os elementos do conjunto de fatos assim selecionados "com vistas à sua reciprocidade" continuam sendo concretizados, igualmente "com vistas à sua reciprocidade", uns juntos aos outros (e sempre com a possibilidade do insucesso, i.é., da necessidade de introduzir outras variantes de normas ou normas à guisa de hipótese de trabalho). A solução, i. é., a concretização da norma jurídica em norma de decisão e do conjunto dos

> fatos, juridicamente ainda não decidido, em caso jurídico decidido deve comprovar a convergência material de ambos, publicá-la e fundamentá-la.

Em tal contexto, parece despiciendo distinguir-se ou falar em discricionariedade administrativa e judicial. Ambas ontologicamente originam-se da mesma problemática – a impossibilidade objetiva de adotar, *in concreto*, a solução ideal imediatamente preconizada em lei – e compõem-se da mesma estrutura de resolução – conveniência e oportunidade, proporcionalidade e razoabilidade – de modo que se demonstre argumentativa e justificadamente que (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 44):

a) Havia esse campo de liberdade abstratamente suposto pela regra de Direito e, frente à solução adotada no caso concreto, fez-se um exercício necessário de balizamento, convertendo-se o que era antes liberdade interpretativa em necessidade de decidir; e
b) A solução adotada no caso concreto era a ideal frente à construção interpretativa e às circunstâncias do caso concreto, cabendo à parte interessada em impugnar esta conclusão inicial demonstrar que o comportamento era afinal vinculado ou que a opção adotada se afiguraria impertinente.

Por outro lado, é de asseverar-se que, em estando institucionalmente autorizados a interpretar e aplicar o Direito, os oficiais do sistema e intérpretes autorizados encontram-se permitidos a identificar e reconhecer eles mesmos este espaço de liberdade. Coloca Marcos Augusto Perez (2020, p. 39):

> (...) a interpretação é muito mais extensa em definição e aplicação do que a discricionariedade. Normas que instituem comportamento vinculado também são objeto de interpretação. Toda norma jurídica que faculte maior ou menor liberdade de ação à autoridade pública, qualquer que seja o seu conteúdo, é objeto de interpretação.

No que é complementado por Riccardo Guastini (2005, p. 150-151), ressaltando o caráter tecnológico da atividade intelectual interpretativa cuja maior ou menor extensão leva a um juízo de discricionariedade:

> Portanto, as lacunas do direito – e, com maior razão – as simples incertezas aplicativas – não dependem (ou, ao menos, não dependem somente) da intrínseca imprecisão da linguagem das fontes: as lacunas são criadas pelos intérpretes, que exercem discricionariedade não só no

> preencher as lacunas, como também – e ainda antes – no estabelecer-se se e quando há uma lacuna. Se é verdade que os intérpretes preenchem as lacunas discricionariamente (mediante a criação de novas normas), é também verdade, entretanto, que são os mesmos intérpretes que se auto atribuem essa discricionariedade, criando – eles – também as ocasiões para exercê-la.

Logo, em admitindo-se as diferenças dogmáticas – afinal, da atividade administrativa emitem-se, mediante a regular instauração de desenvolvimento de processo tanto de ofício quanto por provocação das partes interessadas, atos e decisões administrativos, enquanto, da atividade jurisdicional, prolatam-se, mediante a regular instauração e desenvolvimento de processo mediante provocação das partes interessadas, decisões e sentenças – não há distinções conceituais entre a discricionariedade concedida, exercida e concretizada pelo julgador e pelo agente público-administrativo.

Podem-se falar, contudo, em distinções. Com efeito e seguindo-se aqui as considerações de Henrique Abel (2017, p. 128-129), a discricionariedade administrativa possui caráter político-programático, ou seja, é admissível e desejável que um gestor público X, de perfil/partido progressista, protagonize uma gestão distinta de um gestor público Y, de perfil/partido conservador. Entendimento diverso permitiria na prática uma ditadura de ideologia única, pois as gestões públicas todas deveriam governar da mesma forma, sem qualquer distinção política, ideológica ou programática, o que não é crível ou mesmo admissível em sistemas político-democráticos plurais como o brasileiro. O gestor público assume o poder com o objetivo declarado e previamente sufragado no sistema de democracia representativa de implantar um projeto programático e muito provavelmente partidário e ideológico. Ao colocar seus correligionários políticos no comando, o presidente espera garantir que os ministérios e as agências governamentais usarão sua discricionariedade decisória para seguir as suas prioridades, e não as de seus rivais políticos (ACKERMAN, 2014, p. 19).

Tal concepção não pode ser aplicada ao julgador: não é desejável e tampouco admissível (e muito menos necessário) que um juiz X, de perfil progressista, julgue pautado por essa condição ideológica uma determinada causa e forma distinta do que faz um juiz Y, de perfil conservador. Os julgadores não desfrutam de discricionariedade político-programática, vez que não ingressaram *a priori* nesta carreira profissional de Estado para implantar sua agenda ideológica

particular, mas para atuarem como técnicos, operadores e estudiosos como intérpretes autênticos do Direito frente, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, à garantia fundamental de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, Constituição da República[11]), comprometidos que se encontram com o ordenamento jurídico que rege a vida em sociedade, e não com suas opiniões pessoais e juízos prévios do que deveria ser o ordenamento jurídico.

Portanto, não cabe ao julgador implantar qualquer projeto programático e muito menos político e partidário, mas sim utilizar-se de suas credenciais técnicas com as quais habilitou-se a ingressar nos quadros do Poder Judiciário, de modo a solucionar os conflitos jurídicos no cumprimento do papel do Direito em estabilizar as expectativas sociais de segurança e de previsibilidade das relações humanas.

Por outro lado, cabe aqui uma nota acerca da diferenciação entre discricionariedade administrativa, judicial e legislativa, a qual reside nos limites substanciais inerentes a cada atividade político-estatal: os horizontes colocados para a atividade de processo legislativo são muito mais amplos que os colocados ao gestor público e ao julgador. Enquanto as atividades administrativa e jurisdicional encontram-se *a priori* sujeitas aos mesmos limites de decidibilidade de questões e de conflitos jurídico-sociais conforme as normas jurídicas procedimentais e materiais incidentes sobre a atividade interpretativa, tais limites não se apresentam de tal modo frequentes e precisos de modo a constranger o legislador (CAPPELLETTI, 1999, p. 26-27).

Posto que sujeitos a normas jurídicas materiais[12] e procedimentais[13] extraídas do texto constitucional ou da fonte normativa primária similar ao plano-mestre do planejamento social, os legisladores defrontam-se com conflitos

---

[11] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 5º. (*omissis*). XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[12] Vide o artigo 60, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988, ao estabelecer as "cláusulas pétreas", inadmitindo mesmo as propostas legislativas *in verbis:* Art. 60 (*omissis*).
§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação de poderes;
IV – os direitos e garantias individuais.

[13] Vide as normas jurídico-constitucionais (artigos 59 a 69, Constituição da República e Constituições estaduais), legais ordinárias (v.g., Lei Complementar Federal n. 95/1998; leis orgânicas municipais) e regimentais atinentes ao processo legislativo brasileiro.

policêntricos, buscando (ou ao menos devendo tentá-lo) identificar e suprir os conflitos sociais e morais, “internalizando-os” sob conflitos jurídicos cujas expectativas de sucesso ou de fracasso por seus partícipes serão devidamente suportadas. O Parlamento, frente a uma constelação de princípios constitucionais em conflito, tem maior liberdade na definição de sua agenda e do momento de votação de determinado projeto de lei, conferindo-lhe uma condição melhor para produzir decisões maduras e conciliatórias a interesses divergentes (BRANDÃO, 2018, p. 273-274).

Trata-se de uma presunção necessária de que os legisladores se apresentem como os primeiros captadores e internalizadores de conflitos sociais e morais a serem abarcados pela estrutura institucional estabelecida e autorizada como fonte e modo de aplicação do Direito.

Oportunas as colocações de Martin Borowski (2017, p. 183-184):

> O mais alto nível da hierarquia, no qual a ponderação dos princípios jurídicos exerce um papel na concretização do direito, é o nível da legislação. No processo de elaboração de leis, o Poder Legislativo pondera direitos fundamentais e outros princípios constitucionais. Com certeza, o legislador não está vinculado a simplesmente reproduzir uma lei que está totalmente predeterminada pela Constituição. Para começar, o Poder Legislativo frequentemente possui discricionariedade para dar a última palavra. Isso significa que o Poder Legislativo tem competência para buscar fins legítimos, fins esses que não estão explícita ou implicitamente proibidos pela Constituição. Tais fins apenas se tornam princípios com status constitucional através da decisão autoritativa do Poder Legislativo. Em segundo lugar, pode perfeitamente haver discricionariedade estrutural para o Poder Legislativo – discricionariedade estrutural existe quando há duas opções disponíveis e a Constituição é indiferente quanto a cada qual delas é escolhida. Particularmente, esse é o caso em um empate na ponderação, que é caracterizado pelo fato de que nenhum dos princípios colidentes tem maior peso que o outro. Em terceiro lugar, a cognição das premissas empíricas e normativas pode ser incerta, o que conduz à discricionariedade epistêmica. Isso significa, como já mencionado, que a Constituição estabelece um quadro para a legislação, em vez de determinar completamente uma lei particular.

O legislador possui discricionariedade evidente e estruturalmente maior que a concedida a administradores públicos e julgadores em tal empreendimento interpretativo, até mesmo para fugir dessa “responsabilidade”, encaminhando a decidibilidade de tais questões aos demais poderes estatais conforme o permita o “gerenciamento de confiança” do sistema prévio por ele estabelecido. O conjunto

de regras e princípios que consubstancia o ordenamento jurídico é predeterminado pelo legislador (ÁVILA, 2019b, p. 134).

Conforme coloca Bruno Torrano (2019, p. 271):

> (...) no bojo das discussões travadas por todos esses atores políticos **(os membros do poder legislativo)**, ocorridas por meio de procedimentos e regras de racionalidade, estão internalizadas as controvérsias que exsurgem diretamente do anseio social imediato: há representantes dos evangélicos, dos homossexuais, dos negros, dos deficientes, dos empresários, dos trabalhadores, dos professores, etc.
> Nesses termos, na elaboração da estrutura normativa comum que deve conduzir a vida em comunidade, a participação igualitária dos cidadãos (igualdade política), independentemente de quaisquer qualidades pessoais (raça, cor, sexo, religião, riqueza, etc.) ou de qualquer grau preestabelecido de cultura ou sabedoria, constitui a consequência mais importante do direito à autonomia pessoal: aquele que é chamado a obedecer, aquele que é compelido a se subordinar, aquele que é convocado a tolher parcela de sua liberdade em favor do outro, possui o direito moral, inviolável e imprescritível, de ver suas convicções tratadas com a mesma consideração e respeito que a dos seus concidadãos.
> Um ordenamento jurídico democrático se peculiariza não pelo fato de reconhecer, de cima para baixo, a existência substantiva, no seio da comunidade, de pontos de vistas alternativos acerca de questões políticas e morais, mas sim por internalizar, de baixo para cima, e por meio de sufrágio igualitário, essas controvérsias de modo institucionalizado de produção e modificação do direito. Com isso, oportuniza-se, em princípio, que todos os participantes da comunidade política exerçam o “direito dos direitos”, é dizer, o direito de participação política.

E arremata Torrano (2019, p. 272):

> Pode parecer muito romântico à luz de nossa realidade? Pode. Mas (...) as deficiências do sistema representativo (corrupção, busca de interesses privados, jogo de aparências, vale-tudo pelo poder, e assim por diante), embora sejam inquestionáveis, não conduzem à conclusão imediata de que o Poder Judiciário é o domínio a partir do qual a República pode ser salva.

2.2 GRAUS E SENTIDOS DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA

A discricionariedade jurídica não se afigura plena e tampouco completamente incerta, possuindo cada norma e cada ordenamento jurídicos seu campo de delimitação e de liberdade, pelo qual podem ser mensurados graus próprios de discricionariedade e de vinculação, inexistindo formas puras ou absolutas dos mesmos.

Um bom exemplo destas considerações se apresenta no lançamento tributário: ao mesmo tempo em que o administrador fiscal não possui margem de liberdade para decidir, se uma vez identificada a ocorrência do fato gerador, o tributo deve ou não ser lançado, não há vinculação acerca do momento em que a exação deve ser formalizada, dispondo o administrador de liberdade temporal para efetuar o lançamento. Há, simultaneamente, vinculação quanto ao dever de produção do ato em si e discricionariedade quanto à sua edição (PEREZ, 2020, p. 36-37).

Na seara do direito administrativo, o exercício do dever de autotutela administrativa – positivado na esfera federal por meio dos artigos 53 a 55 da Lei n. 9.784/1999[14] – permite o exercício do dever de anulação de atos administrativos quando presentes hipóteses de invalidade ou do poder de revogação dos mesmos quando se afigure conveniente e oportuno, sendo que, em ambas as situações, a vinculação e discricionariedade restam graduadas e admitindo-se a convalidação do ato quando existentes defeitos sanáveis em verificando-se: A) necessidade de respeito a direitos adquiridos; B) observância do prazo prescricional de cinco anos; C) não acarretar lesão ao interesse público; e D) não acarretar prejuízo a terceiros.

Mesmo na seara da decisão judicial com seu peso autoritativo, exemplo cabal de discricionariedade permitida ao julgador pode ser encontrado no disposto no artigo 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil[15]. Frente às peculiaridades do procedimento especial de jurisdição voluntária, o julgador não se encontra obrigado a observar critérios de legalidade estrita, podendo julgar utilizando-se de conveniência e de oportunidade (dois termos por excelência usados nos estudos de discricionariedade administrativa), havendo graus

[14] Lei Federal n. 9.784, de 29 de Janeiro de 1999: Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

[15] Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil: Art. 723. (*omissis*).Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.

diferenciados conforme o espaço de liberdade interpretativa concedido ao julgador, o qual restaria vinculado por circunstâncias legais que se apresentem de acordo com as limitações e as possibilidades do contexto. Por exemplo, durante o curso de um procedimento especial de interdição para fins de curatela cível, questões como os limites das restrições ao interditando e de definição do curador encontram-se passíveis de apreciação conveniente e oportuna do julgador, devendo este levar em conta:

a) Reconhecimento da capacidade legal do interditando, afetando-se apenas os atos de natureza negocial e patrimonial e decidindo-se segundo as potencialidades da pessoa e os limites da curatela (art. 1.772, *caput*, Código Civil[16]), devendo ser definidas pelo julgador as razões e motivações da definição de curatela e preservados os interesses do curatelado na espécie (artigos 84 e 85, Lei Federal n. 13.146/2015[17]), observando-se o regime especial do pródigo (art. 1.782, Código Civil) e podendo a curatela ser substituída por "tomada de decisão apoiada" (1.783-A, Código Civil[18]);

---

[16] Lei Federal n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil: Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. Parágrafo Único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

[17] Lei Federal n. 13.146, de 06 de Julho de 2015: Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano. Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

[18] Lei Federal n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil: Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade § 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo

b) A vontade e as preferências do interditando, ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa no caso da escolha do curador (art. 1.772, parágrafo único, Código Civil).

Embora restrito por vezes ao permeável campo da "discricionariedade judicial", Ronald Dworkin (2010, p. 51) fala em dois sentidos "fracos" e um "forte" de discricionariedade. Assevera o jusfilósofo norte-americano que, em todos os casos, o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade *"quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade*" e que seu significado exato "é afetado pelas características do contexto", devendo ser observado *"o pano de fundo de informações que compreendemos, em contraposição ao qual ele é utilizado"* (DWORKIN, 2010, p. 51).

Para Dworkin (2010, p. 51), admite-se assim a existência da discricionariedade como algo ínsito à existência da norma jurídica e à sua prática, mas, tal qual o centro de uma rosca, como um espaço vazio circundado por uma faixa de restrições. Sua configuração dependerá sempre do contexto, *"mas que em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro"*.

Sob tais parâmetros, o primeiro sentido "fraco" de discricionariedade denota os padrões que uma autoridade pública se vale e não aplicáveis

---

de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. § 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo. § 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. § 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. § 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. § 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. § 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. § 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. § 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. § 10º O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria § 11º Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

mecanicamente, exigindo-se a capacidade de julgar. O contexto não é esclarecedor e não permite maiores certezas face à vagueza e dificuldade das ordens a serem executadas. Exemplo desse sentido se apresentaria no caso do sargento a quem o tenente manda levar na patrulha seus cinco homens mais experientes, mas se afiguraria difícil determinar quais seriam os mais experientes (DWORKIN, 2010, p. 52). Trata-se de discricionariedade que provoca a necessidade do juízo ou discernimento pessoal para identificar a resposta jurídica correta quando a textura aberta da norma não permite uma interpretação que seja clara ou inconteste (VERBICARO, 2019, p. 317-318).

No âmbito desse primeiro sentido, identifica-se igualmente a discricionariedade frente às dificuldades epistêmicas para definir quais fatos corresponderiam à realidade, dada a falta de informação para qualificar juridicamente a conduta; a margem de liberdade dada ao julgador ou aplicador centra-se na determinação das escolhas fáticas (fatos relevantes) relativas ao caso (VERBICARO, 2019, p. 318)

O segundo sentido “fraco” de discricionariedade se apresentaria conforme algum funcionário tenha a autoridade para tomada de decisão “irrecorrível”, não podendo ser revista ou cancelada por nenhum outro oficial. O funcionário faz parte de um quadro de hierarquia de servidores, sendo que alguns têm maior autoridade conforme a estrutura estabelecida. Exemplo desse sentido (Dworkin, 2010, p. 52) se apresenta no caso do árbitro da segunda base de beisebol, a quem compete decidir se chegou primeiro à segunda base a bola ou o corredor, não podendo tal decisão ser revista pelo árbitro-chefe. Trata-se tão somente de questão relativa à competência para, em última instância, declarar o conteúdo do Direito, não se identificando dificuldades epistêmicas para a compreensão do Direito ou dos acontecimentos fáticos do caso (VERBICARO, 2019, p. 319).

O sentido “forte” de discricionariedade, onde Dworkin (2010, p. 52) irá centrar parte de sua clássica contestação ao positivismo jurídico – como um todo, mas aqui mirando especialmente o positivismo hermenêutico hartiano – com a exaltação da figura dos princípios denota que um oficial do sistema não se encontra vinculado a critérios de discernimento estabelecidos para ele pela autoridade ou a escolhas fáticas dadas pelo contexto e tampouco que ninguém irá rever aquele exercício do juízo, não havendo padrões a serem seguidos no caso em análise ou

que possam limitar o intérprete autêntico. Trata-se de uma situação de escolha entre cursos de ação diversos e igualmente válidos, não se afigurando *a priori* a possibilidade de uma resposta jurídica unívoca. Exige-se aqui, de todo modo, o uso de critérios de racionalidade e de justiça e mesmo de fatores extrajurídicos (VERBICARO, 2019, p. 319).

Essa noção de discricionariedade "forte", oriunda da concepção positivista hartiana, encontra-se pressuposta, segundo coloca Loiane Prado Verbicaro (2019, p. 319-320), sob duas circunstâncias:

> a) proibição do *non liquet*, isto é, obrigação do julgador de analisar e decidir mesmo ausente a solução jurídica especifica e unívoca; há um dever de julgar, afastando-se quaisquer ideias de permissão, autorização ou faculdade, adotando-se a solução conforme o caso[19];
>
> b) Ausência de uma resposta correta, apresentando-se a situação de existência de várias soluções igualmente válidas e corretas para um mesmo caso, permitindo-se ao julgador escolher dentre as diferentes possibilidades mediante a utilização de fatores extrajurídicos (vide as determinações/influências secundárias acima discriminadas), e a situação de inexistência de uma solução jurídica para uma determinada situação, permitindo-se ao julgador a escolher dentre alternativas igualmente extrajurídicas.

Reconhece-se que, segundo a discricionariedade jurídica neste sentido "forte", (VERBICARO, 2019, p. 320), em estando obrigado a julgar, o juiz não tem como julgar conforme o Direito, vez que não teria como fazê-lo seguindo-se as regras vigentes simplesmente porque não existe uma resposta jurídica unívoca, mesmo que se reconheça *"a existência de limites e restrições conceitualmente*

---

[19] Conforme asseveram Rennan Faria Krüger Thamay e Vanderlei Garcia Júnior (2020, p. 97-98), o dever de julgar se apresenta mesmo no uso da "criatividade judicial. Afinal, é "*nesse ponto que entra a função criativa do juiz, pois, se inexistisse ou não pudéssemos identificar esta criatividade jurisdicional, os chamados hard cases (ou seja, aqueles casos em que ainda não há precedente sobre o tema, devendo o magistrado interpretar a norma e conjecturar, pela primeira vez sobre o assunto, diante do caso concreto que se apresenta) não poderiam ser resolvidos. Inclusive, é justamente porque o Judiciário tem o dever de solucionar todo e qualquer caso que a ele se apresente, incluindo os "casos difíceis", que tem o poder-dever da criatividade judicial concreta. Desta forma, além de interpretar a norma, para depois aplicá-la no caso concreto, a criatividade jurisdicional serve, acima de tudo, justamente para a garantia de efetividade do direito e, em especial, para se evitar o "non liquet".*

delimitadas em um marco de respostas admissíveis dentre as quais o órgão deve efetuar sua eleição".

Nesse sentido, Froehlich (2018, p. 72-73) cita o diálogo contemporâneo sobre o tema, que Dworkin vai sustentar sua tese de rechaço à solução positivista hartiana[20] que, frente à liberdade concedida ao aplicador pela textura aberta da norma, o poder discricionário permite ao julgador ou aplicador autorizado criar "direito novo". Composto que é por regras e princípios e ao contrário da visão positivista do Direito composta apenas pelas primeiras figuras, o sistema jurídico proposto por Dworkin concebe os princípios como padrões a serem aplicados nestes "casos difíceis" (*dubium* conflitivo) que não teriam uma resposta clara ou correta no sistema positivista, relacionando Direito e moralidade. Não há possibilidade de que os juízes possam exercer a discricionariedade "forte", não podem buscar uma decisão para além do direito vigente e aplicar padrões extrajurídicos para resolver o caso. Admitem-se os sentidos "fracos" de discricionariedade, não seu sentido "forte" (VERBICARO, 2019 p. 320-321).

Conforme coloca Charles Andrade Froehlich (2018, p. 73), segundo Dworkin:

> (...) em casos difíceis, haveria uma resposta correta: aquela resposta obtida pela aplicação do princípio com a melhor justificação moral conforme a integridade do sistema jurídico, ou seja, de acordo com um conjunto de princípios e padrões de moralidade, equidade e razoabilidade que, historicamente, sustentam o sistema[21].

---

[20] Conforme coloca Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 28), igualmente percebido por autores continentais oriundos de sistemas romano-germânicos, sendo asseverado que o voluntarismo kelseniano na atividade interpretativa traz em seu bojo a discricionariedade judicial, devidamente objetada por autores como Friedrich Muller nos seguintes termos: *"a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como 'a vontade da norma' deve ser concretamente determinada no caso de um sentido lingüisticamente não unívoco. Por intermédio de uma cadeia de postulados dualistas, os problemas materiais da concretização da norma liminarmente eliminados. Em muitos casos pode-se defender lado a lado várias soluções, não só 'em termos lógicos', mas também em termos material-jurídicos"* (MULLER, 2013, p. 45-46).

[21] Jules L. Coleman e Brian Leiter (2000, p. 321) argumentam que esta linha de pensamento de Dworkin restou relaxada com a publicação de "O Império do Direito" em 1986, compreendendo a prática judicial dentro de uma moralidade política concebida de maneira diferente ao enfatizar os vínculos da comunidade liberal. Nesse ponto, não haveria uma "resposta correta", mas várias respostas corretas a serem disponibilizadas a fim de buscar o Direito em sua melhor concepção da sociedade liberal. Admite-se, portanto, certa indeterminação, mas bem mais restrita que o admitido pela teoria positivista. Vale a citação às seguintes considerações dos referidos autores: *"Em tal descrição não há necessidade de que a decisão judicial resolva-se unicamente em respostas corretas para todas as disputas, e, assim, Dworkin relaxa a restrição. Isso não significa que não*

Tais colocações foram rechaçadas por H.L.A. Hart, cuja teoria centrou-se sobre a indeterminação do Direito, no pós-escrito póstumo de sua *opus magna* (2007, p. 299-339), oportunidade em que reconheceu a questão da prática da discricionariedade judicial como sua maior contenda com Dworkin. Admite a falha de sua teoria ao não se referir explicitamente aos princípios, reconhece sua existência e, embora critique a concepção exposta por Dworkin (2010, p. 52), confirma-lhes a devida juridicidade em tendo o suporte normativo na regra de reconhecimento.

Senão, vejamos:

> (...) a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com os princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designado como "positivismo moderado" e não, como na versão de Dworkin acerca da mesma, positivismo "meramente factual". Em segundo lugar, não há nada no meu livro que sugira que os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de pedigree; podem ser, em vez disso, constrangimentos materiais sobre o conteúdo da legislação, tais como os Décimo-Sexto ou Décimo-Nono Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, respeitantes ao estabelecimento da religião ou às restrições ao direito de voto (HART, 2007, p. 312).

Relativamente à discricionariedade judicial, reafirma Hart que, em qualquer sistema jurídico, há casos não regulados, sendo dever do juiz exercer seu poder discricionário para preencher as lacunas e criar o Direito, apontando as razões gerais para justificar sua decisão de modo a afastar qualquer arbitrariedade. É salutar a referência ao seguinte trecho (2007, p. 336):

---

acredita mais que existam respostas corretas quase o tempo todo. Seu uso contínuo do constructo de Hércules como maneira de fixar respostas certas para disputas jurídicas indica que ainda está muito comprometido com muito mais no sentido da determinação que a maioria dos positivistas. Mas, como sugerimos abaixo, a importância dos juízes aspirarem a agir como Hércules modifica-se no trabalho mais recente; há uma teoria política diferente que motiva Hércules, e não é uma teoria que se baseia em respostas certas. Consequentemente, a reivindicação de determinação não está mais no cerne da teoria jurídica de Dworkin (Note o leitor que estamos oferecendo uma interpretação do desenvolvimento do pensamento de Dworkin: há poucos reconhecimentos explícitos em Dworkin, se é que há algum, indicando que essa é a maneira como vê o desdobramento de seu trabalho)".

> É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízos, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos (sic) que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos.
> Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com suas crenças e valores". Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.

Logo, a existência de princípios não elimina a possibilidade de existência e de identificação da discricionariedade jurídica. Com todo o impacto e sofisticação de sua verve, Dworkin não nega a existência *per se* deste fenômeno, concordando na prática com os argumentos originários hartianos de que a discricionariedade é uma decorrência da maior ou menor indeterminação jurídica decorrente da textura aberta da norma no curso do empreendimento intelectual interpretativos dos aplicadores do Direito; discorda, todavia, de seu modo de resolução, voltando-se em face do sentido "forte" de discricionariedade com seu apelo explícito ao uso de fatores extrajurídicos (determinações/influências secundárias, princípios morais, valores, entre outros), mas aceita a existência dos sentidos "fracos", quando é forçoso reconhecer que não há diferença prática entre os mesmos. A racionalidade lógica empreendida na apreciação dos conflitos jurídicos permanece essencialmente o mesmo, centrando-se na resolução de casos específicos (casos fáceis ou difíceis) e cujo contraste denota específica e fortemente o caráter tecnológico da discussão jurídica, sendo válidas as considerações de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 233):

> A racionalidade do discurso jurídico, desta feita, não se localizaria nem nas soluções visadas (racionalidade dos "fins" da ação"), nem na programação monológica dos meios (racionalidade forma dos instrumentos), mas no tratamento dialógico de alternativas, caso em que temos um discurso que não se estrutura a partir de asserções certas, na forma de regras e exceções, mas a partir de asserções dúbias, que

> permitem apenas uma constância de problemas e uma necessidade de decisões, quando esses problemas constituem conflitos.
> Vale dizer, um discurso que manipula, em princípio, não “formas” (fixas, essenciais) e “matérias” (variáveis, contingentes), nem mesmo “premissas” que ocorrem sempre, como componentes estruturais do decurso do discurso, mas uma correlação funcional de questões e solução de questões.

Há diferença de grau portanto, com presença ou não de maior vinculação, mas não ontológica. A maior ou menor indeterminação jurídica prossegue em sua persistente lembrança e o reconhecimento da existência dos princípios não eliminaria essa dura realidade. Assim colocam Jules L. Coleman e Brian Leiter (2000, p. 326-327):

> O Direito é necessariamente indeterminado simplesmente porque, não importa quão rico seja o conjunto de padrões e operações autorizados, sempre haverá casos que não se classificam em nenhum padrão obrigatório; sempre haverá lacunas. Com certeza, o limite do problema da indeterminação resultante das lacunas será diminuído pelo enriquecimento contínuo do conjunto de padrões e fontes autorizados; ainda assim, não pode ser inteiramente eliminado. Sempre haverá lacunas no Direito.

Urge apresentar a devida resolução ao caso dentro do papel único de estabilização de expectativas mui próprio do Direito. Valhamo-nos aqui das considerações de Humberto Ávila (2019b, p. 68-69):

> A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específico, abstratamente desconsiderados.
> De outro lado, há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é (total e previamente) delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto. Nessas hipóteses o caráter absoluto da regra se perde em favor de um modo mais ou menos de aplicação. O livro eletrônico é um bom exemplo de que somente um complexo processo de ponderação de argumentos a favor e contra sua inclusão no âmbito da regra de imunidade permite decidir pela imunidade relativa a impostos.
> Todas essas considerações demonstram que a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas. Mesmo no caso de regras essas questões não são facilmente solucionadas. “Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado normativo, seja ele um princípio, seja ele uma regra”.

E mais uma vez valendo-nos aqui de H.L.A. Hart (2007, p. 337-338), reforçando a figura da discricionariedade jurídica:

> É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omisso, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito.
> Muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objetivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver. Isto, na verdade, constitui o próprio núcleo da "interpretação construtiva" que assume uma feição tão proeminente na teoria do julgamento de Dworkin.
> Mas embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridade relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado.

É de rigor colocar que carece do valor de verdade uma proposição cuja indeterminação linguística não possa ser juridicamente resolvida; não pode ser, por conseguinte, imputada como correta ou falsa, e não pode, por isso, ser tida como resposta correta ou verdadeira. Não existem fatos objetivos que façam com que a linguagem signifique uma coisa e não outra, não havendo, por conseguinte, nenhum sentido em afirmar que uma norma jurídica pode ser satisfeita e entendida por algumas ações e não por outras; o significado da regra está sempre "esperando para ser capturado" (COLEMAN; LEITER, 2000, p. 328).

De igual maneira, as colocações de Dworkin não afastam a premissa de que, mesmo frente a tal estado de indeterminação, o "ponto de partida" do labor intelectual interpretativo será sempre o dado pelo enunciado textual legislado e pelas regras e princípios a serem extraídos do mesmo. Mesmo o recurso a fatores extrajurídicos deve ser autorizado conforme o resultado extraído do manejo deste material. Nesse ponto, são oportunas as colocações de John Hart Ely (2010, p. 16):

> É verdade que o interpretacionismo parece ter a virtude substancial de se adaptar melhor à nossa noção comum de como o Direito funciona: se a

> tarefa do juiz é aplicar a Constituição, então é a Constituição que ele deve aplicar, e não a solução que lhe parecer melhor naquele momento. Colocada dessa maneira, essa conclusão é incontestável; porém, não passa de um truísmo, e, se a aceitação disso fosse a única coisa necessária para fazer de alguém um interpretacionista, nenhuma pessoa em sã consciência poderia adotar uma posição diferente. Mas o debate sobre o interpretacionismo não é a discussão sobre a verdade de uma tautologia, pois o interpretacionismo envolve outra tese, segundo a qual "aplicar a Constituição" necessariamente significa partir dessas premissas que estão explícitas ou claramente implícitas no documento em si.

Inevitavelmente, em reconhecendo-se que a plenitude do ordenamento jurídico apresenta-se mais como um dogma e um objetivo desejável de alcance do que propriamente uma realidade inconteste, parecendo-se mais com a imagem de um "queijo-bola" do que de um objeto sem fissuras ou brechas, não sendo possível deixar de constatar "vazios" ou ""buracos" em seu interior (SGARBI, 2013, p. 140), deve-se valer então o ordenamento jurídico de seus métodos de integração (preenchimento) do Direito ou de colmatação das lacunas:

> A heterointegração, que estabelece: a) o recurso a ordenamentos diversos como: a utilização de preceitos do direito natural; o envio da questão a ordenamentos jurídicos anteriores ou mesmo a ordenamentos jurídicos contemporâneos; b) o recurso a outras fontes, como o costume jurídico, o poder criativo do juiz ou a doutrina.
> A autointegração, que se refere: a) ao emprego da analogia, procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina dada a um caso regulamentado semelhante; à utilização dos princípios gerais do direito (VERBICARO, 2019, p. 324).

No seio do ordenamento jurídico brasileiro e seguindo-se o que é comumente adotado em ordenamentos orientados ideologicamente à primazia do texto na aplicação do Direito, encontra-se estabelecido o rol de mecanismos de suprimento de lacunas. É de rigor aqui a citação ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[22], pelo qual são elencados como mecanismos: a) analogia; b) costumes jurídicos; e c) princípios gerais do Direito, asseverando-se que a utilização destes instrumentos deve ser efetuada de modo estritamente subsidiário e quando o manejo das normas integrantes do ordenamento (regras, princípios e postulados) reste absolutamente inservível.

[22] Decreto-lei n. 4.657, de 04 de Setembro de 1942: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Por outro lado, os conflitos entre normas encontram sua própria lógica seja pela estrutura do ordenamento, seja pela própria previsão legal de solução do conflito normativo. Nesse ponto, no que se refere às regras, classicamente podem ser identificadas como antinomias normativas (BOBBIO, 2010, p. 231-270; VERBICARO, 2019, p. 326):

> 1) Antinomias solúveis ou aparentes, passíveis de resolução por critérios simples e largamente conhecidos, quais sejam: a) cronológico (lei posterior revoga a anterior)[23]; b) hierárquico (lei superior e com o devido peso autoritativo supera a inferior); c) especialidade (lei especial e com o detalhamento mais apropriado da matéria supera a lei geral).
> 2) Antinomias reais ou insolúveis, as quais ocorrem em dois momentos: a) inaplicabilidade dos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade; e b) conflito entre critérios para a solução de antinomias.

Diante dos casos acima – entendidos classicamente como conflitos normativos entre regras – frente à estrutura de vagueza característica tanto das regras quanto dos princípios e considerando as condicionantes estabelecidas pelos postulados normativos, o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se positivado por meio do artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil[24] pelo qual elege como solução de conflitos entre normas (abrangendo aqui regras e princípios) o uso da técnica de ponderação, devendo ser esta compreendida como operação de manejo

---

[23] Vide sua regulamentação pelo artigo 12 da Lei Complementar Federal n. 95, de 26 de Fevereiro de 1998, *in verbis*: Art. 12. A alteração da lei será feita:
I - mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável;
II – mediante revogação parcial;
III - nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: a) revogado; b) é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração de artigos e de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10, devendo ser utilizado o mesmo número do artigo ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos; c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão 'revogado', 'vetado', 'declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal', ou 'execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal; d) é admissível a reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo, identificando-se o artigo assim modificado por alteração de redação, supressão ou acréscimo com as letras 'NR' maiúsculas, entre parênteses, uma única vez ao seu final, obedecidas, quando for o caso, as prescrições da alínea "c". Parágrafo Único. O termo 'dispositivo' mencionado nesta Lei refere-se a artigos, parágrafos, incisos, alíneas ou itens.

[24] Lei Federal n. 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. Art. 489. (*omissis*). § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

das razões ínsitas a cada espécie normativa, conforme a rigidez (caso das regras) ou a flexibilidade (caso dos princípios) permita. Conforme coloca Humberto Ávila (2019b, p. 81):

> A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.

A dimensão de peso não é algo ínsito à norma. Esta, por conta da estrutura vaga decorrente da textura aberta, propicia o manejo de razões as quais são efetivamente sopesadas no momento de sua aplicação: quanto maior a densidade ou menor a densidade normativa propiciados pelo texto legal, é que se identificará a maior ou menor liberdade (discricionariedade) do julgador, que deverá justificar racional e fundamentadamente o porquê da solução adotada. Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2019, p. 395) apresentam os seguintes comentários ao acima citado dispositivo legal:

> (...) o importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre o outro. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, por que se trata de exceção – e não, por exemplo, de revogação; no caso do princípio, por que o caso concreto exige e aplicação de um, e não de outro.

Nesse ponto, Matthias Klatt (2017, p. 58-59) coloca que, frente a este entendimento de aplicabilidade junto a regras e a princípios, pode-se identificar a ponderação como uma espécie de atividade interpretativa subsuntiva, vez que igualmente destinada a aplicar os enunciados normativos, mas imbuído de argumentos objetivo-teleológicos, buscando a dimensão ideal do Direito por meio de estados finalísticos estabelecidos como é próprio dos princípios jurídicos.

Conforme observa Martin Borowski (2017, p. 182), se todas as regras e princípios relevantes e todos os fatos relevantes forem levados em conta, o resultado será uma norma completamente concretizada. Em verificando-se que determinado caso ou conflito é passível ou não da incidência no campo aplicativo de determinada regra ou princípio, ter-se-á uma operação subsuntiva da respectiva regra ou princípio (SGARBI, 2013, p. 163).

Conforme coloca mais uma vez Matthias Klatt (2017, p. 13-41):

> Temos que distinguir entre dois diferentes tipos de subsunção. O primeiro tipo pode ser chamado de “subsunção livre de ponderação”. Nele se aplica uma regra, cuja validade possa ser estabelecida com base apenas na emissão autoritativa e eficácia social. Nenhum aspecto da dimensão ideal é necessário, razões autoritativas e institucionais são suficientes para justificar a decisão jurídica. Incontáveis casos fáceis são decididos diariamente com o auxílio da subsunção livre de ponderação.
> O segundo tipo de subsunção é a “subsunção dependente de ponderação”. Ela necessariamente inclui elementos da dimensão ideal, principalmente na forma de argumentos objetivo teleológicos.

À luz das considerações acima externadas, as discussões travadas em torno do sentido forte de discricionariedade não permitem concluir acerca de ampla, insindicável e irresponsável concessão de plenos poderes interpretativos aos oficiais do sistema e intérpretes autorizados, em um “vale-tudo” interpretativo alheio a procedimentos vinculantes e critérios limitadores de julgamento. Reconhecer-se a discricionariedade é simplesmente um dado da realidade estabelecido normativamente, mas não se afigura como “carta branca” para arbitrariedades, sendo válidas as colocações de Loiane Prado Verbicaro (2019, p. 388):

> Há uma clara diferença entre a discricionariedade, ainda que em sentido forte, atividade que deve ser conformada por critérios normativos, por mais elásticos que sejam e por mais que permitam uma forte participação do intérprete judicial na escolha entre alternativas distintas, e a inventividade nos moldes da teoria do vale-tudo interpretativo, que acena ao ceticismo, ao decisionismo e à arbitrariedade, essas sim, características antitéticas à ideia de Estado de Direito.

A discricionariedade jurídica, portanto, é um fato intermitente da prática dos aplicadores do Direito. Não nos cabe aqui negar-lhe a existência, mas estabelecer seus limites. Como instrumento diário à disposição dos oficiais do sistema cuja autoridade lhes foi outorgada pelo ordenamento e dentro dos limites e contingências estabelecidos pelo planejamento jurídico, é de rigor dar-lhe o devido reconhecimento dogmático, de modo a permitir o controle e sindicabilidade por meio das legítimas críticas e impugnações formais pelos demais agentes do sistema e pela sociedade que lhe é destinatária.

2.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

O presente capítulo objetivou traçar um panorama teórico do tema da discricionariedade jurídica, entendida aqui com um gênero a partir do qual podem ser compreendidos fenômenos estudados na seara do direito constitucional e público-administrativo, do direito processual civil e da teoria da interpretação. Pretendeu-se este capítulo propositalmente genérico e desvinculado das peculiaridades e idiossincrasias próprias a estas áreas da dogmática jurídica analítica.

Nesse ponto, a primeira constatação a tomar é que a discricionariedade é um fenômeno jurídico. Em tendo sido identificados os fatores extrajurídicos (histórico-políticos e filosóficos) que empoderaram previamente os agentes do sistema aplicadores do direito conforme a dinâmica do planejamento social que levou à institucionalização e juridificação da sociedade, estabeleceu-se de antemão sua liberdade interpretativa inescapável frente ao caráter indeterminado das normas jurídicas. A extensão desta liberdade, podendo alcançar até mesmo sentidos não imediatamente abarcáveis pela textura aberta do texto normativo, denota a discricionariedade jurídica em seus diversos aspectos e sentidos.

Essa “liberdade” pode variar em natureza, grau e objeto, mas atinge uniformemente todos os oficiais do sistema (legisladores, gestores públicos, julgadores, aplicadores autorizados do sistema), não havendo diferença ontológica entre os modos de proceder, de compreender e de materializar o juízo discricionário que exercem junto aos mais variados conflitos jurídico-sociais por parte desses agentes no exercício de seus papeis institucionais. Salvo as peculiaridades inerentes a suas atividades e responsabilidades, não há diferença insofismável entre as considerações expendidas por um julgador, por um gestor público, por um legislador e pelos demais agentes do sistema frente a situações desde as meramente obscuras até as completamente fora de qualquer previsão legislativa imediata.

De igual maneira, a discricionariedade jurídica é um fenômeno remanescente e persistente mesmo junto às discussões travadas na teoria da intepretação quanto a “respostas corretas” buscadas no seio do ordenamento/sistema mediante o manejo de regras e de princípios conforme preconizado por Ronald Dworkin, o qual invocou modos de suprir a discricionariedade jurídica, mas não a negou em si. Em havendo ou não respostas

corretas a todos os casos jurídicos, sempre serão exigidas por conta de uma prévia necessidade de suprimento da incerteza e vagueza do Direito.

Assim como é um fato próprio da prática jurídica, a indeterminação da norma que outorga primeiramente a liberdade interpretativa e, conforme sua extensão e profundidade, permite a discricionariedade, oferece de igual maneira os instrumentos para autocorreção e suprimento. Como fenômeno jurídico, a discricionariedade deverá ser suprida pelos critérios, limites e instrumentos postos pela dogmática que a origina.

CAPÍTULO III – LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA

3.1 LIMITES SUBSTANCIAIS E PROCEDIMENTAIS

Reconhecida, portanto, a discricionariedade jurídica como algo inerente à própria estrutura da norma, decorrente que é de seu empreendimento interpretativo, a indeterminação é algo inevitável da linguagem do texto, sendo que a amplitude e profundidade dessa incerteza, abstraindo-se o núcleo duro desde logo presente, é que permite o espaço de extensa subjetividade pelos oficiais do sistema, de modo que lhes seja reconhecida a legitimidade para apreciar e decidir os casos efetivamente não previstos pela construção da norma.

O enunciado normativo é fruto de um processo intelectual interpretativo que "dá vida" ao texto legal, cujo desenrolar pressupõe uma circularidade comunicativa e cujos resultados são incertos, meras conjecturas e expectativas, não obstante estejam fixadas a partir das delimitações dos termos linguísticos. Mesmo com tal incerteza decorrente da ambiguidade/vagueza dos textos legais, a concretização da atividade interpretativa impõe-se frente aos imperativos de levar a cabo os ditames do planejamento social que levou à complexificação jurídica. Ao aplicar a norma, o oficial do sistema fica responsável por proclamar o sentido da norma e gerar o enunciado normativo (LIMA; BÔAS FILHO, 2018, p. 62).

Interpretação *per se* não significa discricionariedade; está pode e deve ser tida como algo a mais, abrangendo os casos decorrentes das lacunas do Direito cujo suprimento não se afigurou possível pelos instrumentos tecnológicos propiciados pela dogmática jurídica. Conforme coloca Riccardo Guastini (2005, p. 26-27):

> (...) o discurso do intérprete é evidentemente assimilável ao discurso do tradutor. Mais precisamente: a interpretação e a tradução são congêneres. Tanto a interpretação quanto a tradução, de fato, não passam de reformulações de textos. "Traduzir" significa reformular um texto numa língua diferente daquela na qual este é formulado. "Interpretar" significa reformular um texto, não importa se na mesma língua em que é formulado (como de regra acontece) ou numa língua diferente. Em direito, a interpretação é reformulação dos textos normativos das fontes.
> Destarte, como a tradução consiste no produzir um enunciado numa certa língua, que o tradutor assume ser sinônimo de um enunciado diverso em outra língua, assim na interpretação jurídica, o intérprete produz um enunciado pertencente à sua linguagem que ele assume ser sinônimo de um enunciado distinto pertencente à linguagem das fontes.

No que é complementado por Adrian Sgarbi (2013, p. 56-57):

> Em síntese, enquanto os textos normativos (materiais jurídicos escritos) são “produtos do legislador”, as normas são “elaborações dos intérpretes” e, em particular, dos juízes. Daí que não se interpreta normas, mas se as aplica, demais de que não se aplicam os textos jurídicos, mas se os interpreta. Conclui-se, desse modo, que, da parte dos intérpretes, os textos normativos encontram-se intocáveis sintaticamente já que a modificação textual apenas pode ser processada pelos agentes competentes para a produção normativa (os “legisladores”).

Trata-se, portanto, de fenômeno a ser compreendido de forma contingente e circunstancial decorrente do atividade intelectual interpretativa que resulta na norma jurídica a ser aplicada na espécie (regras, princípios e postulados normativos), vez que ontológico à estrutura da fonte normativa primária, sendo que eventuais limites à sua incidência, reconhecimento e aplicabilidade devem ser buscados além dos estreitos limites semânticos do texto destas fontes (leis, regulamentos, etc.). O verdadeiro problema não é o da clara oposição entre os conceitos de interpretação e de criação do Direito, mas do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito por obra de seus intérpretes autênticos (CAPPELLETTI, 1999, p. 21).

Deixar tal ônus à própria postura do intérprete/aplicador/oficial do sistema é conceder demasiada confiança ao mesmo por parte do planejamento jurídico, olvidando a falibilidade da natureza e da experiência humanas. Não há limites ontológicos à discricionariedade jurídica, salvo os estritamente semânticos decorrentes do texto; estes são necessariamente externos e devem ser buscados pela análise do conjunto institucional do ordenamento jurídico sob os parâmetros do planejamento social que o originou e lhe rege a dinâmica, seguindo-se os critérios e técnicas oriundos da teoria do Direito.

Conforme coloca Mauro Cappelletti (1999, p. 23-24):

> De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem dar no mesmo, de um elemento da discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação da total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou

> estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto, processuais quanto substanciais.

Nesse ponto, este trabalho se propõe a uma adesão parcial às colocações do mestre processualista italiano. Suas assertivas acerca dos limites substanciais e processuais da atividade de aplicação do Direito pelos julgadores (similarmente aplicáveis ao aplicador/intérprete e oficial do sistema) permitem a adesão deste estudo relativamente à concepção de tais limites como constrangimentos institucionais dogmáticos impostos pelo próprio sistema à atividade de criação do direito porventura exercida. Trata-se de imposições estabelecidas ao intérprete e das quais este não se pode imiscuir, sob pena de configurar arbitrariedade e inconstitucionalidade (caso de gestores públicos, intérpretes autorizados, mesmo legisladores) e de ativismo judicial substantivo generalizado na seara de megapolítica ou "juristocracia" (caso de julgadores).

A concepção de limites a ser exposta vai ao encontro do que John Rawls coloca como "justiça procedimental imperfeita" (2008, p. 104): ainda que haja um critério independente para definir o resultado correto, não há um procedimento exequível que leve a ela infalivelmente, não há um procedimento que garanta o resultado de forma inequívoca, sendo razoável esperar que arranjos distintos, em circunstâncias diversas, possam levar aos resultados certos, não sempre, mas pelo menos na maioria dos casos, sempre subsistindo o risco de erro judiciário[25].

Exemplo de justiça procedimental imperfeita se apresenta pelo processo penal: o resultado desejado é a absolvição de inocentes e a condenação de culpados se, e somente se, tiverem cometido os crimes de que são acusados, estando o processo estruturado para procurar e estabelecer a verdade a esse respeito, o que todavia nem sempre ocorre. Frente ao reconhecimento desta realidade, que se aspire à redução dos riscos de que tais erros ocorram e que se

[25] Assevere-se que Rawls (2008, p. 104-105) considera que uma concepção de "justiça procedimental perfeita ou pura" verifica-se quando não há um critério independente para o resultado correto, isto é, quando existe um procedimento correto ou justo que leva a um resultado também correto ou justo, seja ele qual for, desde que se tenha aplicado corretamente o procedimento. Ilustra seus argumentos com o jogo: se um grupo de pessoas faz uma série de apostas justas, a distribuição do dinheiro após a última aposta é justa ou, pelo menos, não é injusta, seja qual for essa distribuição. Um processo equitativo só traduziria sua equidade no resultado quando é realmente levado a cabo.

delimite adequadamente o espaço de liberdade adjudicatória do aplicador do Direito mediante o reconhecimento dos devidos limites.

Sob tais parâmetros, os limites substanciais se configurariam pela natureza da discricionariedade judicial, a qual diferiria da atividade intelectual exercida por agentes dos demais poderes estatais; o juiz não exerceria seu grau de criatividade e de criação do Direito valendo-se dos mesmo critérios e considerações externados por legisladores e gestores públicos.

Por seu turno, os limites procedimentais se apresentariam por meio da natureza do processo judicial, impondo ao julgador limitações desconhecidas aos demais poderes públicos; a observância de regras específicas (“virtudes passivas”) do processo judicial – quais sejam, atuação somente provocada pelas partes e de forma imparcial, possibilidade de contraditório, resposta em tempo razoável, dentre outros – denotaria o caráter peculiar da atividade jurisdicional que a separaria das atividades de legisladores e de administradores públicos.

Neste trabalho, divergindo apenas em algumas das questões colocadas pelo mestre italiano e considerando o caráter mais genérico do objeto desta investigação, permitir-se-á uma descrição melhor pormenorizada no caso dos limites substanciais, valorizando o caráter externo e institucional dos limites impostos e que não se confundem com a natureza da atividade intelectual empreendida, sendo identificados aqui pelo dever de segurança jurídica a nortear a postura dos oficiais do sistema e pelo regime de economia de confiança que lhes estabelece o grau de liberdade.

No caso dos limites procedimentais, serão identificados segundo a concepção de processualidade pela qual se entende hodiernamente a dinâmica das atividades estatais como um todo, não apenas restrita à atividade judicial, identificando-se como tais a garantia fundamental do devido processo legal e o dever de motivação das decisões público-jurídicas. Afigura-se uma formulação mais consentânea com o reconhecimento deste trabalho acerca da discricionariedade como um traço recorrente da teoria e prática do Direito.

3.2 DEVER DE SEGURANÇA JURÍDICA

Conforme já foi dito no início desta exposição, o Direito aspira à determinação e à certeza. Não se trata aqui apenas de princípio, valor ou de espécie normativa cuja nomenclatura ou pureza técnicas sempre se encontram passíveis de questionamentos, mas de autêntico truísmo pelo qual se devem nortear os agentes do sistema. De modo que preserve sua efetividade, eficiência e sua autoridade social e eficacial, o discurso jurídico que se alimenta e se extrai do manejo das normas jurídicas e da compreensão sistemática do ordenamento jurídico, posto que não necessariamente apático e conformista, deve pautar-se por previsibilidade. Como autoproclamado fator de estabilidade dos conflitos humanos, o Direito deve ser previsível.

Explique-se melhor: os discursos jurídicos, como práticas sociais, não se apresentam como instâncias autárquicas e superpostas aos acontecimentos humanos, mas como produtos de seu contexto, o qual delimita e conforma o processamento de qualquer ocorrência linguística (SGARBI, 2013, p. 328). O discurso jurídico é produto, portanto, do campo profissional e tecnológico que lhe é próprio – o campo jurídico – e composto de material de trabalho (signos linguísticos dos textos normativos, precedentes judiciários e administrativos, doutrina especializada), posturas (*v.g.*, costumes) e instrumentais e técnicas peculiares (*v.g.*, métodos de aplicação do direito, técnicas interpretativas e integrativas em geral) proporcionalmente distribuídos a seus agentes participantes (conforme os papeis atinentes a cada um) e uniformemente destinados a reger a sociedade que os estipulou.

Através de suas regras processuais e materiais, o Direito distribui os atos de fala entre seus agentes, os quais, ao mesmo tempo que neutraliza certas questões, pondo-as “fora” do âmbito do discutido, mediante operações intelectuais que podem ser tomadas como “presunções absolutas” ou “presunções relativas” além de “ficções” necessárias à tecnologia jurídica. Desde logo retirando do campo jurídico tudo o que não concerne à sua “técnica”, o Direito estabelece uma distribuição de possibilidades de fala no movimento de debates direcionado à solução da causa e do conflito. Regula-se tanto a “oportunidade de fala” (o papel e as atribuições dos agentes do sistema) quanto “o que é falado”, ou seja, a matéria propriamente jurídica (SGARBI, 2013, p. 329). Tudo em busca da tomada de decisão jurídica.

Nesse ponto, é válida a referência às seguintes colocações de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 100) acerca do sentido que se deve buscar da relação dialógica acima discriminada:

> Sob o ponto de vista da situação comunicativa discursiva, diríamos que se trata de uma relação entre diversos partícipes, cujo sentido é a busca de uma decisão, de acordo com certas regras. Essa concepção, em que pese a sua extrema generalidade, nos ajuda, inicialmente, a identificar os componentes básicos da situação discursiva, orador e ouvinte e objeto do discurso. Quanto aos primeiros, distinguimos, em princípio, entre aqueles que decidem – emissores – e aqueles que são os destinatários da decisão (receptores). Os emissores não são, necessariamente, os juízes, mas todos aqueles que devem encontrar a decisão. Os receptores, por sua vez, são os que devem *tomá-la* como premissa de seu próprio comportamento. Sendo alvo do discurso a decisão, o seu objeto é dialógico – *dubium* –, de discussão-contra – conflitivo.

A dinâmica e desenvolvimento do campo jurídico propicia a inserção dos agentes na compreensão dos instrumentais do sistema, “aceitando” sua participação não apenas porque vivem e realizam a “gramática de campo” especializada própria do discurso jurídico, mas porque vivem e materializam o “ponto de vista interno” (na terminologia de H.L.A. Hart) do Direito, cujo caráter autoritativo se reflete na própria autoridade da atuação dos agentes e oficiais do sistema: advogados públicos e privados têm legitimidade social e capacidade legal postulatórias para exercerem representações processuais de particulares e de entes estatais; representantes do Ministério Público, para atuarem em nome da sociedade perante a jurisdição criminal e coletiva e em determinados interesses jurídicos com capacidade postulatória ordinária; defensores públicos, árbitros, mediadores e conciliadores podem celebrar atos e negócios jurídicos sem intermediação e junto a determinados grupos sociais; juízes têm o atributo de proferir a “palavra final” acerca de todos os conflitos jurídicos. Todos detêm a autoridade do Direito para atuar e falar em nome do campo jurídico frente à sociedade que lhe é destinatária.

Conforme coloca H.L.A. Hart acerca da noção de ponto de vista interno (2007, p. 151):

> Não se pode pôr em dúvida que, em qualquer caso, em relação a certos domínios da conduta num Estado moderno, os indivíduos efetivamente mostram toda a série de condutas e atitudes que designámos como o ponto de vista interno. O direito funciona na vida deles, não meramente

> como hábitos ou como base de predição de decisões dos tribunais ou de ações de outras autoridades, mas como padrões jurídicos de comportamento aceites. Quer dizer, não só fazem com regularidade tolerável o que o direito lhes exige, mas encaram-no como um padrão de conduta jurídico, referem-se a ele quando criticam os outros ou quando justificam exigências e quando admitem as críticas e exigências feitas por outros. Ao utilizarem as regras jurídicas desta forma normativa, supõem sem dúvida que os tribunais e outras autoridades continuarão a decidir e a comportar-se de certos modos regulares e, por isso, previsíveis, de harmonia com as regras do sistema; mas é seguramente um facto observável da vida social, que os indivíduos não se limitam ao ponto de vista externo, anotando e prevendo as decisões dos tribunais ou a incidência provável de sanções. Ao contrário, exprimem continuadamente em termos normativos a sua aceitação compartilhada do direito como um guia de conduta.

O ponto de vista interno não se traduz apenas em aceitação compartilhada e outorga de autoridade. Ao compartilhar um campo e gramáticas comuns e conforme os papeis que lhes são atribuídos, vivendo e materializando a dinâmica acima delineada com a regularidade devida, mediante os instrumentais ordinariamente manejados e retirando do discurso os objetos não abarcados por seu uso, o Direito permite o estabelecimento de uma cultura própria conformadora de justas expectativas acerca do modo como se dirimirão os conflitos jurídico-sociais não apenas por parte dos agentes do sistema, mas igualmente pela sociedade que lhe é destinatária. A determinação e certeza não são aspirações e truísmos do Direito, são expectativas naturais do discurso extraído de seu campo.

Resume assim Adrian Sgarbi acerca da previsibilidade da concepção e dinâmica do campo jurídico (2013, p. 329):

> O campo jurídico, como espaço especializado, possui uma “gramática”. Esta “gramática do campo” se resume no conjunto de elementos que são rotineiramente manejados com vistas à afirmação de um sentido de modo embasado. Exatamente porque se supõe ser esta uma prática racional, quanto mais elementos dessa gramática se tiver a favor do sentido defendido, tanto maior serão as chances de se vencer a causa quando esta for a especificidade do discurso em jogo. Isto é, nos discursos deduzidos em juízo se se responde aos argumentos firmados pela parte contrária a contento, se se estrutura certa interpretação devidamente calçada com o “reforço” da doutrina, jurisprudência elementos factuais, quanto mais recursos de combate às falácias se tiver etc., tanto maior será a chance de obter êxito no quanto se afirmar como solução a ser adotada pelo juiz.

No que é complementado por Ricardo Rocha Viola (2016, p. 181-182), ressaltando o peso que se extrai da cultura formada a partir do campo jurídico sobre

o ponto de vista interno dos agentes do sistema e sobre a sociedade destinatária de suas deliberações:

> O homem deve agir por ter de agir e pronto. Mas este agir incondicionado não é impensado, irrefletido, senão não seria racional, mas sim instintivo, como nos animais irracionais. Inevitavelmente, há na base de qualquer pensamento humano, e, portanto, na base de qualquer raciocínio, uma justificação, que repousa na ideia de que está possa adquirir o valor de lei universal, isto é, ser adotada para os demais casos similares por outras pessoas em iguais condições, inclusive aquele que está decidindo.
>
> (...) exatamente esta noção a que subjaz à noção de universalidade pois, o julgador ao decidir incondicionalmente, é dizer, sem levar em conta suas inclinações pessoais e tendo em mira que sua decisão, considerada em seus fundamentos, poderá servir como modelo decisional em outros casos similares.

Friedrich Müller (2013, p. 195) denominada este ambiente como o "programa da norma", abrangendo todas as determinantes da concretização das leis tidas como legítimas, desde as técnicas gerais de interpretação e de aplicação do Direito até as figuras interpretativas e integrativas específicas das grandes áreas do direito penal, do direito civil, da história do direito e do direito comparado, identificando-se empírica e casuisticamente a área da norma pela qual pode ser sindicável, censurável e legitimada; o programa da norma destaca, da totalidade dos dados efetivos atingidos por uma prescrição jurídica, os momentos relevantes para a tomada da decisão jurídica mediante a adoção de uma diretiva orientadora, bem como estabelece os critérios de relevância e com caráter de obrigatoriedade para a tomada da decisão, seja mediante indagação, seja mediante ponderação. Por meio do programa da norma, fica estabelecido e delimitado o legítimo campo de trabalho de demandar, analisar, decidir e impugnar dos agentes do sistema.

Oportuno transcrever as seguintes colocações (MÜLLER, 2013, p. 196):

> Abstraindo-se aqui de casos-limite, o programa da norma, que permite avaliar a relevância de dados empíricos a partir da área da norma da prescrição, não é nem unívoco nem absolutamente vago. Muito pelo contrário, ele indica espaços de ação metodicamente dominâveis, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado. Que o ponto de referência legitimante das decisões jurídicas, a norma jurídica, não é idêntico com a sua expressão verbal, quer dizer, com o texto da norma, que formula juntamente com os recursos interpretativos auxiliares o programa da norma, se descobre como uma experiência prática irrefutável numa indagação que parte do modo efetivo de trabalho e de atuação da atividade jurídica, em vez de partir de um ponto abstrato, à maneira das "ciências humanas".

Mesmo em sociedades cada vez mais plurais e complexas, gerando uma gama de conflitos em suas mais variadas possibilidades, as “justas expectativas” acerca dos resultados da dinâmica do campo jurídico propicia a “institucionalização” das expectativas sociais, mas não impede conflitos ou desapontamentos; apenas os civiliza. Para Suelen da Silva Webber (2017, p. 277-278) as expectativas institucionalizadas são mais estáveis, permitindo certa margem de confiança aos conflitantes envolvidos, o que se afigura suficiente para que continuem interagindo nas comunicações sociais. A pacificação social não advém apenas de consenso, mas da aceitação da derrota naquela disputa mediante critérios previamente estabelecidos pelas instituições com as quais aceitou dialogar e submeter-se.

Conforme assevera Suelen da Silva Webber (2017, p. 278-279):

> Quando se tem uma expectativa normativa, e quando ocorre a institucionalização (que aqui se propõe na figura do advogado), dificilmente um descontentamento irá comunicar no sistema. A parte já foi previamente avisada, e um comportamento assim, denota apenas uma teimosia resistida. O que ele precisa fazer neste caso não é o sistema encontrar uma forma de canalizar o seu descontentamento, que foi previamente e legitimamente expectado, mas mudar o seu comportamento, o que vai exigir aprendizagem.
> (...) quer dizer, que, aqueles que têm expectativas contrárias ao que foi institucionalizado, têm contra si o desapontamento eminente causado por sua própria teimosia. Assim, a função da institucionalização não é a de preparar para o consenso entre os envolvidos, mas uma forma de preparar os envolvidos para possíveis desapontamentos. Observando esta descrição, nos parece bem plausível que um dos agentes institucionalizadores possa ser pensado na figura do advogado, pois é ele quem, atualmente, faz este filtro prévio. O que o advogado faz com as expectativas das pessoas é justamente o que foi acima descrito, e este é um modo de canalizar os descontentamentos.

No que é complementada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 114-115):

> Na verdade, o discurso judicial, ao institucionalizar conflitos, não apenas permite expectativas permanentes de teor positivo, mas também decepções permanentes, no sentido de que ele, sem impedir as decepções, as torna “difusas”, na forma de ressentimentos generalizados, que não podem ser institucionalizados. Nesses termos, o discurso judicial não pretende conduzir as partes, incondicionalmente, a um consenso real, a uma harmonia sobre o Direito e o não Direito, mas criar condições para que as partes possam suportar a pressão social, obrigando-as a discutir

> outras questões que não as “formais” de Direito, especializando, assim, a sua insatisfação.

A segurança jurídica, como expectativa de determinada forma de solução de casos (tutela jurídica), é algo simplesmente ínsito à própria razão de existir do Direito. Por um lado, a exigência de disposições claras e precisas aplica-se sobretudo às normas jurídicas, as quais autorizam as decisões que afetam as liberdades dos cidadãos; por outro, as decisões precisam ser previsíveis de modo a permitir sua sindicabilidade e controlabilidade pelos cidadãos (ZIPPELIUS, 2016, p. 447). A segurança é uma necessidade humana traduzida em exigência de certeza relacional entre indivíduo e Estado, fazendo com que o Direito seja respeitado e obedecido pelos funcionários do governo e pelos administrados, cidadãos e habitantes em geral (DROMI, 2007, p. 206-207).

Sob tais parâmetros, os atos estatais, seja mediante espécies normativas legislativas, seja mediante decisões jurídicas, ambos dotados de caráter autoritativo pela supremacia do interesse público e pela presunção de legitimidade de que gozam os atos estatais, de modo a conquistar a confiança dos cidadãos, devem apresentar-se como precisos, claros e previsíveis dentro da dinâmica do planejamento social que os concebeu e institucionalizou, permitindo a sindicabilidade por parte da sociedade que lhe é destinatária.

Conforme coloca Rafael Valim (2010, p. 112-113):

> Portanto, se somarmos estes princípios – que presidem o exercício de todas as funções públicas – à presunção de legitimidade dos atos estatais, resulta que o administrado é invariavelmente levado a supor que os atos estatais estão em conformidade com a ordem jurídica e que as expectativas geradas pelo Estado são seguras e dignas de crédito. Donde, neste contexto, não só o administrado pode como deve confiar na ação do Estado.
> (...) a confiança legítima ampara a confiança do indivíduo de boa-fé na ação do Estado, a qual pode se traduzir em um direito subjetivo invalidamente constituído ou em uma mera expectativa de direito legítima gerada pelo Estado.

Bem como pelas considerações de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 174), embora mais restrito à seara do direito público-administrativo:

> Uma vez expedido o ato administrativo, o particular tem o direito de supor regulares os comportamentos que pratique na conformidade dele. Em outras palavras: o administrado que atua em consonância com um ato administrativo – pelo menos se este tiver aparência de regularidade – está

> respaldado pelo ato, escorado nele. Donde quem atuou arrimado neles tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar."
> Com efeito, por força da presunção de legitimidade do ato, o administrado pode, sem receios, afiançado por uma declaração da Administração Pública, desenvolver as atividades que o Poder Estatal afirmou serem exercitáveis legitimamente.

Vejam-se, por fim, as considerações de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 257):

> Estes dois princípios - segurança jurídica e proteção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.
> A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante 'qualquer ato' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judicial.

Conforme coloca Roberto Dromi (2007, p. 206), a concretização da segurança jurídica em âmbito administrativo compõe-se do seguintes elementos: 1) certeza relacional; 2) estabilidade dos parâmetros jurídicos; 3) perduração política; 4) previsibilidade fáctica; 5) possibilidade de reconhecimento positivo; 6) independência judicial; 7) convivência regulada constante; 8) repreensibilidade social; 9) devido processo; e 10) equivalência prestacional.

Por seu turno, Coleman e Leiter (2000, p. 364) destacam que os processos de tomada de decisões jurídicas têm como objetivos forjar decisões conciliatórias no curso de interesses conflitantes, além de estabelecer regras básicas sobre as quais os cidadãos com teorias ou concepções políticas abrangentes possam concordar. A tomada de decisões que consubstanciam a tutela jurídica não precisa ser necessária e desejavelmente correta, mas, em realizando-se como meios de resolução de disputas de forma justa e imparcial e mesmo que equivocadas, necessita ser previsível. Ninguém deverá ser tomado de surpresa pela invocação

de um direito ou de uma obrigação que não poderiam ser antecipadamente previstos. A surpresa é extremamente repugnante à ideia do Estado Democrático de Direito (NOJIRI, 1999, p. 110).

Coloca nesses termos Humberto Ávila (2019c, p. 623):

> Quando se afirmar que a segurança jurídica depende da eficácia não se está sustentando que só há previsibilidade quando houver eficácia social, isto é, quando as consequências previstas forem efetivamente aplicadas. Isso porque, se o indivíduo tiver a informação antecipada de que determinadas normas não são regularmente aplicadas pelos órgãos decisores e, portanto, determinadas normas não são efetivas, ainda assim – e exatamente por isso – ele terá capacidade de antecipar a consequência atribuível a determinados atos ou fatos: consequência nenhuma. Se o não funcionamento do ordenamento jurídico for pontual e regular, portanto, e se o cidadão tiver conhecimento desse não funcionamento, o seu grau de calculabilidade não diminui; antes, aumenta. Com razão afirma Gometz que em muitos casos o indivíduo pode melhor prever as consequências jurídicas de um ato ou fato tomando em consideração a informação de que uma determinada norma, embora válida e relevante para o caso examinado, é regularmente inobservada. Nessa hipótese, o conhecimento da falta de efetividade pontual de um ordenamento jurídico globalmente efetivo aumenta o grau de previsibilidade do indivíduo, desde que a informação a respeito da falta de efetividade seja pública e regular. Desse modo, por mais paradoxal que possa parecer, a falta de efetividade é instrumento de previsibilidade.

A ordem jurídica, conforme coloca Carlos Blanco de Morais, deve permear-se de certeza, de modo a permitir aos cidadãos organizarem sua vida individual, relacional e coletiva, no respeito pela previsibilidade ou calculabilidade de expectativas de comportamentos e consequencialidade nas respectivas ações (*apud* ABBOUD, 2014, p. 333). Afinal, conforme asseveram Jules L. Coleman e Brian Leiter (2000, p. 346):

> (...) o Direito indeterminado é, presumivelmente, um problema para o Estado de Direito, porque, se o Direito é indeterminado, então os agentes ficam sem saber o que o Direito exige deles e são incapazes de adequar sua conduta em conformidade com isso.

3.3 REGIME DA “ECONOMIA DA CONFIANÇA”: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Não se permitem dúvidas, portanto, acerca do caráter fundante do dever de segurança jurídica pelo qual se deve nortear o Direito e qualquer processo de institucionalização que venha a resultar em suas estruturas básicas de trabalho.

Frente à proposta metodológica adotada por este estudo e já exposta alhures acerca da economia da confiança estabelecida pelo planejamento jurídico, com a fixação do grau de liberdade dos oficiais do sistema na aplicação do Direito e os custos já prefixados em seu manejo, não se discutindo a existência em si dessa liberdade, igualmente não se pode colocar em questão que, em reconhecendo-se a impossibilidade de predeterminação, por meio de normas gerais, de uma decisão justa para todas as vicissitudes da vida, as leis concedem frequentemente às autoridades margens de interpretação para decidir, caso a caso, segundo considerações materialmente adequadas (ZIPPELIUS, 2016, p. 447-448). A extensão dessa liberdade interpretativa é a raiz primeira da discricionariedade jurídica.

A economia da confiança vem a ser estabelecida por meio do plano-mestre e dos planos derivativos dele decorrentes, distribuindo-se crédito e credibilidade aos agentes dos sistemas conforme suas peculiaridades, impondo-se os custos decorrentes de sua utilização. A interpretação a ser construída pela compreensão do plano sob análise é naturalmente cambiante, vez que se rege por uma lógica de contrapesos sistemáticos (TORRANO, 2019, p. 383-384): a maior atribuição relativa de confiança nas mãos de determinados agentes do sistema corresponde a maior desconfiança no uso desse poder, ao mesmo tempo em que denota a redução da confiança em outros atores do ordenamento jurídico.

Por outro lado, o Direito autorregula-se mediante instrumentos institucionais de fiscalização e de transparência quanto à extensão que pode ser conferida ao exercício de um poder legítimo. A maior confiança ou desconfiança conferida aos agentes do sistema varia conforme as diretrizes do plano-mestre e dos planos derivativos. Não se trata de posições aprioristicamente estabelecidas, mas que se alteram conforme as diretrizes do sistema e os custos estabelecidos.

Detendo-se esta investigação sobre o ordenamento jurídico brasileiro, não há dúvidas de que o equivalente ao “plano-mestre” se encontra na hodierna Constituição da República de 1988. Mesmo que concordemos com críticas robustas as quais questionam a legitimidade moral das constituições para reger a vida das gerações futuras, denunciando-se uma inaceitável rigidez que finda por fomentar a judicialização e o ativismo judicial (por todos, MARMOR, 2011, p. 83-128) o fato é que, sob os critérios metodológicos positivistas pelos quais se orienta

este trabalho, é por meio do labor legislativo constitucional ao conceber o plano-mestre materializado na Lei Maior e outorgando competências ao legislador ordinário para a implantação dos subsequentes planos derivativos que se deve tomar como ponto de partida para a observância do regime de economia de confiança no ordenamento jurídico-brasileiro e, por conseguinte, como limite substancial da discricionariedade jurídica. A admissão desta premissa permite três conclusões imediatas.

Em primeiro lugar, é o legislador constitucional brasileiro quem define as espécies normativas admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio e o regime de economia de confiança estabelecido pelo plano-mestre e com suas variáveis conforme os sub-planos dele decorrentes. Conforme coloca Humberto Ávila (2019b, p. 54-55) acerca da centralidade da Constituição na postura interpretativa dos oficiais do sistema:

> O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional.

E arremata relativamente à centralidade do planejamento jurídico-normativo na definição das espécies normativas a serem manejadas pelos oficiais do sistema (ÁVILA, 2019b, p. 161-162):

> Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia o caráter descritivo da conduta, ou a definição de um âmbito de poder, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode ser simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição de seu sentido.
> Assim, se a Constituição estabelece regras que proíbem a utilização de prova ilícita ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos.
> Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia um estado de coisas a ser promovido, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de um princípio que exige do aplicador um exame da correlação entre esse estado e os comportamentos que devem ser adotados para a sua promoção. Esses comportamentos – insista-se nisto – devem ser adotados pelos particulares ou pelo Estado, não cabendo ao intérprete desconsiderá-los como se o princípio, em vez de uma norma, fosse uma simples opinião desprovida de normatividade.

> Aqui o ponto essencial: as normas – quer princípios, quer regras – estatuem prescrições gerais e, como tais, devem ser interpretadas, não podendo o aplicador relativizar esse aspecto constritor e heterolimitador.

Conforme coloca Carlos Blanco de Morais (2018, p. 451), trata-se de uma opção simbólica que objetiva privilegiar os fundamentos materiais da Constituição como parte inseparável do código genético do Estado pluralista de direito, devendo este ser compreendido sempre como um “Estado de direitos civis e políticos” implantado sob o núcleo da autodeterminação individual inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, é de fora de dúvida o caráter fortemente analítico do texto constitucional, buscando conciliar muitas vezes em vão interesses deveras conflitantes. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reflete de modo intenso o drama político e social brasileiro em suas exasperantes contradições. Bem ou mal, reflete a imagem e as esperanças da sociedade que a concebeu. Como repositório de tais valores, o texto constitucional pátrio é um objeto de cultura e solidário, portanto, com outros objetos de cultura. É um texto que está no mundo, independente daqueles que a captam e efetivamente separada das intenções de seus autores (SILVA, 2014, p. 19).

Não se trata de um mero acaso: o processo decisório adotado pela Assembleia Nacional constituinte somado a elementos históricos reforçou a constitucionalização abrangente, isto é, a falta de um projeto unificador, a omissão do Poder Executivo Federal em atuar como centro sistematizador dos trabalhos das comissões – apesar de não restar abandonada em momento algum a tradição brasileira de concentração de poderes no Executivo – e a regra da maioria simples permitiram a formação de coalizões de não interferência, nas quais grupos distintos “trocavam” apoios às suas propostas desde que a maioria não fosse especialmente conflituosa, tudo isso levando a um quadro de incentivo ao legislador para a constitucionalização de um amplo leque de matérias supostamente protegidas da possibilidade de modificação pelo chefe do Executivo (BRANDÃO, 2018, p. 160-161).

Oportunas as colocações de Rodrigo Brandão (2018, p. 161):

> Se a influência das constituições contemporâneas deu à Carta de 1988 um amplo leque de direitos fundamentais e normas programáticas, o

> amálgama do processo decisório na Constituinte com a concentração de poderes legislativos no Presidente da República resultou na positivação constitucional, em larga medida, de políticas públicas, interesses e visões de mundo particulares. O processo constituinte teria, assim, obedecido à lógica da árvore de natal, onde cada ator “pendurou” um benefício ou benesse.

O intérprete da Constituição para José Afonso da Silva (2014, p. 16) tem que partir da ideia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos e que ainda ignoramos passadas já mais de três décadas de vigência. Naturalmente que um texto constitucional de tal modo contraditório e multifacetado impõe redobrado ônus argumentativo a seus intérpretes e notadamente aos oficiais do sistema em sua aplicação. São impostas novas restrições à esfera política, notadamente a atuação legislativa, e permitidos novos parâmetros para a atuação do Poder Judiciário (VIARO, 2018, p. 85).

Conforme coloca Roger Stiefelmann Leal (*apud* VIARO, 2007, p. 73) acerca da complexidade dos textos constitucionais analíticos modernos e do consequente empoderamento do poder de seus intérpretes diz:

> A inclusão de novas matérias no espectro constitucional, reflexo da pujança das novas correntes políticas, evidencia a tendência contemporânea de ampliação do “campo” constitucional, isto é, as Constituições “modernas” não se restringem mais à disciplina do poder político, mas buscam regular também relações econômicas e sociais. Decorre daí a conclusão óbvia de que, em geral, para regular o econômico e o social, além de político, a Constituição conterá em seu texto um número substancialmente maior de comandos normativos, o que implica adensar o poder de controle daquele que exerce a jurisdição constitucional, na medida em que o parâmetro da atividade fiscalizatória se torna mais extenso.

No que é complementado por Rodrigo Brandão (2018, p. 162):

> Não é, portanto, de causar espécie o caráter analítico da nossa Constituição, cujo corpo permanente conta com, aproximadamente, 32 mil palavras, relativamente superior à média das Constituições latino-americanas (25.400 palavras). O principal efeito desta hiperconstitucionalização é o estímulo à judicialização das atividades legislativa e administrativa, visto que, com base em amplíssimo parâmetro, o Judiciário pode controlar a constitucionalidade dos atos estatais e extrair deveres de agir aos demais Poderes.

Tal empoderamento, todavia, não pode denotar liberalidade e arbitrariedade ao aplicador do Direito e oficial do sistema. Mesmo frente a um texto

normativo constitucional multifacetado e não poucas vezes contraditório, a atividade intelectual interpretativa do oficial do sistema, tendo por base o pressuposto de que a Constituição reflete o prévio planejamento social que levou ao plano-mestre ora materializado e sob análise, deve partir sempre da primazia do texto.

Conforme coloca José Lamego (2018, p. 294):

> (...) a invocação de uma *ratio juris* constituída por valores jurídicos fundamentais como critério de legitimação de um Direito judicial rectificador ou concorrente da lei é supérflua numa ordem jurídica democrático-constitucional, que tem, precisamente, como referência axiológica esses valores jurídicos fundamentais, plasmados no catálogo dos direitos da Constituição e da arquitectura constitucional sobre a separação e o equilíbrio dos poderes. A defesa da Democracia e da Constituição constitui um remédio mais eficaz contra o arbítrio do poder do que a construção pela filosofia do Direito de modelos axiológico-normativos do Direito ou a prescrição pela metodologia jurídica à prática institucional de aplicação do Direito de orientações de base principialista e argumentativa.

Em estando o plano legislativo devidamente assentado, em não havendo nítida ofensa ao que está expresso no texto constitucional, em não havendo entendimento destoante das possibilidades políticas plurais inerentes a uma Constituição exaustiva como a brasileira – que admite diversas soluções argumentativas para um mesmo problema – não cabe ao aplicador reabrir as discussões sobre a conveniência das opções políticas do legislador, mas sim tomar a decisão jurídica segundo a opção política que já prevaleceu (TORRANO, 2019, p. 378).

Os oficiais do sistema aplicadores do Direito podem bem exercer juízos político-morais, mesmo consequencialistas ou pragmatistas, mas atendo-se aos parâmetros político-morais que perpassam o texto constitucional brasileiro, não podendo ir “além” deles.

Afinal:

> (...) não é autorizado ao Magistrado “preponderar” princípios que, dentro da moldura admitida pela Constituição, já foram ponderados pelo Legislador no momento da edição da lei.
> Em contextos democráticos, o magistrado deve respeitar a ponderação que foi realizada em um primeiro momento pelo legislador. Trata-se de reverência aos princípios da democracia, da segurança jurídica, da tolerância, da separação (ou distinção harmônica) dos poderes, e assim por diante Há, aí, um mandamento de valoração epistêmica das leis: pelo

> fato de uma comunidade estar sob a égide de uma Constituição moralmente boa, o magistrado deve abster-se de efetivar juízos pessoais e aprovação ou desaprovação quando está à frente de uma lei constitucionalmente válida, exceto se essa própria lei autorizar ou determinar a utilização de padrões morais (TORRANO, 2019, p. 378-379).

No que é complementado por Ricardo Rocha Viola (2016, p. 70):

> (...) o juiz, no caso concreto, não exerce função legislativa, sequer atipicamente. O julgador não recebe da população qualquer legitimação de representação que o autorize a inovar substancialmente o sistema jurídico de determinado país. Isto equivale a dizer que ao julgar, a atividade do magistrado deverá estar adstrita aos limites das normas postas pelo poder estatal detentor legítimo da competência legiferante, o Poder Legislativo.

Por fim, segundo estabelece a garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição, instituída por meio do já citado inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República e complementado pelo artigo 140 do Código de Processo Civil[26], toda lesão ou ameaça a direito de brasileiros natos e naturalizados e de estrangeiros residentes no país deve ser apreciada pelo Poder Judiciário (juízes e tribunais).

Apenas por essa leitura prévia já se percebe a opção do legislador constitucional em outorgar aos julgadores a “palavra final” sobre os conflitos no seio do ordenamento jurídico brasileiro, prevalecendo sobre os demais agentes do sistema notadamente a administração pública segundo José Afonso da Silva (2014, p. 134) e demais aplicadores autorizados (advogados públicos e privados, representantes do ministério público, defensores públicos, árbitros, conciliadores e mediadores judiciais), os quais só possuem autonomia para decidir conflitos e emitir atos e negócios jurídicos sem a necessidade da chancela do Poder Judiciário quando expressamente autorizados. Conforme bem observa Luiz Guilherme Marinoni (MENDES; CANOTILHO; SARLET; STRECK, 2013, p. 359), o ordenamento jurídico não tem e não pode permitir matérias não jurisdicionalizáveis.

Tal condição impõe um significativo ônus ao Poder Judiciário: em possuindo a “palavra final” sobre o processo de tomada de decisões jurídicas, como decorrência do dever de segurança jurídica (afinal, decisões devem ser tomadas,

[26] Lei Federal n. 13.105, de 16 de Março de 2015: Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo Único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

em estando corretas ou não), não pode o julgador fugir de suas responsabilidades (com base na indelegabilidade da atividade do dever de julgar – art. 2º, Constituição da República[27]): não lhe cabe deixar de responder ao conflito acaso inexistente previsão legal expressa ou em caso extremo de indeterminação jurídica (qual seja, a discricionariedade em sentido forte); não detém o Poder Judiciário prerrogativas de conveniência e de oportunidade para, captando os anseios frentes aos desacordos morais profundos de que padece a comunidade, simplesmente aguardar o melhor momento para deliberar; deve simplesmente decidir.

Mesmo que o legislador não tenha sequer encaminhado o conflito para resolução posterior pelos aplicadores do Direito deixando simplesmente de normatizar a questão[28], preferindo que o Poder Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade (BARROSO, 2018, p. 445) como intérprete autêntico do Direito na terminologia kelseniana, o Poder Judiciário encontra-se sujeito ao dever de julgar, cumprindo ao Estado-juiz prestar a tarefa jurisdicional resolvendo os conflitos de interesse que porventura lhe sejam apresentados, de modo que as pretensões resistidas possam, através do processo judicial, encontrar vazão e local de neutralização (SGARBI, 2013, p. 227-228).

Conforme assevera Ran Hirschl (2009, p. 165):

> Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de "redirecionamento de culpa" é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então tal delegação pode beneficiar os atores políticos. No mínimo, a transferência de "abacaxis" políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse. Da mesma forma, a oposição pode buscar judicializar a política (por exemplo, peticionando contra políticas públicas do governo) para dificultar a vida do

[27] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[28] Os exemplos se sucedem (casamento e união estável homoafetivos, interrupção de gestação de fetos anencefálicos, demarcação de terras indígenas, criminalização da homofobia, direito de greve de servidores públicos, etc.) de situações em que o Parlamento brasileiro tem postergado decisões em vários conflitos sociais latentes, deixando-se ao Poder Judiciário a resolução de tais questões.

> governo da vez. Políticos da oposição podem recorrer ao Judiciário na tentativa de aumentar sua exposição na mídia, independentemente de o resultado final da disputa ser ou não favorável. Com frequência, por trás da transferência para o Judiciário de questões envolvendo mudanças de regime encontraremos uma busca política por legitimidade (considere, por exemplo, a já mencionada legitimação do golpe de Estado militar pela Suprema Corte do Paquistão, em 1999). Estudos empíricos confirmam que, na maioria das democracias constitucionais, tribunais superiores têm mais legitimidade e mais apoio da opinião pública do que virtualmente todas as outras instituições políticas. Isso é verdade mesmo quando os tribunais se engajam em manifestações explícitas de jurisprudência política.

No que é complementado por Antoine Garapon (1996, p.169-170):

> A justiça é precisamente procurada como substituto da política porque ela não pode deixar de fazer o direito, deixar de se expor às excomunhões da comunidade científica ou da opinião pública. Quando a comunidade científica se deve pronunciar acerca de uma questão, ela dá a si mesma o tempo necessário e, por vezes, conclui pela impossibilidade de se pronunciar. Idem para o legislador, como vimos em matéria de bioética. A justiça, diferentemente deles, deve tomar uma decisão. A justiça deve julgar com as informações de que dispõe. Esta obrigação de julgar faz a particularidade do julgamento judicial.

Por fim, vejam-se as considerações de Rodrigo Pires da Cunha Boldrini (2017, p. 232-233) dando o tom de legitimidade da intervenção judicial:

> Por certo, tanto Legislativo quanto Executivo estarão sempre vinculados à Constituição, mas o que é importante destacar é que o exercício do seu poder será feito na medida em que cada um deles julgar conveniente e oportuno, podendo ser, até mesmo por isso, exercido *ex offício*. E esse juízo de conveniência e oportunidade poderá muitas vezes justificar indevidamente ações e omissões que contrariem a Constituição; caso em que ensejará a atuação do Judiciário.
> Ocorre que ao contrário dos demais poderes, o Judiciário não atua de acordo com conveniência e oportunidade, da mesma maneira que, em regra, não atua *ex officio*. Ao contrário disso, o Judiciário somente age mediante provocação, quando as demandas sociais não resolvidas deságuam nos tribunais em busca de amparo e solução;

A garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição igualmente oferece um parâmetro confiável pelo qual se pode medir o regime de economia de confiança estabelecido pelo planejador constitucional brasileiro: como escoadouro último dos conflitos jurídicos do ordenamento pátrio, a maior ou menor confiança concedida ao Poder Judiciário corresponde inversamente à menor ou maior confiança a ser concedida aos demais oficiais do sistema e aplicadores autorizados.

Não se discute a possibilidade de invocação do Poder Judiciário, a qual está dada, mas a amplitude e profundidade dessa intervenção e da qual se identificará o espaço de sua liberdade interpretativa/discricionariedade. Conforme as diretrizes estabelecidas pelo plano-mestre ou pelo respectivo plano derivativo orientador das normas e do ordenamento jurídicos, o menor ou maior espaço de amplitude e de profundidade concedido à intervenção judicial corresponderá à maior ou menor deferência às deliberações de legisladores e de gestores públicos.

Neste último ponto, frente à aferição do regime de economia de confiança estabelecido pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro nos moldes acima delineados, cabe despender algumas breves considerações sobre os fenômenos da judicialização da política e das relações econômico-sociais e do ativismo judicial.

Primeiramente, a judicialização deve ser entendida, de forma geral, como a tratar judicialmente uma questão para chegar-se a um julgamento ou a uma decisão sobre alguma coisa. Comporta dois sentidos a partir desta concepção: por um lado, remete a tratar uma questão mediante julgamento, no exercício das funções do Poder Judiciário, trazendo a questão para a esfera judicial; por outro lado, remete a tratar uma questão fora da esfera judicial, incorporando na discussão os métodos dos juízes, conhecimento e técnica judiciais (VIARO, 2018, p. 89).

Trata-se de um fenômeno contingente do constitucionalismo contemporâneo e particularmente marcante na experiência constitucional brasileira. O movimento constitucionalista, sobretudo em sua matriz anglo-americana, sempre defendeu a possibilidade da intervenção jurisdicional e o papel do Poder Judiciário como legítimo intérprete e dotado da “palavra final” sobre o sentido autoritativo do Texto Constitucional.

No fragmento n. 78 da obra “O Federalista”, Alexander Hamilton defendeu a supremacia judicial na interpretação do texto normativo-constitucional, lançando as bases do *judicial review*. Como o “poder menos perigoso”, já que não dispõe da espada (como o poder executivo), nem a chave do cofre ou o poder de ditar normas obrigatórias a todos (como o poder legislativo), caberia ao poder judicial o duro ônus de proteger o sentido da Constituição das posições cambiantes dos temporários representantes eleitos do povo. Vejamos o seguinte trecho (2011, p. 685-686):

> (...) não se deve supor que a Constituição poderia ter a intenção de capacitar os representantes do povo para substituírem pela sua vontade a vontade dos seus constituintes. É muito mais razoável supor que os tribunais foram concebidos para serem um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com o intuito de, entre outras coisas, manter esta última dentro dos limites traçados para a sua autoridade. A interpretação das leis é o terreno próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é, de facto, e assim deve ser olhada pelos juízes, uma lei fundamental. Portanto, pertence-lhes averiguar o seu significado, bem como o significado de qualquer lei particular procedente do corpo legislativo. Se vier a dar-se o caso de existir uma divergência irreconciliável entre as duas, a que tem obrigatoriedade e validade superior deve, sem dúvida, ser preferida, ou, por outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao decreto, a intenção do povo à intenção dos seus agentes.

Em um nível abstrato, conforme observa Ran Hirschl (2009, p. 142-143), a judicialização denota a disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos não apenas na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas, mas igualmente no seio da sociedade. A predominância do discurso jurídico e a popularização do jargão jurídico são evidentes em quase todos os aspectos da vida moderna. Bom exemplo dessa predominância se apresenta na subordinação, em comunidades modernas organizadas como Estados de Direito, de quase todo fórum decisório a normas e procedimentos quase judiciais. Temas que antes eram negociados de maneira informal ou não judicial, agora são dominados por regras e procedimentos jurídicos.

Se, em sociedades primitivas, a divisão de trabalho era menos desenvolvida e a coesão social era mais forte, em nossa sociedade contemporânea e mais desenvolvida, a divisão de trabalho é mais clara e maior e a coesão social, mais fraca. A presença de uma gramática e de uma cultura similar ao direito formal, antes dispensável, torna-se necessária. Cidadãos não mais se relacionam e interagem mediante o escambo, relações familiares ou por seu *status*, mas negociam mediante contratos, cuja garantia de cumprimento deve ser suportada pelo aparato estatal e uma classe de profissionais como agentes especiais habilitados do sistema jurídico – os advogados – surge para negociar e litigar essas relações contratuais mais complexas e cada vez mais presentes na vida moderna.

Por outro lado, como fenômeno “vindo de baixo”, a judicialização se apresenta como um instrumento posto aos conflitos sociais em sua institucionalização, concretizando-se em pressões oriundas dos próprios cidadãos ativos. Em havendo um catálogo de direitos e liberdades positivados no Texto

Constitucional – uma condição necessária, mas insuficiente para sua proteção – aliada a uma estrutura de suporte propícia à mobilização jurídica da sociedade civil, nada obsta que se firme a crença dos direitos judicialmente protegidos como forças autoimplementáveis de mudança social – isto é, forças que não dependem das restrições a que todo poder político se encontra sujeito. Em contraste com as barganhas secretas entre os grupos de interesse na esfera política, o caráter público e abertamente dialético dos procedimentos judiciais reforça uma imagem de integridade e de incorruptibilidade, apresentando-se como um fórum de discussões mais atraente para a resolução dos problemas políticos (HIRSCHL, 2009, p. 144).

A judicialização “vinda de baixo” para Ran Hirschl (2009, p. 164) tem mais chances de ocorrer quando as instituições judiciais são percebidas por cidadãos, movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, imparciais e efetivos que outras instituições governamentais consideradas “muito burocráticas” ou arenas decisórias tidas como enviesadas. Não por acaso, exemplifica-se este movimento no controle judicial de políticas públicas envolvendo a implementação de direitos sociais (fornecimento de medicamentos fora da lista do sistema único de saúde, oferta de vagas em escolas e universidades públicas, construção de abrigos para menores abandonados, etc.); em não tendo “paciência” e por vezes tampouco desejo de dialogar com as instituições governamentais dotadas de atribuição para a prestação do serviço pleiteado, a sociedade civil e os órgãos de controle invocam diretamente a esfera judicial para prevalecer seus interesses.

Paralelamente (VIARO, 2018, p. 122), como fenômeno “vindo de cima”, a judicialização se apresenta como uma opção estratégica de atuação institucional das elites e da classe política, as quais, em sendo superadas nos fóruns deliberativos e legislativos ou simplesmente omitindo-se a discutir suas questões e interesses nos fórum decisórios apropriados, enxergam vantagens em conferir aos juízes a deliberação sobre estas matérias. Trata-se de controle judicial sobre a megapolítica ou “política pura”, incluindo judicialização de processos eleitorais, supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da “questão política”), dilemas fundamentais de

justiça restaurativa, corroboração judicial de transformações de regime político, e mesmo a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição — ou *raison d'être* — da comunidade (HIRSCHL, 2009, p. 146).

A judicialização "vinda de cima" (HIRSCHL, 2009, p. 164-165) tem menos chances de ocorrer em uma comunidade com um sistema político unificado e assertivo, que seja capaz de limitar o Poder Judiciário; por seu turno, quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de Direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo e menor será a capacidade de controle sobre o mesmo à vista da maior fragmentação de poder entre os órgãos políticos. No direito comparado, exemplos de intervenção judicial de tal modo significativa podem ser observados nas discussões travadas em temas tão díspares como o lugar da Alemanha na União Europeia (*Maastricht case*, 1993), o futuro da província de Quebec e da federação canadense, destacando-se a participação da Suprema Corte canadense no referendo de 1995 acerca da saída de Quebec da federação (sendo a primeira vez na história em que um país submeteu a um Tribunal a decisão sobre sua própria dissolução), a constitucionalidade do acordo político pós-Apartheid na África do Sul (*AZAPO Case*, 1996), ou das ações afirmativas nos Estados Unidos (HIRSCHL, 2009, p. 147).

Nesse ponto, em alentada monografia sobre o tema, Ran Hirschl coloca que a judicialização "vinda de cima" serviria como "antídoto" à perda de hegemonia das elites para o exercício da supremacia parlamentar, de modo que, promovendo-se uma mudança à La Lampedusa, altera-se radicalmente o desenho institucional com sua substituição pela supremacia judicial, para que tudo continue exatamente como antes, notadamente no que se refere ao uso do poder político como instrumento de preservação do *status quo* (BRANDÃO, 2018, p. 90).

Oportuno transcrever suas considerações (HIRSCHL, 2004, p. 11-12):

> Especificamente, sugiro que o empoderamento judicial por meio da constitucionalização seja melhor entendido como o produto de uma interação estratégica entre três grupos-chave: elites políticas ameaçadas, que buscam preservar ou aprimorar sua hegemonia política, isolando a formulação de políticas em geral, e suas preferências políticas em

> particular, das vicissitudes da política democrática enquanto professam apoio à democracia; elites econômicas, que vêem a constitucionalização dos direitos, especialmente propriedade, mobilidade e direitos ocupacionais, como um meio de colocar limites à ação do governo e promover uma agenda favorável ao comércio e ao livre mercado; elites judiciais e Supremas Cortes Nacionais, que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional. Em outras palavras, defendo que inovadores jurídicos estratégicos - elites políticas em associação com elites econômicas e judiciais que têm interesses compatíveis - determinam o tempo, a extensão e a natureza das reformas constitucionais.

No que é complementado por Rodrigo Brandão (2018, p. 90):

> Este seria o objetivo da constitucionalização: a retirada de princípios caros às elites do processo majoritário – já que as elites não mais dominam o Parlamento –, com o escopo de usar a retórica da legalidade e da imparcialidade presentes no processo judicial, e, sobretudo, o acesso especial das elites ao Judiciário, para a imunização daqueles princípios em face de mudanças desejadas pela maioria, enfim democraticamente representada.

O arcabouço institucional brasileiro pós-1988 replicou e incrementou todas as tendências acima discriminadas. Conforme coloca Luís Roberto Barroso (2018, p. 446), dois fatores concorreram para a judicialização exacerbada das relações políticas, econômicas e sociais no Brasil contemporâneo: a) o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e b) a combinação dos modelos de controle de constitucionalidade de matriz norte-americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e de matriz europeia, o qual admite ações diretas ajuizáveis perante a Corte Constitucional, sendo que esta última fórmula restou maximizada no ordenamento constitucional brasileiro pela variedades de ações diretas (*v.g.*, ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, ações declaratórias de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção, etc.) e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura.

No âmbito de um sistema partidário altamente fragmentado, a consequência é que virtualmente toda questão política relevante se convole em questão judicial, valendo-se a oposição, recorrentemente derrotada nas disputas no âmbito do Congresso Nacional, do acesso ao Supremo Tribunal Federal como nova arena de batalha política, com vistas a reverter a derrota sofrida na deliberação majoritária (BRANDÃO, 2018, p. 154).

Por outro lado, conforme assevera Elival da Silva Ramos (2015, p. 304-306), pode ser acrescentado como fator político a própria dinâmica do sistema de governo presidencialista brasileiro, incapaz de gerar governos apoiados por maiorias parlamentares estáveis, o que se agrava em um quadro de multipartidarismo exacerbado, com a fragmentação da representação parlamentar entre inúmeras legendas partidárias.

Conforme coloca igualmente Rodrigo Brandão (2018, p. 151):

> É visão corrente na ciência política brasileira a noção de que a combinação desses fatores centrífugos (presidencialismo, sistema proporcional, multipartidarismo e federalismo) geraria paralisias decisórias e ingovernabilidade, com o surgimento de vários *veto players* que obstariam a implementação da agenda do governo e a realização de efetivas mudanças no *status quo*. A partir de um cenário assim delineado – embora tenha escrito antes da Constituição de 1988 –, Sérgio Abranches cunhou o termo presidencialismo de coalizão, em virtude de o Brasil (ser) o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o "presidencialismo imperial", organiza o Executivo com base em grandes coalizões. Em virtude das dificuldades de formação de uma coalizão sólida exclusivamente com base em acordos partidários, sobreviveria o poder político das elites políticas e de oligarquias regionais, que se traduziria na construção da "base aliada" através das tradicionais técnicas clientelistas da "patronagem", notadamente a distribuição de ministérios, cargos, emendas orçamentárias etc.

Os exemplos se sucedem. É fato constante a propositura diária de inúmeras ações individuais pleiteando o fornecimento de remédios e de tratamentos especializados, nem sempre abarcados pelo sistema único de saúde. Pleitos por vagas em escolas e universidades públicas, deliberações de poder de polícia municipal em questões de mobilidade urbana, direito de vizinhança e de posturas públicas impugnadas, pedidos de realização de tratamentos e exames médicos, procedimentos cirúrgicos, fornecimento de insumos, todos objetos de ações e de impugnações judiciais constantes.

Por outro lado, apresenta-se a invocação intermitente e imediata da jurisdição constitucional, arguindo-se a inconstitucionalidade, ilegalidade ou invalidade de leis e atos dos poderes estatais recentemente editados e a despeito do seguimento do processo legislativo regularmente prescrito. As várias reformas constitucionais das últimas décadas, a despeito de uma ampla e prévia discussão pública, foram todas levadas para apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, na esfera criminal, toda uma etapa procedimental da persecução

criminal brasileira – a audiência de custódia – foi criada sem qualquer previsão legislativa pelo Supremo Tribunal Federal[29]. O mesmo pode ser dito quanto à criminalização dos "delitos de homofobia"[30] e aos direitos de prisão domiciliar para

[29] CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (STF – Tribunal Pleno, ADPF 347, j. 9.9.2015, por maioria, divulgado em 18.2.2016, publicado em 19.2.2016).

[30] Julgada nas ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão n. 26 e no Mandado de Injunção n. 4733, ambos em 18.6.2019. Os respectivos acórdãos ainda não foram publicados, mas as atas de julgamento constaram com a seguinte redação: ADO 26/DF: "*O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem*

gestantes e genitores de menores até 12 (doze) anos de idade[31]. Todas essas manifestações jurisdicionais por iniciativa e pressão de órgãos de controle e de setores da sociedade civil em ampla movimentação institucional e cívica.

---

restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019." MI 4733/DF: "*O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019."*

[31] Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de

O resultado deste contexto é que a judicialização se tornou um fato inelutável, uma circunstância decorrente do quadro institucional brasileiro, firmemente inserida nos usos e costumes constitucionais, e não uma opção política do Poder Judiciário (BARROSO, 2018, p. 446-447); constrangidos que se encontram pelo dever de julgar estabelecido pelo quadro institucional vigente,

processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – "Cultura do encarceramento" que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o "caso Alyne Pimentel", julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidades, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima. (STF – 2ª Turma, HC 143641/SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 20.2.2018, v.u., divulgado em 8.8.2018, publicado em 9.8.2018).

juízes e tribunais, uma vez provocados pelas vias processuais adequadas, para Boldrini (2017, p. 233) devem manifestar-se sobre a questão, sem que a decisão configure por si ativismo ou intromissão indevida nos assuntos dos demais poderes estatais. Fato é que não há no mundo do novo constitucionalismo nenhum dilema de política pública ou desacordo político que não se torne, cedo ou tarde, um problema judicial (HIRSCHL, 2009, p. 141).

Relativamente ao objeto sobre o qual incide, a judicialização opera-se sobre a política e sobre as relações econômico-sociais: nesta primeira espécie, centra-se em duas ocorrências principais: a) a transferência para o âmbito judicial da deliberação de questões do âmbito político, ou seja, o Poder Judiciário passa a discutir questões antes consideradas exclusiva ou precipuamente da competência de gestores e de legisladores, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras; trata-se da judicialização da megapolítica ou da "política pura" (HIRCSHL, 2009, p. 141-143); e b) a incorporação de argumentos e critérios jurídicos, discursos, jargões, métodos e procedimentos judiciais, organização e estrutura judiciários fora do âmbito judicial, no próprio âmbito político, permitindo-se a intervenção judicial (VIARO, 2018, p. 97-98).

Afinal:

> (...) esse novo cenário, em que a política está traduzida em normas e procedimentos jurídicos, acaba por favorecer também a possibilidade de controle judicial. Em sendo o Poder Judiciário chamado a examinar as deliberações políticas tomadas pelos governantes à luz das pautas constitucionais e legais previamente estabelecidas, não é difícil cogitar que os legisladores, gestores e juízes venham a discordar dos critérios utilizados para colmatar, interpretar e executar o ordenamento (VIARO, 2018, p. 98-99).

Conforme coloca Rodrigo Brandão (2018, p. 270), a judicialização da política implicou um afastamento do modelo positivista-liberal de separação de poderes: diante de um cenário em que o Poder Judiciário efetivamente participa da criação de normas jurídicas ao avançar sobre o sentido indeterminado da Constituição, revendo valorações legislativas com base em princípios fluidos e mediante pronunciamentos com efeitos *erga omnes* e vinculantes, de modo que suas decisões não se limitem aos conflitos específicos, fornecendo respostas sobre questão constitucional controvertida a ser obrigatoriamente seguida pelos demais

agentes do sistema e pela sociedade que lhe é destinatária em casos futuros, efetivamente cria direito.

Por outro lado, incidindo sobre as relações econômicas e sociais, a judicialização reflete o próprio alargamento de atuação do Estado Moderno. Operando por meio de leis, aumentadas as esferas de atuação estatal, aumentaram-se igualmente os campos em que o Direto é chamado a intervir. A judicialização sobre as relações econômicas e sociais é apontada geralmente como a maior responsável pela "explosão de litigiosidade" vivida pelo sistema jurisdicional, na medida em que, em já estando o Poder Judiciário responsável pela resolução dos conflitos à luz do Direito, a "juridificação" de sociedades cada vez mais dinâmicas e urbanizadas e os novos conflitos delas decorrentes findam por potencializar tal atuação (VIARO, 2018, p. 103).

Nesse contexto, a judicialização centra-se em duas situações: a) o adensamento da regulação jurídica na esfera social com a incorporação de argumentos e critérios jurídicos, métodos e procedimentos judiciais, organização e estrutura judiciários no âmbito social geral; e b) o aumento da interferência dos juízes e tribunais com a transferência das deliberações acerca das questões sociais, ou seja, que até eram consideradas sob o exercício da alçada exclusiva ou precípua de legisladores e de gestores públicos e insindicáveis judicialmente (VIARO, 2018, p. 103). Trata-se comumente da judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas "comuns" de controle de constitucionalidade de leis e atos da administração pública (HIRCSHL, 2009, p. 141-143).

A judicialização é um fato contingente da modernidade, desencadeada por conflitos os quais buscam no Direito e na jurisdição a devida resolução. Em um quadro em que as normas não restem cumpridas e as instituições não cumpram de forma adequada o papel para o qual foram criadas, os limites éticos e morais não sejam suficientes para afastar a lesão ou ameaça ao direito e ajustar as condutas e a ruptura de expectativas justamente criadas pelo dever de segurança jurídica não se encontre passível de absorção pelas esferas política e social, a necessidade de normalização do quadro se impõe e demanda por mais e mais normas e mais jurisdição na busca dessa normalização (VIARO, 2018, p. 154).

Mesmo assim, é inegável que se está indo muito além do mero controle judicial de políticas públicas através da jurisprudência sobre justiça processual ou

sobre direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário permite-se discutir hoje também megapolítica — processos e resultados eleitorais, justiça transicional, legitimidade de regimes, prerrogativas do Executivo, perda de mandatos por “infidelidade partidária”, estruturação do sistema partidário, identidades coletivas e processos de construção nacional. A ampla judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina da “questão política” e impõe um sério desafio à tradicional doutrina da separação de poderes (HIRSCHL, 2009, p. 172).

Nesse ponto, a judicialização redunda-se – ou degrada-se – em ativismo judicial exacerbado, caminhando o movimento constitucionalista para uma “juristocracia” ou “governo dos juízes” dificilmente imaginado por seus construtores. Conforme assevera mais uma vez Ran Hirschl (2004, p. 223):

> A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas das controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que uma sociedade democrática pode contemplar. O que tem sido vagamente denominado "ativismo judicial" evoluiu além das convenções existentes encontradas na literatura normativa da teoria constitucional. Uma nova ordem política - juristocracia - vem sendo estabelecida em todo o mundo.

O ativismo judicial é uma decorrência da judicialização, associando-se a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização de fins e de valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes estatais. Em muitas situações, nem sequer haveria confronto, mas mera ocupação de espaços vazios a qual se dá até mesmo com a anuência do legislador e dentro dos limites de credibilidade delimitados pelo regime de economia de confiança por que se rege o ordenamento (BARROSO, 2018, p. 448).

Conforme coloca Elival da Silva Ramos (2015, p. 119) em um tom mais crítico:

> Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Denota o ativismo judicial efetivamente uma liberdade ao julgador que ultrapassa os limites *a priori* postos pelo ordenamento jurídico, deliberando sobre questões das quais o legislador ainda não se tenha desincumbido. Mais uma vez valemo-nos das colocações de Elival da Silva Ramos (2015, p. 131):

> (...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocando às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Em meio a um contexto extremamente cambiante e politicamente carregado e frente a evidentes dificuldades de conceituação – a mera crítica a uma decisão judicial pode redundar em simplistas acusações de “ativismo” – Cláudia Tassinari (2013, p. 33) apresenta quatro sentidos que podem ser extraídos do termo “ativismo judicial”:

> a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade); b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outros.

O ativismo judicial pode realizar-se de maneira procedimental, colocando-se ao Poder Judiciário, simplesmente, a tutela da regularidade dos procedimentos legislativos que conduzem ao aperfeiçoamento e à criação do texto legal (TORRANO, 2019, p. 304). Denota o ativismo judicial procedimental o controle das regras do jogo parlamentar, cuja preservação radical do devido processo legislativo é capaz de assegurar ou, ao menos, potencializar, a criação de textos normativos legítimos, dignos de respeito e consideração pelos aplicadores do direito, fiscalizando e invalidando pelo critério de inconstitucionalidade leis forjadas na calada da noite, em reuniões carentes da necessária publicidade e debate público, produtos de compras de voto, conchavo e corrupção que se traduzem desrespeito às normas constitucionais e regimentais (TORRANO, 2019, p. 305).

A sindicabilidade a ser exercida pelo Poder Judiciário incidiria mesmo sobre normas regimentais das casas legislativas, na medida em que se prestam, perfeitamente, à configuração de direitos subjetivos dos próprios parlamentares individualmente ou dos partidos políticos no tocante ao exercício das funções de elaboração das leis e de função de controle político pelo Parlamento (RAMOS, 2015, p. 164). Reflete-se *a priori* no ordenamento jurídico-constitucional pelo controle de constitucionalidade formal por vício no procedimento legislativo[32], pelo zelo do devido processo legal relativamente à instalação e ao funcionamento de comissões parlamentares de inquérito[33] e pelo controle de atos e de decisões

[32] EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR: IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MÉRITO: REAPRESENTAÇÃO, NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA, DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO, QUE MODIFICA O SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, ESTABELECE NORMAS DE TRANSIÇÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS (PEC Nº 33-A, DE 1995). I - Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão interna corporis do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte. 2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há ínsita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. II - Mérito. 1. Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto. 3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido. (STF – Tribunal Pleno, MS 22503/DF, rel. Ministro MARCO AURÉLIO, rel. p/acórdão Ministro MAURÍCIO CORREA, j. 8.5.1996, por maioria, publicado em 6.6.1997, p. 24.872).

[33] EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE

EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. - O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. - A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. - Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 - RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. - A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. - Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. - A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO REFLETE UMA REALIDADE DENSA DE SIGNIFICAÇÃO E PLENA DE POTENCIALIDADE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES PÚBLICAS. - O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. - O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional inconseqüente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta. - A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de

administrativas pela violação de elementos formais dos atos administrativos (competência, sujeito, objeto e processo).

Por outro lado, e de acordo com Bruno Torrano (2019, p. 305) o ativismo judicial pode realizar-se de maneira substantiva, isto é, atribui-se ao Poder Judiciário a competência de, em dadas situações, substituir juízos políticos e morais do legislador e do gestor público por respostas consideradas mais justas, desejáveis ou eficientes pelo julgador. Incide esta espécie notadamente na judicialização mediante o controle de constitucionalidade material, o controle judicial de políticas públicas e sobre a megapolítica e pelo controle de atos e de decisões administrativas mediante o exame dos elementos materiais do ato administrativo (motivo e motivação).

Não por acaso, vem a ser o centro de discussões e de críticas pelos agentes políticos e sociais que se sentem desagradados por sua dinâmica. A constatação de que não poucas vezes se vale o julgador de juízos morais, políticos e mesmo pragmatistas – exclusivamente movido por fatores extrajurídicos – para exercer seu juízo de censura ou de aprovação sobre matérias da competência e da alçada do legislador e do gestor público, acarreta um sentimento cambiante sobre seus méritos, variando à luz dos sentimentos médios da população sobre a

---

Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes. - A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República. LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL - AUTORIDADE DOTADA DE PODERES PARA VIABILIZAR A COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - O mandado de segurança há de ser impetrado em face de órgão ou agente público investido de competência para praticar o ato cuja implementação se busca. - Incumbe, em conseqüência, não aos Líderes partidários, mas, sim, ao Presidente da Casa Legislativa (o Senado Federal, no caso), em sua condição de órgão dirigente da respectiva Mesa, o poder de viabilizar a composição e a organização das comissões parlamentares de inquérito. (STF – Tribunal Pleno, MS 24831/DF, rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. 22.6.2005, por maioria, publicado em 4.8.2006, p. 26).

legitimidade das instituições e sobre a moralidade geral das práticas sociais quanto à luz das teorias políticas, jurídicas e éticas contingentemente dominantes e influentes formuladas pela classe intelectual (TORRANO, 2019, p. 305-306).

Em sociedades permeadas por tensão e com a classe política fragmentada e sem capacidade de impor freios ao Poder Judiciário, o ativismo judicial substantivo provoca fortes sentimentos de críticas e de elogios ao sabor dos desejos e ímpetos dos grupos político-sociais atingidos: ao passo que são elogiadas decisões que reconhecem a união estável homoafetiva[34], são criticadas

[34] 1.ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-

decisões que impõem plena (ou demasiada, a depender do clamor social) efetividade ao direito fundamental de presunção de inocência[35] e, mesmo tratando-

político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277/DF e ADPF 132/DF, rel. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, j. 5.5.2011, v.u., divulgado em 13.10.2011 e publicado em 14.10.2011).

[35] Julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de n. 43/DF, 44/DF e 54/DF, as quais vedaram a prisão após o julgamento em segunda instância, reafirmando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e a plena aplicabilidade do direito fundamental de presunção de inocência antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, Constituição da República). Os acórdãos ainda não se encontram disponíveis, sendo válida a transcrição das respectivas atas de julgamento: ADC 43: *"O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019."* ADC 44: *"Após os votos dos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que acompanhavam o Relator*

se de um julgamento com efeitos meramente *inter partes,* imputam excepcional juridicidade e alheio a qualquer debate político-social premente ao direito de abortar[36]. Ao exercer juízos político-morais, o julgador se move como agente político de fato, comporta-se como parte do jogo político e sob essa imagem é visto e percebido pela sociedade, desconsiderando-se os limites políticos ou

para julgar procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54; e do voto do Ministro Luiz Fux, que julgava parcialmente procedentes as ações, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.10.2019." ADC 54: *"O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019".*

[36] EMENTA: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (STF – 1ª Turma, HC 124306/RJ, rel. Ministro MARCO AURÉLIO, rel. p/ acórdão min. Roberto Barroso, j. 9.8.2016, por maioria, divulgado em 16.3.2017, publicado em 17.3.2017).

institucionais materializados nas reações dos demais poderes estatais frente a decisões judiciais indesejadas e desconsiderando o fato de que “essa paixão obsessiva” pelo Poder Judiciário deposita nele uma enorme confiança na realização de complexos juízos de ponderação que talvez o “juiz de carne e osso” (ou mesmo qualquer agente público) nem sempre tenha condições de exercer considerando as naturais limitações de conhecimento e de tempo (BRANDÃO, 2018, p. 82).

Não à toa, Mauro Cappelletti já advertia (1999, p. 74):

> O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ativista e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.

O ativismo judicial denota sobretudo uma postura do julgador. Em tendo o dever de tomada da decisão jurídica, não lhe cabendo fugir a essa responsabilidade sob o argumento da pura e simples ausência de previsão normativa, o juiz pode adotar um modo específico e proativo de interpretar a Constituição (BARROSO, 2018, p. 448-449), podendo levar, no extremo, ao uso de argumentos de política, de moral, de suas convicções pessoais (VIARO, 2018, p. 163).

Essencialmente, ativismo judicial denota exercício de juízo de discricionariedade, sobretudo – mas não apenas – em seu sentido forte dworkiniano. Fundamenta-se no espaço de liberdade concedido previamente pelo legislador, seja mediante leis pouco claras ou conscientemente genéricas, significando efetivamente a transferência autorizada ou não obstada legislativamente ao Poder Judiciário da deliberação sobre questões que, por qualquer motivo, não estavam até então dentro de sua atribuição, capacidade ou competência, ou, ainda que eram consideradas de atribuição, capacidade ou competência de outras esferas (VIARO, 2018, p. 107).

Concretiza, neste ínterim, a liberdade interpretativa que se extrai do reconhecimento da indeterminação da linguagem jurídica e redundando na textura aberta da norma com a vagueza e ambiguidade do texto normativo, podendo ser expandida não apenas conforme os limites semânticos do termo, mas conforme a vontade do aplicador reconhecida em sua plenitude e por isso mesmo restringida

pelos limites postos pelo ordenamento e pela confiança e credibilidade depositados nas instituições.

As concepções acima elencadas correspondem similarmente aos mesmos fatores elencados por Elival da Silva Ramos (2015, p. 132) de incrementação do ativismo judicial: o exercício do controle de constitucionalidade (o dever de julgar), a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e de ambiguidade do Direito. Os fenômenos discriminados de origem do ativismo judicial pelo autor se refletem nas raízes da origem e do incremento da liberdade interpretativa e da discricionariedade na prática jurídica hodierna.

Logo, não há dúvidas de que a judicialização, em sendo uma decorrência do quadro institucional brasileiro, não tem seu nascedouro propriamente no interior do sistema jurídico. Embora seja um fenômeno que se manifeste no âmbito jurídico (vez que demanda a atuação do Poder Judiciário), ele não é próprio do Direito, no sentido de que envolve toda a construção de um imaginário social e político que transcende as fronteiras daquilo que se pode considerar sob seu domínio (TASSINARI, 2013, p. 55). Não se afigura possível imaginar uma solução simplesmente jurídica para conter a crescente judicialização. Trata-se de uma decisão política da sociedade que planejou previamente sua concepção e institucionalização. Trata-se de repensar o planejamento social que a instituiu.

Por seu turno, o ativismo judicial é essencialmente decorrência da atividade intelectual interpretativa do julgador, embora influenciada por fatores extrajurídicos (históricos, políticos e filosóficos), devendo ser reconhecido não como um mal em si, mas ser delimitado conforme os ditames da Constituição enquanto plano-mestre e o gerenciamento de confiança estabelecido em cada plano derivativo, avaliando-se os custos de seu exercício conforme as limitações interpretativas impostas pelo ordenamento e as peculiaridades do caso concreto. É um problema da teoria do direito e do direito positivo.

Estabelece-se, de certa forma, uma “zona de penumbra” no trato dos conflitos jurídicos: algumas questões jurídicas podem ser permeadas por diversos graus legítimos ou ilegítimos de ativismo daquilo que está em debate (a judicialização sempre estará posta). Algumas questões permitem maior intervenção pelo Poder Judiciário; outras, menos. Apresenta-se antijurídico, porque desrespeitoso às relações institucionalizadas de confiança, judicializar de modo

extremo uma questão que permite pouca judicialização, ou judicializar de forma deficiente uma questão que exige muita judicialização (TORRANO, 2019, p. 408).

Sob tais parâmetros, frente à dinâmica do regime de gerenciamento de confiança descrito neste estudo e a um texto normativo constitucional multifacetado que reflete várias tomadas de decisões políticas a serem observadas pelos oficiais do sistema, tanto o ativismo judicial de cunho procedimental quanto o de cunho substantivo se afiguram admissíveis no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

A questão que se apresenta é de grau: desde seu patamar mais autocontido e de fraca intervenção como se apresenta pelo ativismo judicial procedimental, passando por formas mais brandas de ativismo judicial substantivo com certo controle material dos atos legislativos e administrativos, até chegarmos à forma patológica de ativismo judicial substantivo generalizado (amplo e profundo) pela qual se configura a liberdade incontida de interpretação dos julgadores, aplicadores do direito autênticos assim reconhecidos pelo planejamento social, em substituição efetiva dos agentes políticos e sociais e extrapolando a credibilidade que lhe foi outorgada pelo ordenamento por meio do regime de economia de confiança, deverão ser mensurados, conforme o caso concreto, os custos da intervenção do Poder Judiciário nas deliberações tomadas por legisladores e gestores públicos.

Estes custos se mostrarão insuportáveis, acarretando censura política, conflitos e ressentimentos sociais e sequer alcançando a almejada segurança jurídica, pacificação social e civilização de expectativas no momento em que as questões não apenas finais, mas também primeiras e primárias, dos conflitos da comunidade passem a ser assumidos pelo Poder Judiciário, alheio a qualquer necessidade de prévia institucionalização mediante o planejamento social e legislativo. Sem o devido suporte institucional ou prévia autorização legislativa para tanto e outorgando-se o poder de deliberar sobre os destinos da comunidade sob a suposição de que seus juízos moralmente corretos se afigurariam superiores às decisões apenas razoáveis de legisladores e gestores públicos, os juízes não cumprem o dever de prevenção ou correção final de lesão e de ameaça a direitos e tampouco cumprem uma natural função contramajoritária frente aos cambiantes sentimentos populares; inserem-se simplesmente, sem cultura e sem cuidados, na

dinâmica do jogo político como mais um agente a defender seus interesses e sob esse papel serão vistos. Tratar-se-ia agora de um “governo de juízes”, de uma “Juristocracia”, igualmente combatida por todos os contestadores do Poder em todos os tempos.

Oportunas as colocações de Bruno Torrano (2019, p. 310):

> Nem todo ordenamento jurídico que convive com algum grau de ativismo recai no fenômeno da Juristocracia. A Juristocracia pode ser compreendida como tipo específico de deterioração da democracia. Ela ocorre em ambientes permeados por ativismos judiciais substantivos frequentes e, portanto, pressupõe algum grau de desarmonia entre os poderes. A explicação dessa desarmonia tem origens culturais. Consubstancia-se, sobretudo, na convicção dos aplicadores do direito na superioridade do juízo de valor feito pelo Poder Judiciário sobre os demais poderes, é dizer, na noção de que o Poder Judiciário é a instituição responsável pela manutenção e instigação da “razão pública”.

A solução para este quadro patológico implica a necessidade de conferir dignidade ontológica e limitação factual à discricionariedade jurídica: a indeterminação natural do texto normativo, propiciada pela incerteza da linguagem e conferindo liberdade aos intérpretes como um todo, deve levar ao reconhecimento acerca da impossibilidade de tomada de decisões tão somente não mais que razoáveis, possíveis e não necessariamente as corretas do ponto de vista moral pelo conjunto dos aplicadores do Direito. Esta limitação atinge não apenas o julgador, mas igualmente os demais oficiais do sistema, todos confrontados com a discricionariedade política propiciada pela Constituição e não apenas com decisões moralmente corretas – se é que isso exista (TORRANO, 2019, p. 310).

A prerrogativa de dar a “última resposta” aos conflitos que lhe são postos não livra o Poder Judiciário de reconhecer a igualitária miserabilidade desta condição e as limitações que lhe são igualmente aplicadas pelo dever de replicar ou de ao menos considerar os entendimentos e respostas já estabelecidas pelo planejamento social e o ponto de vista interno da comunidade político-jurídica de que faz parte. Ao oferecer argumentos (ou preconceitos) mui particulares como se dotado fosse de entendimento e vontade oniscientes e onipresentes, próprios de uma elite intelectual que despreza intimamente o meio em que vive e labora, ignora as justas expectativas firmadas pela dinâmica do ordenamento jurídico-constitucional do qual não pode deixar de imiscuir-se.

A Juristocracia e o protagonismo judicial revelam-se contrários à ideia de democracia, na medida em que retira o poder decisório das instituições majoritárias, ainda que essa retirada se apoie na inércia das instituições políticas (LEITE, 2017, p. 3). A Juristocracia não civiliza expectativas sociais e tampouco conforma desapontamentos, antes os inflama, voltando-se a parcela da sociedade que se considera derrotada na luta por seus interesses contra seus “algozes judiciais” no jogo bruto do Poder; afinal, são todos partes do mesmo “sistema” ou “mecanismo”, recebendo sua “tirania dos valores” o mesmo repúdio que todo exercício arbitrário do Poder merece.

Conforme coloca Eros Roberto Grau (2016, p. 123):

> A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quando se perceba a promiscuidade dos valores que, por força de ponderações que o revalorizam, ocorre no plano da aplicação do direito. Refiro-me, reiteradamente, às ponderações entre princípios que os juristas – em especial os juízes – operam visando a impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade, em regra não se dando conta de que o fazem.

O reconhecimento desta incapacidade de explicar o passado e prever o futuro, arrogando-se como argutos construtores da sociedade no exercício de um papel que não lhes cabe exclusivamente, e de que não há respostas infalíveis para todos os dramas humanos frente ao dever primeiro de promover segurança jurídica e limitados pelos ditames do planejamento social que lhes outorgou autoridade, credibilidade e confiança, implica uma postura de autocontenção e de deferência por parte de juízes e tribunais frente às deliberações e dificuldades de legisladores, gestores públicos e demais oficiais do sistema, que bem podem ter buscado e suprido a finalidade jurídico-constitucional conforme os contextos que se apresentem e lhes foi possível manejar e deliberar. Pode não ser a resposta moralmente correta, mas é a institucionalmente possível.

3.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL E DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

A tomada de decisões jurídicas pressupõe a necessidade de dirimir conflitos conforme os ditames do planejamento social que estabeleceu a institucionalização jurídica da comunidade. Envolve necessariamente um jogo de “perde e ganha” em que o sucesso de determinados pleitos significa inversamente

a derrota de outros; a natural tensão social a advir da insatisfação dos sucumbentes deve ser amortecida e suportada pelo ordenamento jurídico.

A tomada de uma decisão jurídica pressupõe prévio contraditório, essencialmente mediante a oitiva das razões e das demandas das partes em conflito, tomando-se em consideração e acolhendo-se justificadamente ou não as mesmas. Uma decisão jurídica justa no sentido de imparcial, legítima e correta é antecedida pelo prévio diálogo entre as partes antes do pronunciamento estatal, sob pena de ser tomada por unilateral, ilegítima e injusta. A decisão jurídica poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça (GRINOVER, 2018, p. 23).

A necessidade ontológica de oitiva das partes caracteriza a relação dialógica que desemboca no *dubium* conflitivo e é a marca de todo discurso jurídico, objetivando a pacificação com justiça. Denota-se um processo de construção argumentativa complexa mútua entre as partes conflitantes e o oficial do sistema aplicador do Direito, o qual necessita do seguimento de atos jurídicos instrumentais ordenados, de um procedimento consequente e lógico, e alimentados por esse "clima" de contraditório, de modo que os destinatários da decisão tenham ciência e possibilidade de participação em seu desenvolvimento, de modo que "aceitem" o resultado seja ele qual for.

Conforme assevera Alberico Alves da Silva Filho (2017, p. 249-250):

> Uma compreensão válida do direito começa quando o espírito está aberto para o processo de análise e crítica, quando o direito assegura ao cidadão deduzir todos os seus argumentos e explicitar a sistematicidade de sua compreensão, levando em conta a própria compreensão de cidadão e da sociedade, quando a possibilidade de quebrar paradigmas mediante a falsificação de teses jurídicas e súmulas jurisprudenciais encontra-se aberta aos participantes da realização do direito.

A dinâmica desse procedimento em contraditório é tudo quanto se precisa para chegar-se aos objetivos do processo de construção das razões da decisão jurídica a ser tomada e rege todas as contendas humanas. A tutela processual é o resultado de toda a atividade desempenhada no processo e no procedimento, seja ele favorável ou desfavorável a qualquer das partes em conflito (GRINOVER, 2018, p. 17), e como dizia Adolf Merkl, o processo é um caminho previsto juridicamente para se chegar a um fim (*apud* PEREZ, 2020, p. 191).

E se trata de um caminho com regras claras de participação e de contraditório que permitam o controle das partes enquanto cidadãos e que propiciem a correta, completa e imparcial coleção dos motivos justificadores da decisão tomada (PEREZ, 2020, p. 191). Seguir procedimentos ordenados e de subsequência lógica no processo de construção discursiva e argumentativa para o objetivo da tomada da decisão jurídica permite controle sobre seu modo de construção. Não importa a extensão da liberdade interpretativa pela qual se desenvolva a construção das razões da decisão jurídica, a observância de um encadeamento prefixado de atos e de etapas possibilita o conhecimento desse processo e o submete ao escrutínio público.

Todas as atividades estatais (jurisdicionais, legislativas, executivas ou administrativas como um todo) desenvolvem-se sob essa lógica. Juízes proferem decisões e sentenças após regular processo; Parlamentos desenvolvem-se sob um contraditório amplo entre seus pares visando a formulação de leis; gestores públicos exercem o poder de polícia mediante a imposição de multas e de taxas observando um contraditório diferido ou postergado. A processualidade, um conceito mais amplo que a jurisdição, perpassa a dinâmica dos poderes estatais (GRINOVER, 2018, p. 20).

O procedimento se apresenta por si como limite ao exercício de liberdade interpretativa e, via de consequência, à maior ou menor extensão dessa liberdade. O seguimento ordenado de atos e de etapas e posturas que permitam a tomada da decisão pelos oficiais do sistema é um fator de constrangimento institucional autorizado, de modo que atuem dentro de limites os quais, uma vez ultrapassados, viciam a decisão e possibilitam sua censura e quiçá superação ao final. Estes limites procedimentais se apresentam como garantias dos cidadãos na busca da pacificação com justiça.

Embora se refira especificamente ao processo jurisdicional, são válidas as considerações de Mauro Cappelletti (1999, p. 79-80) ao colocar que estes limites

> (...) exibem, certamente, natureza formal ou procedimental-estrutural. Determinam, assim, não os conteúdos ou a substância, em relação aos quais não se pode certamente falar de “passividade” do juiz, mas o modo como deve se desenvolver a função jurisdicional – ou, se se preferir, o contornos essenciais, a estrutura do modo. Mas essa sua natureza formal-procedimental de modo nenhum diminui-lhe a importância.

> (...) justamente por tais características e princípios exibirem natureza formal-procedimental, por não incidirem de modo algum sobre a criatividade real e potencial da jurisdição no plano substancial, podem pelo menos implicar maior estabilidade e menor sujeição a transformações radicais, o que não seria o caso se se tratasse de características de natureza substancial. Mesmo que a "concretização dessas características possa variar, e de fato varie, de lugar para lugar e de época para época, marca todavia os contornos, determinando enfim a natureza do *judicial process*, prescindindo de variações de tempo e de lugar. A flexibilidade embora grande, não é ilimitada.

E conforme assevera Suelen da Silva Webber (2017, p. 297):

> É preciso ficar claro: ao se falar em estabilização de expectativas, ou da reestabilização das expectativas, não se busca isso através do consenso, mas sim de uma decisão que tenha legitimidade, que tenha passado por processos de seleção e seja comunicada com produção de sentido. Eles não podem ser confundidos. Não é a verdade ou falsidade da decisão, nem é o consenso ou dissenso que vão estabilizar ou dar fins às expectativas, criando novas expectativas, mas sim o sentido que gere aceitação por aprendizagem.

Frente ao desenho institucional do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e sob a metodologia deste trabalho de tomar-se qualquer consideração científica a partir da primazia do texto normativo legislado, podem ser identificados como limites procedimentais genéricos da discricionariedade jurídica no curso do processo de construção da tomada de decisão pelos oficiais do sistema a garantia do devido processo legal (artigo 5º, LIV, Constituição da República[37]) e o dever de fundamentação das decisões público-jurídicas (artigo 93, IX, Constituição da República[38]).

Como toda escolha, é evidentemente arbitrária, mas que se busca justificar frente aos modestos objetivos deste trabalho em dois fatores: primeiramente, ambos possuem sólido fundamento constitucional e, frente às considerações já expendidas, impõem-se frente à dinâmica de processualidade que perpassa as atividades estatais. Todo exercício institucional de poder demanda a observância

[37] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 5º (omissis). LIV – ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal.

[38] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 93 (omissis). IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

dessas garantias fundamentais, seguindo-se um encadeamento predeterminado e lógico e devidamente justificado por sua fundamentação.

Por outro lado, a interpretação sistemática do texto normativo constitucional permite identificar que as garantias fundamentais acima não admitem qualquer exceção fundada em seu corpo e no ordenamento jurídico infraconstitucional[39], diferentemente de outras garantias de mesmo porte e relevância. Por exemplo, a garantia fundamental dos atos e decisões públicos (artigos 5º, XXXIII[40] e LX[41], 37, *caput*[42], e 93, IX, todos da Constituição da República) pode ser restringida quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem ou não prejudique o interesse público à informação.

A garantia do devido processo legal se afigura mediante regras e princípios de procedimento predeterminados que obrigam o agente do sistema aplicador do direito a portar-se com imparcialidade, permite aos demais agentes do sistema e cidadãos destinatários em conflito a informar e se informar no curso do processo; obriga o aplicador a ouvir os interessados e lhes dar acesso aos documentos, aos motivos e à decisão, além de possibilitar que interajam processualmente para fazer valer seus pontos de vista (PEREZ, 2020, p. 238), chegando-se a uma decisão jurídica razoável, adequada e justa. Permite-se aos conflitantes compreender o

---

[39] Mesmo no caso do rito dos juizados especiais cíveis e criminais, pela qual se admite fundamentação sucinta no âmbito de julgamento pelas turmas recursais ou, acaso seja mantida a sentença impugnada, limitar-se-á a fundamentação ao acórdão. Art. 46. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão; art. 82 (omissis) § 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.”). Pode restar mitigada, mas permanece a exigência de fundamentação.

[40] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 5º (omissis). XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[41] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 5º (omissis). LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

[42] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

“caminho” pelo qual o julgador tomou a decisão porventura questionada, de modo que, compreendendo sua gênese, possam questionar-lhe a juridicidade.

Conforme coloca José Afonso da Silva (2011, p.157):

> Garante-se o processo – e “quando se fala em processo”, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais” – conforme autorizada lição de José Frederico Marques.

No que é complementado por Gilmar Ferreira Mendes (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 429-430) em bem estabelecida descrição dos contornos formais e materiais desta garantia fundamental:

> A ideia mais geral constante dessa cláusula constitucional é que, no Estado Democrático de Direito, entre o indivíduo e a coação estatal incidente sobre seus bens e sua liberdade deve sempre se interpor um processo, devidamente conduzido por um juiz. Como bem ressalta Carlos Nino, recorrendo às lições de Laurence Tribe, existem basicamente duas justificativas principais para a necessidade de um devido processo para a privação da liberdade individual. A primeira refere-se a um valor intrínseco ao fato de que o indivíduo passível de coação não seja simplesmente manipulado, que possa ser partícipe de um diálogo (por meio do processo) em que se trata de convencê-lo – assim como ele tratará de convencer o contrário – sobre a legitimidade do ato de coação. Trata-se de respeitar a dignidade da pessoa, considerando-a capaz de valorar e participar da busca conjunta da verdade (processual). O segundo enfoque do devido processo adjudica-lhe um valor instrumental, como um mecanismo adequado para assegurar que as leis sejam aplicadas de forma imparcial e equânime. Como assevera Carlos Nino, os dois enfoques complementam-se mutuamente e refletem diversos aspectos que tornam o devido processo uma garantia central na democracia: por um lado, o fato de que um ato pode implicar, *prima facie*, a restrição de um direito deve realizar-se com os máximos cuidados para que se preencham as condições que o tornam justificável; por outro lado, a circunstância de que na justificação desse ato de coação deve participar o indivíduo que é ou pode ser dele destinatário, não apenas no debate democrático que conduz à aprovação e edição da lei que permite tal ato em termos gerais, mas também na discussão sobre a procedência do ato de privação do direito no caso particular.
>
> Nessa perspectiva, não se pode deixar de considerar a intrínseca relação entre devido processo e dignidade humana existente no Estado Democrático de Direito. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto de processos estatais. Assim, não se afigura admissível, por exemplo, o uso do processo como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações ou de investigações cuja inviabilidade já se divisa de plano. Tem-se, nesses casos, flagrante ofensa ao princípio da dignidade humana. Quando se fazem imputações vagas ou denúncias infundadas, dando ensejo à persecução processual

> penal injusta, está-se a violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição. Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e de proteção ao indivíduo contra a exposição a ofensas e humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem em um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atentam contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e ferem o princípio da dignidade humana. Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo. Em verdade, a aplicação escorreita ou não dessas garantias processuais é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito.
>
> A noção de devido processo legal significa, portanto, a exigência de um processo justo. O processo justo não é apenas aquele que está formalmente preestabelecido em lei, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia e proteção dos direitos fundamentais. Assim, em seu natural significado processual também compreende um aspecto material ou substancial vinculado às ideias de razoabilidade e de proporcionalidade, que condicionam a própria criação legislativa do direito. O devido processo não é apenas o processo legal, mas o processo legal, justo e adequado. Por isso, a cláusula constitucional do devido processo não exige apenas um processo previamente estabelecido em lei; ela vincula a própria atividade legislativa na feitura do processo justo, o qual pode ser entendido como um processo estabelecido de forma adequada e proporcional à garantia dos direitos e liberdades básica dos indivíduos.

Amparando-se aqui nas considerações de Matthias Klatt (2017, p. 54), este inspirando-se em terminologia adotada por Ronald Dworkin, podem ser observadas duas concepções de devido processo legal (*rule of law* ou “Estado de Direito” na prática jurídica anglo-americana): a) como “livro de regras”, concentrando-se nos procedimentos e na autoridade, e salvaguardando a segurança jurídica e a separação de poderes; o poder do Estado deve ser exercido de acordo com regras explicitamente colocadas em um “livro público” disponível a todos. Esta concepção nada coloca além acerca do conteúdo ou da justiça do conteúdo das regras, a quais serão abordadas; e b) como “livro de direitos”, a qual incorpora as exigências de justiça material buscadas e inerentes ao devido processo legal, materializando-se por meio dos direitos fundamentais (nada mais que direitos humanos transformados em direito constitucional positivado) e sendo manejados por meio da máxima de proporcionalidade.

Oportuno transcrever as considerações de Ronald Dworkin (2005, p. 6-7):

> Há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de Direito (devido processo legal), cada qual com seus partidários. A primeira é a que chamarei de concepção “centrada no texto legal”. Ela insiste em que, tanto quanto for possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas. A concepção centrada no texto jurídico é, a meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem a regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que têm essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito.
>
> Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção “centrada nos direitos”. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam se impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.

Portanto, recorrendo-nos mais uma vez a Mathias Klatt (2017, p. 55-56), o devido processo legal (ou “Estado de Direito”) encerra um dupla caráter: ao mesmo tempo em que possui natureza formal (dimensão formal ou empírica do direito) com o seguimento de regras e de procedimentos e originada da necessidade de segurança jurídica, possui um caráter material (dimensão ideal do direito), com a busca de criação e de desenvolvimento saudáveis do ordenamento jurídico, entendidos aqui como objetivos morais *per se*.

O devido processo legal reflete-se nos seguintes aspectos a serem observados inarredavelmente no curso do processo de tomada de decisões jurídicas:

a) direito ao contraditório e à ampla defesa, de modo a garantir a interação discursiva entre as partes conflitantes e o aplicador do direito agente do sistema (art. 5º, LV, Constituição da República[43]);

b) direito ao juiz natural ou ao conhecimento preestabelecido de quem será o órgão aplicador do direito designado pelo sistema jurídico para dirimir o conflito (art. 5º, LIII, Constituição da República[44]);

c) direito de que o conflito não seja decidido com base em provas ilícitas ou ilegítimas, de modo que afetem o juízo do aplicador do Direito (art. 5º, LVI, Constituição da República[45]);

d) direito de que o aplicador institucional do direito somente decida mediante provocação, conforme os pedidos formulados e fatos apresentados pelas partes conflitantes e de forma imparcial (art. 8º, n. 1, Pacto de San Jose da Costa Rica[46]); e

e) direito de que a decisão jurídica tomada ao final, que venha a privar a parte derrotada de seus bens ou de sua liberdade, dê-se na forma estabelecida pela ordem jurídica, de forma adequada, razoável e justa (interpretação sistemática dos artigos 1º, III[47], e 5º, LIV, ambos da Constituição da República).

Conforme bem resume Mauro Cappelletti (1999, p. 80):

---

[43] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 5º. (*omissis*). LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[44] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 5º. (*omissis*). LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

[45] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 5º. (*omissis*). LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

[46] Pacto de San Jose da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 678, de 06 de novembro de 1992: Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[47] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

> O juiz que decidisse a controvérsia sem pedido das partes, não oferecesse à parte contrária razoável oportunidade de defesa, ou se pronunciasse sobre o seu próprio litígio, embora vestindo a toga de magistrado e a si mesmo se chamando juiz, teria na realidade cessado de fazê-lo.

A observância desses exigências processuais configuram verdadeiros "constrangimentos" institucionalizados sobre a atividade intelectual interpretativa dos aplicadores do Direito e demanda dos oficiais do sistema um compromisso de isenção na produção e na análise das evidências factuais ou das provas colhidas, ainda que técnicas, e das contribuições e manifestações reunidas como resultados da abertura à participação e ao contraditório (PEREZ, 2020, p. 291). Provas, participação e contraditório deverão ser mais amplos, profundos, qualitativos e complexos conforme se apresentem *a priori* a repercussão político-institucional ou o impacto social e econômico da decisão jurídica a ser tomada ao final.

Ao conformar a liberdade de decidir dos oficiais do sistema responsáveis pela aplicação do Direito, a garantia do devido processo legal estabelece balizas jurídicas mais precisas para aferir e censurar o grau de extensão dessa liberdade, para controlá-la. Torna possível identificar as técnicas e métodos que regeram o juízo de discricionariedade jurídica, de modo a identificar e censurar situações de excesso e de arbitrariedade. O devido processo legal delimita fronteiras as quais, uma vez ultrapassadas, permitem objetivamente o controle de legalidade dos atos administrativos e decisões legislativas e dos excessos da jurisdição.

O dever de fundamentação das decisões público-jurídicas, por seu turno, merece seu tratamento específico. Como resultado de uma relação dialógica conflitiva alimentada mediante um processo argumentativo crivado de contraditório, a decisão jurídica (judicial, legislativa ou administrativa) é um ato de comunicação (de uma pessoa a outra) da qual se exige racionalidade, devendo não apenas ser demonstrada, mas comprovada, mediante um discurso bem construído em termos racionais. Esse discurso, entendido como uma forma de argumentação, não pode ser confundido com demonstração, vez que essa última funda-se na ideia de evidência, entendida como algo diante do qual todo pensamento de um "homem médio" cede ante a desnecessidade de prova, ligado que se encontra ao raciocínio lógico-formal. Por seu turno, a argumentação tem como premissa a de que nem todas as provas podem ser reduzidas à evidência, requerendo técnicas aptas a

provocar adesões conscientes ou simplesmente conformadas de seus destinatários (NOJIRI, 2005, p. 103).

Bem assevera Rodrigo Reis Ribeiro Bastos (2014, p. 156-157):

> A teoria do conhecimento não deve se ocupar dos mecanismos envolvidos na formulação das proposições e das asserções, contexto da descoberta, mas única e tão somente de sua pertinência frente a um dado método, ou seja, de sua justificação.
> Só haverá conhecimento verdadeiro (asserção justificada de um sujeito sobre uma proposição) se esses dois contextos forem separados na medida em que a formulação de hipótese envolve fatores desconhecidos e incomunicáveis não passíveis de prova, seja lógica ou empírica. Por seu turno a justificação deve ser demonstrável e comunicável pela via das provas. A crença, por mais fervorosa que seja, na veracidade de uma proposição não será conhecimento se não for acompanhada de uma demonstração lógica e empírica de sua pertinência. Essa é, em última análise, a linha de corte que há entre o conhecimento e a tolice.
> A aplicação dessa teoria ao campo das decisões judiciais é evidente. Tudo o que foi afirmado sobre o contexto da descoberta se estende ao contexto da decisão judicial. Os fatores que levam o julgador a decidir dessa ou daquela forma são imponderáveis, subjetivos comunicáveis e, por isso, irrelevantes. O importante é saber se a proposição e a asserção feita sobre ela resistem a prova lógica pela via da justificação.

O discurso que fundamenta a decisão jurídica deve ser então persuasivo, possibilitando, enquanto imerso em um *dubium* conflitivo, a superação da situação em que cada é “dono de sua verdade” ao dispor-se a expor sua “própria verdade” de forma convincente em relação ao outro, de modo a obter-lhe a adesão, abandonando sua própria opinião e aceitar uma outra. Essa auto exposição de razões que marca a dinâmica do discurso jurídico dá-se pelos que se assumem como partes conflitantes, ambos assumindo estratégias dialógicas de persuasão do outro, de maneira que este outro se reste persuadido pelas razões contrárias (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 91).

Nem todo discurso precisa ser fundamentado, mas se impõe que a asserção (afirmação ou negação) conformada por ele seja fundamentável; quem assegura alguma coisa deve saber o que diz, e é lícito cobrar do locutor que apresente o respectivo fundamento, sob pena de cair em descrédito (CUNHA, 2019, p. 11). Logo, a decisão jurídica deve persuadir os participantes do processo argumentativo que a antecede de que realmente se decidiu conforme as regras e princípios disponibilizados pelo ordenamento conforme o caso.

Conforme coloca Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2018, p. 311):

> O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso informativo sobre como a decisão deve ocorrer, mas também um discurso persuasivo sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso, a verdade decisória acaba reduzindo-se, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte.

No que é complementado por Sérgio Sérvulo da Cunha (2019, p. 12) sobre o caráter persuasivo do discurso:

> Quando a ação é guiada pelo interesse, o discurso tem a finalidade de persuadir. Aparentando utilizar argumentos lógicos, o locutor apela para artifícios retóricos, sedutores porque dirigidos menos à razão do que às inclinações, aos desejos, à autoestima e à condição dos ouvintes dentro do grupo.

Se busca a adesão das partes conflitantes, a decisão jurídica precisa ser fundamentada. Mesmo que o dever de segurança imponha ao direito a previsibilidade da cultura inerente a seu campo (ponto de vista interno), tornando previsíveis as condutas e decisões de seus agentes, para que exerça sua função coercitiva de forma justificada, deve propiciar aos destinatários da decisão a oportunidade social de conformar suas condutas às exigências do Direito e ter a oportunidade de fazê-lo (COLEMAN; LEITER, 2000, p. 354). E essa “legitimidade” do poder coercitivo do Estado não se alcançará senão mediante a devida exposição de seus fundamentos, isto é, pela devida exposição racional do conjunto das razões jurídicas disponíveis. A coerção exige fundamento para que exija a pronta adesão de seus destinatários.

Conforme assevera Ricardo Rocha Viola (2016, p. 160):

> Este alinhamento é aferido no ato de interpretação levado a efeito pelo decisor, com a inafastável e incisiva participação das partes envolvidas. Neste procedimento de interpretação e, portanto, de construção da norma jurídica que ocupará o posto de premissa maior da equação decisória, as partes e do decisor deverão necessariamente levar em conta a pauta de valores jurídicos acatados pela comunidade que se servirá da decisão.

Como um ato de racionalidade do aparato estatal, a fundamentação das decisões público-jurídicas se impõe como um dever. Partindo da noção moderna de controlabilidade do Estado de Direito, traduz-se como um dos aspectos da

exigência geral e constante de controle sobre o modo com que os órgãos estatais exercem o poder que o ordenamento lhes confere (TARUFFO, 2015, p. 340).

A motivação não se apresenta como uma mera formalidade, integrando-se como elemento material e essencial da decisão jurídica, verdadeiro catalizador das razões de decidir consideradas e adotadas pelas autoridades públicas. A partir do exame de critérios e de métodos de argumentação, de lógica, sistêmicos e por fim jurídicos, articulando-se e confrontando-se fatos e o Direito, será possível o controle do desenvolvimento em si da atividade intelectual interpretativa inerente à tomada de uma decisão jurídica em toda a sua extensão e profundidade.

São oportunas as colocações de Reinhold Zippelius (2016, p. 449-450):

> Para a racionalidade e controlabilidade das decisões contribuem também obrigações de fundamentar. Estas devem impedir decisões arbitrárias, isto é, não fundamentáveis em termos razoáveis, evidenciando também que não foram observadas as vinculações à Constituição, à lei e ao direito e garantindo que qualquer um que seja afetado por uma decisão que lhe seja desfavorável conheça os respectivos fundamentos, a fim de poder defender-se dela adequadamente. Estas obrigações de fundamentar não só facilitam às instâncias de controlo fiscalizar uma decisão no sentido de saber se ela se funda em ponderações lógicas e razoáveis, mas também obrigam logo as instâncias decisórias a um autocontrolo. Estas, ao ponderarem e ao decidirem os conflitos de interesses e de opiniões segundo critérios racionais, retiram-lhes a carga emocional, alargam a consensualidade da decisão, facilitando assim, também a sua aceitação pelas pessoas afetadas (cf. Zippelius *Rph*, § 21I3). As obrigações de fundamentar encontram-se, portanto, não só a serviço do Estado de direito mas também da legitimidade democrática, especialmente da aceitação e de transparência (§ 23 II 7) das decisões do Estado.

No que é complementado por Lênio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes (CANOTILHO; MENDES; SARLET, STRECK, 2013, p. 1.324):

> A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade/justificação do que já foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos.

Uma decisão público-jurídica fundamentada implica por fim responsabilidade a ser suportada pelo oficial do sistema aplicador do Direito que a profere. Em comunidades contemporâneas permeadas não poucas vezes por uma tensa relação entre a sociedade civil e um Estado cada vez mais presente, indispensável a necessidade de controle de seus atos. Os exercentes de funções públicas como um todo – juízes, gestores públicos e legisladores – devem responder pelos seus atos, motivando e dando publicidade às suas decisões (NOJIRI, 1999, p. 66).

Qualquer exame que se pretenda da legalidade das decisões jurídicas deverá observar seu caráter externo (coerência ou legalidade externa), consubstanciado no modo de exteriorização ou de produção do ato decisório, exigindo-se a conformação de seus elementos conforme o ordenamento jurídico. Por seu turno, deverá ser observado igualmente seu caráter interno (coerência ou legalidade interna), o qual se apresenta mediante o condicionamento do exercício do poder do decisor ao desenvolvimento do modo conforme se realiza a decisão jurídica em sua dinâmica na relação dialógica entre os fatos e o Direito, coletando-se fatos e evidências com suporte em provas colhidas ao longo do prévio processo de tomada da decisão, sendo que o resultado final deverá apresentar-se justo, adequado e imparcial no sentido de estar conforme os ditames do planejamento jurídico estabelecido e as finalidades constitucionais aplicáveis ao caso.

Relativamente à legalidade ou coerência externa, no seio da atividade jurisdicional, os requisitos a serem observados na fundamentação das decisões de caráter resolutório ou não se encontram previstos nos artigos 489, § 1º, do Código de Processo Civil[48] e nos artigos 386 e 387 do Código de Processo Penal[49]. Por

[48] Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil: Art. 489 (*omissis*). § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[49] Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal: Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada

outro lado, no seio das atividades administrativas, os requisitos que devem compor a fundamentação das decisões jurídicas encontram-se no artigo 2º da Lei Federal n. 4.717/1965[50] (os quais estabelecem os elementos a serem observados para a formação dos atos administrativos), sendo que, no âmbito da processualidade administrativa na esfera federal, complementado pelo disposto no artigo 50 da Lei Federal n. 9.784/1999[51].

---

a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal;
IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação. Parágrafo Único. Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; III - aplicará medida de segurança, se cabível. Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória; I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões; IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro; VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1º, do Código Penal). § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

[50] Lei Federal n. 4.717, de 29 de junho de 1965: Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo Único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguinte normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

[51] Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999: Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os

No âmbito das atividades legislativas, considerando o caráter procedimental das discussões e deliberações parlamentares e a forma extremamente fluida e cambiante pela qual são captados e institucionalizados os conflitos e anseios da sociedades mediante propostas legislativas, é de rigor que as motivações apresentadas no discurso argumentativo cuja juridicidade assenta-se primordialmente na Constituição devam ser analisadas pela leitura dos anais das atas de reunião das comissões e das sessões preparatórias, deliberativas e não deliberativas, dos Parlamentos federais, estaduais e municipais conforme disporem seus respectivos regimentos internos[52].

fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

[52] Vide os artigos 97 a 99 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, os quais dispõem sobre as atas de reunião legislativa, *in verbis*: Art. 97. Lavrar-se-á ata com a sinopse dos trabalhos de cada sessão, cuja redação obedecerá a padrão uniforme adotado pela Mesa. § 1º As atas impressas ou datilografadas serão organizadas em Anais, por ordem cronológica, encadernadas por sessão legislativa e recolhidas ao Arquivo da Câmara. § 2º Da ata constará a lista nominal de presença e de ausência às sessões ordinárias e extraordinárias da Câmara. § 3º A ata da última sessão, ao encerrar-se a sessão legislativa, será redigida, em resumo, e submetida a discussão e aprovação, presente qualquer número de Deputados, antes de se levantar a sessão. Art. 98. O Diário da Câmara dos Deputados publicará a ata da sessão do dia anterior, com toda a sequência dos trabalhos. § 1º Os discursos proferidos durante a sessão serão publicados por extenso na ata impressa, salvo expressas restrições regimentais. Não são permitidas as reproduções de discursos no Diário da Câmara dos Deputados com o fundamento de corrigir erros e omissões; as correções constarão da seção "Errata". § 2º Ao Deputado é licito retirar na Taquigrafia, para revisão, o seu discurso, não permitindo a publicação na ata respectiva. Caso o orador não devolva o discurso dentro de cinco sessões, a Taquigrafia dará à publicação o texto sem revisão do orador. § 3º As informações e documentos ou discursos de representantes de outro Poder que não tenham sido integralmente lidos pelo Deputado serão somente indicados na ata, com a declaração do objeto a que se referirem, salvo se a publicação integral ou transcrição em discurso for autorizada pela Mesa, a requerimento do orador; em caso de indeferimento, poderá este recorrer ao Plenário, aplicando-se o parágrafo único do art. 115. § 4º As informações enviadas à Câmara em virtude de solicitação desta, a requerimento de qualquer Deputado ou Comissão, serão, em regra, publicadas na ata impressa, antes de entregues, em cópia autêntica, ao solicitante, mas poderão ser publicadas em resumo ou apenas mencionadas, a juízo do Presidente, ficando, em qualquer hipótese, o original no Arquivo da Câmara, inclusive para o fornecimento de cópia aos demais Deputados interessados. § 5º Não se dará publicidade a informações e documentos oficiais de caráter reservado. As informações solicitadas por Comissão serão confiadas ao Presidente desta pelo Presidente da Câmara para que as leia a seus pares; as solicitadas por Deputado serão lidas a este pelo Presidente da Câmara. Cumpridas essas formalidades, serão fechadas em invólucro lacrado, etiquetado, datado e rubricado por dois Secretários, e assim arquivadas. § 6º Não será autorizada a publicação de pronunciamentos ou expressões atentatórias do decoro parlamentar, cabendo recurso do orador ao Plenário. (Parágrafo com redação adaptada aos termos da Resolução nº 25, de 2001) § 7º Os pedidos de retificação da ata serão decididos pelo Presidente, na forma do art. 80, § 1º. Art. 99. Serão divulgados pelo programa Voz do Brasil as atividades das Comissões e do Plenário e os pronunciamentos lidos ou proferidos da tribuna da Câmara, desde que em termos regimentais.

A observância dos dispositivos acima configura a moldura externa pela qual se apresentam as decisões jurídicas na diversas esferas dos poderes estatais, permitindo objetivamente um controle formal de legalidade sobre os mesmos, vez que incidem sobre seus modos de exteriorização e de produção *per se* da atividade imediata do decisor, além de questões que se apresentem no curso do processo antecedente da tomada da decisão.

Por seu turno, a legalidade ou coerência interna se apresenta inicialmente mediante a dinâmica a ser realizada entre os fatos expostos pelo conflito sob análise (premissa menor ou enunciados de fato e as normas jurídicas aplicáveis ao mesmo (premissa maior ou enunciados normativos). Não se apresentam, com a devida vênia, impedimentos ontológicos que as considerações externas acerca desse dinâmica não se apliquem igualmente às decisões administrativas e legislativas frente à resolução de conflitos jurídicos.

A coerência interna revela a atividade intelectual interpretativa do oficial do sistema aplicador do direito (decisor). Reflete, por conseguinte, a legalidade de fundo da decisão jurídica, podendo ser identificada com o que é nominado por Michele Taruffo (2015, p. 387) como “conteúdo mínimo essencial da decisão” ou justificação de primeiro grau, a qual compreende:

> 1) a afirmação das escolhas realizadas pelo juiz a respeito da: individualização das normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do caso concreto, consequências jurídicas daí derivadas; 2) o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre os enunciados, segundo o esquema (F→N) →Q →C; 3) a justificação de cada um dos enunciados a partir do critérios de juízo segundos os quais as escolhas do juiz parecem racionalmente corretas.

A coerência interna reflete a atividade intelectual interpretativa que se serve dos instrumentos tecnológicos (técnicas de interpretação e de integração) jurídicos que diferenciam substancialmente o julgamento jurídico de um julgamento moral. Nesse ponto, Jules L. Coleman e Brian Leiter (2000, p. 408-409) falam em “condições epistêmicas ideais” para o julgamento jurídico que, devidamente sintetizadas, perfazem a coerência interna a consubstanciar a juridicidade da decisão. São eles:

> (1) estar plenamente informado a respeito de (a) toda a informação factual relevante e (b) todas as fontes jurídicas autorizadas (leis, decisões

> anteriores); (2) ser plenamente racional; observar todas as regras da lógica, por exemplo; (3) ser livre de parcialidade pessoal a favor ou contra cada uma das partes; (4) ser empático e imaginativo ao máximo em casos que exijam, por exemplo, a ponderação dos interesses em jogo; (5) conhecer e ser sensível ao conhecimento sociocultural informal do tipo essencial ao raciocínio analógico, no qual as diferenças e distinções devem ser assinaladas como “relevantes” ou “irrelevantes”.

Sob tais parâmetros, a premissa menor ou enunciados de fato a compor a decisão jurídica deverão ser apenas aqueles trazidos e alegados no curso da marcha processual, que possuam atinência com a prolação da decisão. No Direito, em processos judiciais, podem ser classificados em quatro categorias: constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos. Uma vez isolados os fatos que são pertinentes à decisão, deverão ser enquadrados em cada uma dessas categorias. Deverá em seguida ser verificada a validade lógica e processual de cada um dos fatos, com que se aferirá mediante a submissão destes fatos a provas, definindo-se o que deverá ser provado, quem terá o ônus de provar e de que modo essa prova deverá ser produzida (BASTOS, 2014, p. 158-159).

Segundo Rodrigo Reis Ribeiro Bastos (2014, p. 163), a construção da premissa menor no curso da atividade intelectual decisória se realizará pelos seguintes passos: a) fixação do tema a ser decidido; b) fixação dos pontos alegados como sustentação desse tema; c) estabelecimento de objeto de prova; c) distribuição do ônus da prova; e) produção da prova; e f) valoração justificada da prova.

A premissa maior ou enunciados normativos deverá ser construída logo após a enunciação dos fatos. Encontram-se intimamente ligados e condicionados pelos limites da atividade intelectual empreendida e mediante as limitações institucionais prévias aplicáveis. Não se pode aplicar qualquer enunciado a qualquer fato, devendo haver uma conexão necessária de sentido entre o enunciado prescritivo e os fatos jurídicos que catalisam a aplicação. É indispensável que o aplicador do Direito, lançando em sua decisão o desenho fático que se pôde reconstruir intelectualmente a partir do acervo probatório reunido no curso do processo (VIOLA, 2016, p. 156) e criando uma hipótese, siga esses passos para formular uma justificação racional passível de verificação lógica a qual permitirá aferir a sustentabilidade da decisão (BASTOS, 2014, p. 164).

A construção da premissa maior se fará mediante a análise da relação jurídica processual, estabelecida com o pedido do interessado para que seja proferida uma decisão sobre determinado tema, e, subsequentemente e em sendo atendidos os elementos para a configuração da primeira figura, da relação jurídica material, está entendida como o tema sobre o qual se pretende uma decisão (BASTOS, 2014, p. 166).

No seio do ordenamento jurídico brasileiro relativamente às decisões judiciais, a relação jurídica processual será composta pela identificação dos pressupostos processuais de constituição (partes, juiz e demanda) e de validade (capacidade postulatória e capacidade processual; competência; ineditismo no sentido da demanda não ter sido apreciada em decisão prévia; forma mediante o preenchimento dos requisitos legais), com previsão no artigo 485, IV, do Código de Processo Civil[53], e nas condições da ação (legitimidade e interesse processual), com previsão no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil[54]. A construção da premissa maior relativamente à relação jurídica processual deverá seguir as seguintes etapas: a) verificação dos pressupostos de existência; b) verificação dos pressupostos de validade; e c) verificação das condições da ação (BASTOS, 2014, p. 168).

Por seu turno, a relação jurídica material (BASTOS, 2014, p. 169-180) se verificará pela identificação de elementos externos (sujeito dotado de personalidade civil; objetos ou bens; fatos jurídicos compostos dos devidos elementos e entendidos como a relação entre o sujeito e o objeto fundada em normas jurídicas; garantias especialmente construídas para proteger esta relação) e de elementos internos (direitos/deveres que ligam um sujeito ao outro no conflito; interesse, entendido aqui como ligação das partes em conflito com o objeto).

Afigura-se tentador colocar que a sustentabilidade do resultado a ser alcançado se apresente consentânea com valores de interesse público ou de impessoalidade (PEREZ, 2020, p. 180) ou com critérios pessoais que se

---

[53] Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil: Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (*omissis*). IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo.

[54] Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil: Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (*omissis*). VI – verificar ausência de legitimidade e de interesse processual;

identifiquem com noções de moralidade, justiça e de equidade. Todavia, frente às considerações externadas de que a decisão jurídica deve ser justificada e persuasiva, sua sustentabilidade lógica se apresenta pelas conclusões tomadas pelo julgador no confronto com os fatos e razões suscitados e provas apresentadas pelas partes em conflito, chegando-se a um resultado que possa ser racionalmente justificado conforme as diretrizes do ordenamento jurídico previamente estabelecido pelo planejamento social.

Nesse ponto e conforme a atividade intelectual interpretativa empreendida junto ao texto normativo que se apresente aplicável ao caso em disputa, deverá ser atingida ou a finalidade imediatamente descritiva e mediatamente finalística das regras ou a finalidade de adequação ao estado finalístico e apenas mediatamente descritiva estipulado pelos princípios. Atingidas estas finalidades, a decisão jurídica terá preenchido sua legalidade de fundo.

Portanto, a dinâmica por que se desenvolve a construção da decisão em sua coerência ou legalidade interna durante a atividade intelectual interpretativa resultante do processo argumentativo que conformou e delimitou os termos do discurso jurídico conflitivo internalizador de expectativas e buscando a pacificação social deverá seguir as seguintes etapas (BASTOS, 2014, p. 182):

> a) fixar a premissa menor (criar o enunciado de fato); b) ressaltar quais características essenciais devem ser observadas nesse enunciado para que a criação do enunciado normativo (premissa maior) e; c) verificar se a escolha da decisão feita está correta, ou seja, se pode ser considerada como válida após a submissão de sua justificação à prova lógica.

No que pode ser complementado por Riccardo Guastini, em alentada síntese do raciocínio judicial (2005, p. 218):

> A decisão se diz “motivada” quando a norma individual por ela estatuída constitui a aplicação de uma norma geral.
> A aplicação de uma norma geral consta de duas operações conceituais distintas. A primeira operação é a qualificação de um caso particular concreto: qualificar um caso particular significa reconduzi-lo (ou subsumi-lo) no campo de aplicação de uma norma geral **Ng**. A segunda operação é a formulação de uma norma individual **Ni** logicamente implícita em **Ng**. Por exemplo, suponhamos que a norma geral em questão seja a seguinte: “Não é responsável quem causa o dano por legítima defesa própria ou de outros”. Diremos que um juiz aplica essa norma quando: em primeiro lugar, qualifica o caso particular a ele submetido quase nos seguintes termos: “O réu causou um dano em legítima defesa”; em segundo lugar,

> formula a norma individual, resolutiva da controvérsia: “O réu não é responsável”.

O desatendimento a tais requisitos de coerência e de legalidade afigura inequívoca hipótese de defeito na decisão enquanto ato jurídico. Segundo Michele Taruffo (2015, p. 383-386), os vícios da motivação, por comprometerem a própria essência da jurisdição, devem ser tidos como causas de nulidade ou de inexistência da decisão, não olvidando o autor italiano o problemático contexto desta constatação com o monopólio pelas partes da impugnação das decisões (como aspecto do direito das partes de fazer o que lhes aprouver diante de decisões mesmo que nulas).

Não se trata de entendimento dominante todavia, prevalecendo a concepção de que os vícios na motivação implicam causa de anulabilidade das decisões judiciais e administrativas e possível causa de inconstitucionalidade formal das decisões legislativas (em havendo violação das regras de procedimento legislativo), tendo plena validade até que sejam afastados mediante deliberação dos órgãos de controle competentes ou até que se escoem os prazos legais para tanto. Ainda que padecendo de defeitos e portanto inválidas, as decisões, enquanto atos jurídicos, ainda existem e gozam de uma presunção de eficácia e de autoridade necessárias.

Conforme coloca Carlos Frederico Bastos Pereira (2019, p. 124):

> O plano da existência concerne aos requisitos para que um fato seja qualificado como jurídico, isto é, quando ingressará no mundo do Direito. Esse pressuposto é o preenchimento do suporte fático, previsto no antecedente da norma jurídica, que é o momento da incidência. O plano da validade refere-se, contudo, ao modo como é preenchida a hipótese fática prevista no antecedente da norma jurídica, se com defeito ou não. O ato jurídico cujo suporte fático é preenchido com defeito, apesar de inválido, existe. Na magistral lição de Pontes de Miranda, “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”. Por fim, o plano da eficácia diz respeito à aptidão do ato jurídico em produzir os efeitos previstos. Ele existe, é válido, mas pode produzir ou não os efeitos que dele se espera.
>
> Traçada essa distinção, é fácil perceber que a decisão judicial com falta de fundamentação existe, pois foi proferida em um processo judicial e por um agente investido de jurisdição, decidindo uma pretensão formulada pela parte. O seu problema, porém, é o modo como ela foi proferida: com defeito. E o ato jurídico que foi produzido com defeito, existe, mas é inválido.

Frente ao dever de segurança pelo qual se deve reger o Direito, as decisões jurídicas, mesmo padecendo de causa de invalidade, possuem imediata e plena autoridade, de modo a serem atendidas e a coagirem os cidadãos, salvo se forem impugnadas nos prazos legais (dois anos para a propositura de ação rescisória ou ação anulatória – artigo 975, Código de Processo Civil[55]; cinco anos para impugnação por terceiros ou para o exercício do dever de autotutela administrativa – artigo 1º, Decreto Federal n. 20.910/1932[56] e artigo 54, *caput*, da Lei Federal n. 9.784/1999[57] respectivamente), sob pena de restarem definitivamente convalidadas pela coisa julgada e pela prescrição e decadência administrativas. Mesmo no que se refere a leis ou decisões legislativas inconstitucionais, a depender do lapso temporal já despendido e tendo razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público a serem observados, poderão ser modulados os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade (artigo 27, Lei Federal n. 9.868/1999[58]).

Em todos os casos acima, salvo se forem concedidas ou tomadas medidas de controle de controle judicial ou administrativo de natureza temporária, essas decisões devem ser imediatamente seguidas e efetivadas (*v.g.*, artigo 969, Código de Processo Civil[59]).

Com efeito, já lecionava Hans Kelsen (2012, p. 297):

---

[55] Lei Federal n. 13.105, de 15 de março de 2015 – Código de Processo Civil: Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

[56] Decreto Federal n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932: Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

[57] Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

[58] Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[59] Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil: Art. 969. A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória.

> (...) a decisão do tribunal de primeira instância – e a norma individual criada por esta decisão, portanto – não é, segundo o Direito vigente, nula, mesmo que ela seja considerada como “antijurídica” pelo tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada através de um processo fixado pela ordem jurídica. Só quando a ordem jurídica prevê um tal processo é que a decisão pode ser atacada pelas partes processuais no caso de porem em questão a “juridicidade” (legalidade) da decisão. Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado, então a “juridicidade” (legalidade) desta decisão já não mais pode ser posta em questão. O que significa, porém, o fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo de norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral.

A necessidade de se estabelecerem parâmetros de estabilidade nas relações interpessoais requer limites temporais para a impugnação das decisões jurídicas, mesmo que padeçam de invalidade e mesmo que o resultado final possa, eventualmente, não ser o mais justo. Certas situações não podem ficar indeterminadamente sem solução, ao sabor do tempo; o direito requer um sentimento de previsibilidade (NOJIRI, 1999, p. 109).

À luz de todas as considerações acima, o juízo de discricionariedade jurídica é essencialmente um juízo sobre fatos: da existência dos fatos, da qualificação jurídica dos fatos; e da consideração material de todos os fatos (PEREZ, 2020, p. 130-131) enquanto provas ou evidências colhidos ao longo do processo argumentativo que levou à tomada da decisão. O suporte material consistente nos fatos é fator primordial para a redução da amplitude da textura aberta da norma, de modo que se delimite a extensão do espaço de liberdade do aplicador conforme as nuances e peculiaridades do caso concreto. Nesse ponto, bem assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 36):

> (...) o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discrição administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrição que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrição, como condição de atendimento de sua finalidade.

No que é complementado por Riccardo Guastini (2005, p. 130):

> (...) no âmbito do discurso jurídico, “interpretar um fato” (como homicídio intencional, digamos, antes que de morte acidental) significa incluir esse fato dentro de uma certa classe de fatos, ou subsumir esse fato sob uma norma, ou ainda qualificar esse fato segundo o esquema de qualificação oferecido por uma norma de maneira a aplicar a ele a consequência jurídica (por exemplo, a sanção) prevista por aquela norma.

O suporte material fático a confrontar-se e dialogar com a textura aberta da norma jurídica aplicável ao caso deve ser consistentemente exposto então, firmando os limites não apenas ontológicos, mas factuais da discricionariedade por que se desenvolve a tomada da decisão jurídica. Os conceitos fluidos de que parte o texto normativo legislado se materializam frente aos estritos moldes da realidade do caso a decidir-se. A qualificação jurídica dos fatos constrói a espécie de norma (regras, princípios ou postulados) que delimitará a extensão da liberdade do aplicador do direito e traçará as fronteiras intransponíveis da discricionariedade jurídica, sob pena de configurar objetivamente arbitrariedade e excesso.

As considerações acima não restam afastadas mesmo em casos em que se verifica contexto de discricionariedade técnica a dar suporte ao juízo do aplicador do direito, isto é, pautadas em critérios técnicos extremamente especializados e relacionados ao cabimento (conveniência e oportunidade), a impacto (proporcionalidade), ao custo-benefício (economicidade) ou ao sucesso (finalidade) das medidas cogitadas na decisão (PEREZ, 2020, p. 199). Situações de tomada de escuta especializada ou de depoimento especial de vítimas de violência até os 21(vinte e um) anos de idade no curso de processos criminais e infracionais (Lei Federal n. 13.431, de 04 de abril de 2017[60]), determinação dos graus de exploração

[60] Lei Federal n. 13.431, de 04 de abril de 2017: Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade. Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária. Art. 9º A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento. Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência. Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado. § 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova: I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos; II - em caso de violência sexual.

da terra e dos índices de produtividade para fins de desapropriação por reforma agrária[61], de eliminação de concorrente em certame licitatório por não atender os

§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal. Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento: I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais; II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos; III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo; IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco; V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente; VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo. § 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender. § 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha. § 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado. § 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo. § 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha. § 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

[61] Direito constitucional e administrativo: Agravo Regimental em Mandado de segurança. Desapropriação para reforma agrária. Produtividade da propriedade. Fixação dos índices para aferição do grau de eficiência na exploração. Imposição de multa. 1. A determinação dos índices para a aferição dos graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, para fins de desapropriação, insere-se no âmbito de discricionariedade técnica do órgão federal competente, de modo que não cabe ao Judiciário intervir, salvo nas hipóteses de extrapolação da atribuição legal conferida (art. 6º da Lei nº 8.629/1993), o que não é o caso dos autos. Informações que demonstram a razoabilidade dos índices estabelecidos. Verificação da alegada violação à isonomia que demandaria dilação probatória, incabível em sede de mandado de segurança. Precedentes. 2. Agravo a que se nega provimento por manifesta improcedência, com aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (STF - AgR MS: 24883 DF - DISTRITO FEDERAL 0001254-80.2004.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 24/02/2017, Tribunal Pleno).

requisitos técnicos do edital[62], exercício do poder de polícia ambiental[63], dentre outros. Salvo se houver escolha legislativa deliberada por uma norma técnica, não

[62] ADMINISTRATIVO, MANDADO DE SEGURANÇA. SELEÇÃO PÚBLICA DE PROJETO CULTURAL. INABILITAÇÃO DA CANDIDATA POR MOTIVO DIVERSO DO ALEGADO NA INICIAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Fomento e Incentivo à Cultura do Ministério da Cultura e da Ministra de Estado da Cultura, que indeferiu a inscrição da impetrante na seleção pública para apoio a projetos culturais da região norte - "Programa Amazônia Cultural", sob a alegação de ausência de assinatura de próprio punho na ficha de inscrição. 2. Em verdade, o ato de indeferimento deu-se por motivo diverso do alegado. 3. Conforme consta do Edital, a candidata deveria apresentar, no mínimo, 2 (dois) anos de atividades culturais comprovadas em território nacional. 4. Fica evidente que a análise da comprovação da realização de atuação profissional em atividades culturais deságua no âmbito da discricionariedade técnica da autoridade administrativa. Precedentes. E o Edital, buscando preservar a isonomia e impessoalidade, previu, nos itens 10 a 10.2, que os requisitos de habilitação seriam avaliados por peritos previamente credenciados no Ministério da Cultura para análise de projetos. 5. Segurança denegada. (STJ - MS: 20729 DF 2014/0000461-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 24/06/2015, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/07/2015).

[63] AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.614.564 - MG (2019/0331157-6): RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA AGRAVADO: ELEDIR MAQUILAINA TIRONI DA COSTA ADVOGADO: WILSON PEREIRA - MG058837 DECISÃO. Trata-se de agravo apresentado por INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, contra a decisão que não admitiu seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea a da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, assim resumido: AMBIENTAL ADMINISTRATIVO AUTO DE INFRAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA) PÁSSAROS EM CATIVEIRO TIPIFICAÇÃO ART 29 § 2 LEI N 9605/1998 ART 72 DECRETO 3179/1999 RESERVA LEGAL OBSERVÂNCIA PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. Alega a autarquia afronta ao art. 2º da CF/1988, porque violado o Poder de Polícia do IBAMA e seu poder-dever de aplicar a penalidade administrativa que entende adequada, trazendo os seguintes argumentos: Assim, deverá exercer o MAMA um grau de discricionariedade técnica, que lhe é privativo, em decorrência do conhecimento que possui sobre a melhor forma de aplicar sanções administrativas, de modo a inibir condutas infracionais e a estimular a preservação ambiental. Ao Poder Judiciário, consequentemente, é vedado se imiscuir nessas opções de ordem administrativa e técnica inerente ao poder de polícia ambiental, sob pena de invadir competência própria do Poder Executivo e de ferir o art. 2º da Constituição Federal, para o qual: "Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". (fl. 218) É o relatório. Decido. Na espécie, é incabível o recurso especial porque visa discutir violação de norma constitucional que, consoante o disposto no art. 102, inciso III, da Constituição Federal, é matéria própria do apelo extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: "Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para o fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal" (AgInt nos EREsp n. 1.082.463/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, DJe de 1º/2/2019). Confiram-se ainda os seguintes julgados: AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.342.571/RS, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 1º/2/2019; e AgInt no AREsp n. 1.287.630/SC, relator Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 25/9/2018. Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 03 de fevereiro de 2020. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Presidente. (STJ - AREsp: 1614564 MG 2019/0331157-6, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 05/02/2020).

haveria uma margem *a priori* insindicável e incensurável de discricionariedade jurídica (RIBEIRO, 2019, p. 135) pelos órgãos de controle ou pelo Poder Judiciário.

Pelo contrário, a análise de elementos probatórios dotados de critérios técnicos específicos é mais uma dentre outros meios de prova que devem ser analisados conjuntamente pelo julgador no processo de tomada de decisão, podendo ser racionalmente afastados nas razões de decidir conforme seja contraditado por outros fatos e provas reunidos no processo argumentativo. O depoimento de uma vítima de violência sexual pode padecer de várias contradições internas e restar isolada junto a outros elementos probatórios[64]; a concessão de

[64] RECURSO ESPECIAL Nº 1.474.857 - SC (2014/0198626-2). RELATOR: MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA RECORRIDO: M D (PRESO) ADVOGADO: MARIA ANGELITA HEINZ SALM - SC024465 DECISÃO. Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, fundamentado na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. Colhe-se dos autos que o recorrido foi condenado, como incurso nas sanções do art. 217-A, caput, c/c o art. 226, I, na forma do art. 70, todos do Código Penal, à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Da decisão condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu provimento para absolver o recorrido. Eis os termos da ementa do referido acórdão (e-STJ fls. 840/843): AÇÃO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONCURSO FORMAL. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO CONCURSO DE AGENTES. ARTIGO 217-A, CAPUT, NA FORMA DO ARTIGO 70, CAPUT, COMBINADOS COM O ARTIGO 226, I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVOS. MATÉRIAS COMUNS. DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO PARA A SUSTENTAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÁRIAS CONTRADIÇÕES EM TAIS DEPOIMENTOS. INCONGRUÊNCIAS EXISTENTES SOBRE PONTOS SECUNDÁRIOS. CONFIRMAÇÃO POR AMBAS AS OFENDIDAS DAS RELAÇÕES SEXUAIS. CONFISSÃO JUDICIAL DOS ACUSADOS SOBRE À MANUTENÇÃO DOS RELACIONAMENTOS SEXUAIS. CONTRADIÇÕES QUE, ISOLADAMENTE, NÃO ENSEJAM A REFORMA DA SENTENÇA. ALEGAÇÃO REJEITADA. Em um processo instaurado para a apuração do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, caput, do Código Penal, a existência de contradições nos depoimentos das vítimas sobre questões secundárias não servem, por si só, para ensejar a absolvição quando os acusados confessam em juízo a realização de conjunção carnal com as adolescentes menores de 14 (quatorze anos). TESE DE ERRO DE TIPO. AFIRMAÇÃO DOS RÉUS DE QUE IGNORAVAM A IDADE DAS OFENDIDAS. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. MATÉRIA QUE, NA HIPÓTESE, CONFUNDE-SE COM A QUESTÃO PERTINENTE À POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS. CONJUNTO PROBANTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE INDIVIDUALIZADA PARA CADA UMA DAS OFENDIDAS. VÍTIMA M. E. G. SUSPEITA DE GRAVIDEZ ANTERIOR DE PESSOA DIVERSA DO ACUSADO. EXISTÊNCIA DE VIDA SEXUAL ATIVA ANTES DOS FATOS. OCORRÊNCIA DE RELACIONAMENTO AMOROSO COM O PAI DA OUTRA OFENDIDA POUCOS DIAS DEPOIS DOS ACONTECIMENTOS APURADOS NA PRESENTE DEMANDA. CONSTITUIÇÃO FÍSICA QUE INDICA MAIS IDADE DO QUE A VÍTIMA REALMENTE TEM. PECULIARIDADES QUE ENSEJAM A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE. EXCLUSÃO DOS CRIMES RELACIONADOS COM A OFENDIDA M. E. G. SENTENÇA REFORMADA NESSE ASPECTO. VÍTIMA L. A. H. PERDA DA VIRGINDADE NO RELACIONAMENTO SEXUAL MANTIDO COM UM DOS ACUSADOS. RÉU QUE, ANTES DOS FATOS, RELACIONAVA-SE AMOROSAMENTE COM A MADRASTA DA ALUDIDA VÍTIMA. COMPLEIÇÃO DA OFENDIDA L. A. H. COMPATÍVEL COM A SUA VERDADEIRA IDADE. IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE COM RELAÇÃO À ELA. "A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar

do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual [...], não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação [...] (Código penal comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 928). RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL EM PRIMEIRO GRAU. ADMISSÃO PELA DRA. JUÍZA DE DIREITO DA PRÁTICA DE 2 (DOIS) CRIMES POR CADA ACUSADO. 1 (UM) DELITO DECORRENTE DO RELACIONAMENTO SEXUAL, EM SI, COM UMAS DAS OFENDIDAS E OUTRO ADVINDO DA COLABORAÇÃO PARA QUE O CORRÉU CONSUMASSE O ATO SEXUAL COM A OUTRA VÍTIMA. EXCLUSÃO DO CRIME PARA CADA UM DOS ACUSADOS NO QUE DIZ RESPEITO À OFENDIDA M. E. G. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA ALUDIDA VÍTIMA NA PRESENTE INSTÂNCIA. REMANESCÊNCIA, UNICAMENTE, DO DELITO COMETIDO EM DESFAVOR DA OFENDIDA L. A. H. INSUBSISTÊNCIA DO CONCURSO FORMAL. DECISÃO RECORRIDA REFORMADA NESSE PARTICULAR. A absolvição dos acusados no que diz respeito a um dos crimes, supostamente, praticados em concurso formal enseja, obrigatoriamente, o afastamento da aplicação do artigo 70 do Código Penal. CONDENAÇÃO DO RÉU M. D. PELO DELITO PRATICADO CONTRA A VÍTIMA L. A. H. EM PRIMEIRO GRAU. OFENDIDA QUE SÓ MANTEVE RELACIONAMENTO SEXUAL COM O CORRÉU D. C. CONDENAÇÃO REFERENDADA QUE SE BASEOU NA PREMISSA DE QUE O ACUSADO M. D. COLABOROU PARA A OCORRÊNCIA DO REFERIDO RELACIONAMENTO SEXUAL. ESCASSEZ DA PROVA ACERCA DESSE FATO. ELEMENTO SUBJETIVO DO RÉU M. D. DIRIGIDO À MANUTENÇÃO DE RELAÇÃO SEXUAL, UNICAMENTE, COM A OFENDIDA M. E. G. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. EMPREITADA DELITUOSA COM RELAÇÃO À VÍTIMA L. A. H. TOTALMENTE DOMINADA PELO CORRÉU D. C. COLABORAÇÃO DO ACUSADO M. D. SOMENTE COM ATOS MERAMENTE PREPARATÓRIOS. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO DELE PELO CRIME PRATICADO CONTRA L. A. H. ABSOLVIÇÃO DO RÉU M. D. DE TODAS AS ACUSAÇÕES. DECISÃO MONOCRÁTICA REFORMADA NESSE ASPECTO. “Teoria do domínio do fato: partindo da teoria restritiva, adota um critério objetivo-subjetivo, segundo o qual autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias. Não importa se o agente pratica ou não o verbo descrito no tipo legal, pois o que a lei exige é o controle de todos os atos, desde o início da execução até a produção do resultado [...]" (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 335-336). Nessa conformidade, se somente um dos réus tinha o completo domínio do fato, não pode o outro ser condenado como coautor. Ademais, a colaboração para a realização de atos meramente preparatórios não enseja a condenação do acusado sequer como partícipe. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. CONCURSO DE AGENTES. ARTIGO 226, I, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. NECESSIDADE. SITUAÇÃO DECORRENTE DA ABSOLVIÇÃO DO RÉU M. D. DECISUM DE PRIMEIRO GRAU REFORMADO NO PONTO. Na hipótese, a absolvição de um dos acusados de todas as acusações implica, automaticamente, no afastamento da causa especial de aumento de pena do concurso de agentes, prevista no artigo 226, I, do Código Penal. DOSIMETRIA DO ACUSADO D. C. EXCLUSÃO DO CONCURSO FORMAL E DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO CONCURSO DE AGENTES. REPRIMENDA REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. FIXAÇÃO DO FECHADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONCLUSÃO ESCORADA NO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA CRIMES HEDIONDOS DECLARADA INCONSTITUCIONAL. ARTIGO 33, § 2º, B, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. SENTENÇA MODIFICADA NESSA QUESTÃO. PROVIMENTO DO RECURSO DO ACUSADO M. D. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DO RÉU D.C."[...] Com o julgamento do HC 111.840/ES, relatoria do Ministro Dias Toffoli, superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados [...]"(HC n. 116541, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 21 de maio de 2013). Daí o recurso especial, no qual o Parquet alega existência de violação do art. 217-A, caput, do Código Penal. Sustenta, em suma, que "tanto a constatação de que houve consentimento da vítima, quanto às ponderações pertinentes à compleição física dessa são irrelevantes à formação do tipo penal, já que a proibição

legal é no sentido de coibir a prática sexual com pessoa de faixa etária inferior a 14 anos"(e-STJ fl. 902). Afirma que o referido dispositivo legal impõe um dever geral de abstenção da prática de atos sexuais com menores de 14 anos, sendo irrelevante, para a caracterização da conduta típica, eventual consentimento da vítima. Contrarrazões às e-STJ fls. 918/922. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 945/954). É o relatório. Decido. De fato, segundo a jurisprudência pacificada neste Tribunal Superior, a violência, no caso do crime de estupro de vulnerável, é presumida, de modo que não há necessidade de comprovação de ameaça ou de debate acerca de consentimento da vítima em relação às práticas sexuais perpetradas contra si. No entanto, o Tribunal de origem deu provimento à apelação interposta pela defesa, para absolver o recorrido da acusação de ter praticado o delito previsto no art. 217-A do Código Penal, considerando a existência do erro de tipo (erro sobre a idade da vítima). E, segundo a orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça, “o desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, bem como descaracterizar a qualificadora do art. 213, § 1º, do CP, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP)"(AgRg no REsp n. 1.639.356/MG, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 8/2/2018, DJe 19/2/2018, grifei). Confira-se, no ponto, a fundamentação consignada pela Corte estadual (e-STJ fls. 875/877): Contudo, antes de esmiuçar o sobredito depoimento, torna-se imprescindível destacar que a vítima M. E. G., ouvida em juízo, aproximadamente, 5 (cinco) meses e meio depois dos fatos, realmente, aparenta ter mais idade do que efetivamente tem. Essa a situação, além de ficar evidente no seu depoimento gravado no CD juntado à fl. 413, foi confirmada, como visto, pelo acusado M. D. e pelo informante D. L. G. da S. Dessa maneira, inegavelmente, a compleição da mencionada vítima corrobora a tese do erro de tipo, já que o seu desenvolvimento corporal não aparenta ser o de uma adolescente de 13 (treze) anos de idade. Além disso, foi demonstrado, sem sombra de dúvidas, que a ofendida M. E. G. acreditava estar grávida quando dos fatos. O réu M. D., ao ser interrogado, referiu que tencionava assumir a suposta criança, embora a gravidez, cuja falsidade depois foi descoberta, tivesse decorrido de um relacionamento sexual anterior havido entre a referendada vítima e um indivíduo identificado nos depoimentos apenas por C. Nesse aspecto, além de ter confirmado a suspeita de gravidez, a vítima M. E. G., questionada em juízo sobre o assunto, disse que não namorou C. Ao que tudo indica, portanto, tratou-se de uma relação sexual ocasional, sem compromisso. A prova definitiva de que a sobredita vítima tinha uma vida sexual ativa antes dos acontecimentos apurados nestes autos repousa no Laudo Pericial n. 5795/11, realizado um dia após os fatos, o qual demonstra que ela não era mais virgem e, ademais, que o desvirginamento não era recente (fl. 169). Não bastassem essas peculiaridades, a ofendida M. E. G., pouco tempo depois dos fatos, manteve um relacionamento amoroso com o pai da vítima L. A. H., com quem viveu por determinado interstício. Com efeito, essa situação foi mencionada inúmeras vezes pelo informante D. L. G. da S., bem como foi confirmada pelo próprio genitor da ofendia L. A. H., o qual admitiu, diga-se de passagem, ter mantido relação sexual durante o aludido relacionamento (21 min 37 s - 21 min 45 s, CD juntado à fl. 413). Na realidade, essa afirmação ensejou, até mesmo, um requerimento ministerial de encaminhamento de cópias das gravações havidas em audiência à Autoridade Policial para a investigação do possível crime de estupro de vulnerável por S. J. H., o que foi deferido pela Magistrada de Primeira Instância (fl. 407). [...] Em tempo, registra-se que o réu M. D., na época dos fatos, tinha 24 (vinte e quatro) anos. Logo, não se trata de um homem de meia idade que buscava seduzir uma adolescente, mas de um rapaz que, hipoteticamente, poderia se relacionar de forma, até mesmo, duradoura com uma jovem com a idade aparentada pela vítima M. E. G. Desse forma, tenho que a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a atrair o dolo do recorrido, exigiria, no caso, o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, a teor do disposto das Súmulas n. 7/STJ e 279/STF. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTUPRO SIMPLES. ESTUPRO QUALIFICADO PELA IDADE DAS VÍTIMAS. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. ERRO DE TIPO. REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal a quo entendeu que o acusado não possuía dolo de praticar atos libidinosos com vítimas menores de 14 anos, pois as abordava em via pública de maneira aleatória, razão pela qual foi realizada a desclassificação da conduta do crime de estupro de vulnerável para o crime de estupro simples (art. 213 do CP). Pelas mesmas razões, foi decotada a qualificadora do art. 213, § 1º, do CP em relação às condutas praticadas contra vítimas com idade entre 14 e 18 anos à época dos fatos. 2. Não se ignora o entendimento firmado no âmbito desse Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o

uma permissão ambiental não afastou a ocorrência de danos[65]; o valor periciado pela administração pública no curso de desapropriação foi julgado a menor e

estupro de vulnerável possui presunção absoluta de violência, sendo irrelevante aspectos externos como o consentimento ou experiência sexual da vítima. 3. O desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, bem como descaracterizar a qualificadora do art. 213, § 1º, do CP, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP). 4. A análise acerca da ocorrência de erro quanto à idade da vítima, de modo a se afastar o dolo do agente (direto ou eventual), implicaria o necessário reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 1.639.356/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018, grifei.) AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. ERRO DE TIPO. REVISÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. 1. A análise acerca da ocorrência de erro quanto à idade da vítima, de modo a se afastar o dolo do agente, envolve o necessário reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. Agravo interno improvido. (AgRg no REsp 1.593.926/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016, grifei.) PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. CONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DAS VÍTIMAS. ERRO DE TIPO. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação pelo relator de recurso a que se nega seguimento ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. 2. A desconstituição do decreto condenatório pela prática do crime de estupro, mediante a alegada ocorrência de erro de tipo acerca da real idade das vítimas impõe inevitável revolver fático-probatório, postura que esbarra no enunciado da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.373.515/MA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 29/10/2015.) Ante o exposto, não conheço do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 03 de agosto de 2018. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. Relator (STJ - REsp: 1474857 SC 2014/0198626-2, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Publicação: DJ 08/08/2018).

[65] PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUTORIZAÇÕES PARA A PESCA DE TAINHA POR MEIO DE TRAINEIRAS. DANOS AMBIENTAIS. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DA UNIÃO: 1. O presente recurso especial decorre de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face de particulares e da União Federal em razão da concessão de permissões de pesca de tainha por meio de traineiras em número acima do considerado ideal, o que levou à ocorrência de danos ao meio ambiente e às comunidades pesqueiras tradicionais. Recorre a União porque foi mantida a sua condenação solidária ao pagamento de indenizações. 2. O óbice da Súmula 284/STF impede o conhecimento do recurso especial relativamente à alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973. É que a argumentação da recorrente mostra-se vaga, genérica, sem argumentação voltada a demonstrar com precisão qual obscuridade, contradição ou omissão não teria sido sanada no julgamento dos embargos de declaração, daí a deficiência na fundamentação recursal. 3. A recorrente não indicou qual dispositivo de lei federal teria sido violado na parte em que alegada nulidade pela inversão do ônus da prova. Incidência da Súmula 284/STF. 4. O Tribunal de origem rejeitou com base em elementos fáticos a alegada ocorrência de litispendência. Assim, não há como examinar argumentos em sentido diverso, sob pena de desobediência ao enunciado da Súmula 7/STJ. 5. Na parte em que defendida a legalidade das permissões concedidas às embarcações para a pesca de tainha nos anos de 2009 e 2010, a recorrente não indicou que dispositivo de lei federal teria sido violado pelo acórdão recorrido. Incidência da Súmula 284/STF. 6. As alegações envolvendo reserva de discricionariedade técnica administrativa não podem ser conhecidas porque, nessa parte, foram apontados como violados apenas dispositivos da Constituição Federal. Do contrário, haveria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 7. As instâncias ordinárias, soberanas na

recalculado[66], por exemplo. Deve-se oportunizar aos interessados a possibilidade de contraditar as provas técnicas e de trazer para a autoridade novos elementos de convencimento, visando a tomada da decisão, visando a escolha certa (PEREZ, 2020, p. 199).

Portanto, a observância da coerência dos fundamentos fáticos e jurídicos contidos nas decisões tomadas pelos oficiais do sistema aplicadores do Direito mediante a consideração das alegações trazidas pelas partes conflitantes e do conjunto probatório, ambos reunidos ao longo do processo argumentativo que antecedeu a decisão, constitui a matéria-prima do dever de fundamentação. Dela não pode fugir qualquer juízo corretamente exercido de discricionariedade jurídica.

3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

A partir das conclusões do capítulo anterior de que a discricionariedade se apresenta como um fenômeno jurídico, aferida mediante uma realidade já dada – a liberdade interpretativa e adjudicatória dos oficiais do sistema aplicadores do Direito – quaisquer tentativas de identificação dos limites dessa liberdade deverão ser encontradas na dogmática jurídica, no ordenamento que vive e por onde se desenvolve a prática jurídica.

Outros limites que se apresentem mediante a identificação e o estudo de métodos e de técnicas de interpretação, integração e de aplicação do Direito que

---

análise dos fatos e provas dos autos, concluíram que as licenças de pesca por traineiras, da forma como foram feitas, resultaram em danos ambientais, passando a tainha de espécie sobre-explotada para ameaçada de extinção. Nessas circunstâncias, o óbice da Súmula 7/STJ impede o acolhimento das alegações em sentido contrário apresentadas pela recorrente. 8. Na parte referente aos índices de correção monetária incidentes sobre o valor da condenação, a recorrente apresentou razões recursais dissociadas da fundamentação do acórdão recorrido, que, em nome da celeridade e da economia processual, postergou a fixação desses índices para a fase da execução. Incidência da Súmula 284/STF. 9. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 1680925 RS 2017/0150027-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 07/11/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2017).

[66] REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: - PROPRIEDADE COMPROVADA – DEPÓSITO EFETUADO PELO MUNICÍPIO NO VALOR DE R$ 12.936,00 – DISCORDÂNCIA DO VALOR – REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA – LAUDO PERICIAL ELABORADO POR PROFISSIONAL CAPACITADO QUE APONTOU O VALOR DE R$ 143.649,33 - SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE REEXAME. À UNANIMIDADE. (Remessa Necessária Cível nº 201900819340 nº único0000731-77.2013.8.25.0063 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Ricardo Múcio Santana de A. Lima - Julgado em 20/08/2019). (TJ-SE - Remessa Necessária Cível: 00007317720138250063, Relator: Ricardo Múcio Santana de A. Lima, Data de Julgamento: 20/08/2019, 2ª CÂMARA CÍVEL).

não partam *a priori* da primazia do texto normativo legislado e na construção da espécie normativa e do discurso jurídico padecem do pecado original de concederem demasiada confiança às subjetividades do intérprete. Como grau de extensão da liberdade interpretativa do aplicador do Direito, o juízo de discricionariedade muito depende da postura do intérprete e qualquer ordenamento, que necessariamente o empodera na busca de decisões jurídicas que garantam a pacificação social, deve desconfiar do incontrastável poder que essa mesma condição lhe confere mediante constrangimentos institucionalizados a moldar essa postura conforme os ditames do planejamento social que institucionalizou e juridificou a sociedade. Os limites à discricionariedade não são ontológicos à liberdade interpretativa do julgador, antes são dogmáticos, institucionalizados, externos e impostos.

Busca-se aqui materializar-se uma concepção de justiça procedimental imperfeita na concepção de John Rawls: em reconhecendo-se o espaço de liberdade adjudicatória dos intérpretes institucionalmente autorizados do Direito e a possibilidade mui concreta de chegar-se a tal ponto a profundidade e extensão dessa liberdade, de modo que cheguem a resultados juridicamente degradantes, é de rigor o estabelecimento de parâmetros e de limites os quais, se não garantem inequivocamente uma resposta certa ou justa, ao menos reduzem os riscos de resultados equivocados. Antes de ser uma posição cética, trata-se sobretudo de uma opção realista no trato da discricionariedade jurídica.

Ordenamento jurídico que não almeje a segurança enquanto meio para a pacificação social, a civilização de expectativas e a conformidade dos descontentamentos das partes em conflitos derrotadas simplesmente perde sua razão de ser. Esse papel ou truísmo do sistema jurídico resta incrementado pela própria cultura que se forma a partir da dinâmica estabelecida no seio do campo jurídico, entre os agentes do sistema no manejo do material e das técnicas disponibilizados pela tecnologia jurídica.

Resta estabelecido um ponto de vista interno pelos agentes do sistema, o qual firma justas expectativas sobre as respostas jurídicas previsíveis conforme os conflitos que se apresentem. O dever de segurança não é apenas algo assumido como objetivo e papel pelo Direito enquanto fator de institucionalização dos conflitos humanos, mas se assume como parte da fina tessitura da prática jurídica,

reduzindo o grau de liberdade de seus aplicadores frente às expectativas que não podem inconsequentemente quebrar. O dever de segurança restringe deveras a discricionariedade jurídica e é ponto de partida de todo ordenamento institucionalizado contemporâneo.

O regime de economia de confiança materializa-se conforme as peculiaridades do ordenamento jurídico-constitucional pelo qual se rege. Não é anterior e tampouco da essência do Direito enquanto técnica de pacificação de conflitos, mas nasce com a própria concepção do direito positivo e conforme os ditames do planejamento social que originou. Permite que se identifiquem parâmetros e condicionantes para a concessão de credibilidade, de autoridade e de confiança aos agentes do sistema.

Especificamente quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, exsurge a centralidade de um Texto Constitucional prenhe de diversos interesses políticos e sociais por vezes conflitantes e da posição institucional central e pendular ocupada pelo Poder Judiciário, definindo a liberdade interpretativa e o maior ou menor grau de discricionariedade outorgados a si e aos demais agentes do sistema.

Nesse ponto, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, embora se apresentem como fatores de convulsão do cenário sistêmico e político-institucional brasileiro, nada mais refletem que a brutal concretização dos fatores extrajurídicos que alargaram a margem de liberdade dos aplicadores do Direito: como fato advindo do desenho institucional brasileiro, a judicialização decorre diretamente do empoderamento progressivo do julgador frente a textos normativos legislados indeterminados e cada vez mais genéricos, “empurrando” aos julgadores o dever de resolução jurídica concreta dos conflitos sociais. Ao contrário dos demais poderes estatais, o Poder Judiciário não tem como omitir-se de suas responsabilidades aguardando o “melhor momento” para amortecer tais conflitos. Deve decidir sejam quais temas forem, sejam quais questões forem.

Por seu turno, o ativismo judicial denota efetivamente a discricionariedade jurídica, sobretudo pela postura do intérprete com o grau de liberdade interpretativa sem precedentes a que se outorgam os julgadores. Sua aferição não é essencialmente um mal: frente um texto normativo constitucional deveras analítico e multifacetado, acaba revelando-se um fenômeno não menos que necessário em diversas situações e conforme os custos suportados pelo planejamento social. A

questão degrada-se e os custos se tornam insuportáveis quando o Poder Judiciário interfere nas questões políticas primárias da Nação, substituindo-se às deliberações de gestores públicos e de legisladores, bem como alienando-se ao pôr-se acima dos conflitos sociais e que exigem respostas políticas e horizontais, contexto próprio de disputas sociais prévias ao planejamento jurídico adequado. A interferência judicial indevida rebaixa a figura de juízes e de tribunais, nivelando-os ao jogo bruto do Poder.

O reconhecimento da processualidade que perpassa as atividades estatais é decorrência da crença de que, em tendo conhecimento do teor e por participarem e contribuírem ativamente no curso do processo de construção argumentativa anterior à tomada da decisão jurídica, julgadores, agentes do sistema e destinatários das decisões aceitem e se submetam com poucos ou sem quaisquer custos sociais aos ditames do ordenamento.

A garantia do devido processo legal denota-se como limite procedimental de natureza dinâmica e formal: mediante o seguimento de atos e de etapas predeterminadas legislativamente que conformam os pontos de tensão inevitável inerentes a qualquer *dubium* conflitivo e de modo a chegar a uma decisão imparcial, justa e adequada, propicia-se a participação dos cidadãos (ou a sensação do exercício dessa prerrogativa) que lhes permita conhecimento razoável da previsibilidade da decisão a ser tomada nos moldes que se pode extrair da cultura jurídica dominante e adesão inconteste, isolando quando não amortecendo o coro dos derrotados descontentes nos conflitos jurídicos.

O dever de fundamentação das decisões jurídicas se apresenta como um limite procedimental de natureza dinâmica e material: mediante o seguimento de regras e princípios que condicionam o modo de produção ou de exteriorização da decisão jurídica (coerência ou legalidade externa) ou mediante o uso das técnicas inerentes à atividade intelectual interpretativa de forma notadamente empírica, manejando os fatos trazidos e alegados durante a marcha processual, confrontando-se com as normas jurídicas aplicáveis e chegando ao resultado institucionalmente possível (coerência ou legalidade interna).

Tem-se aqui um ato jurídico racional e persuasivo, cuja reafirmação de razões já previamente dotadas de autoridade, visando não apenas a pacificação social mediante a resolução dos conflitos jurídicos mas a civilização das

expectativas dos derrotados, mantendo a paz social, traduz um exercício contínuo de reafirmação do caráter autoritativo do Direito e de sua legitimidade social a permitir-se à controlabilidade por parte da sociedade que lhe é destinatária e que não se convença do acerto das razões expendidas, mesmo que não lhe conteste de modo algum a eficácia e a autoridade.

CAPÍTULO IV – DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – ASPECTOS GERAIS

4.1 DIREITOS TÊM CUSTOS. DIREITOS SOCIAIS, TAMBÉM: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO GERENCIADOR DE RECURSOS ESCASSOS E DE NECESSIDADES HUMANAS INFINITAS

A civilização humana é uma síntese de necessidades infinitas frente a recursos (econômicos, sociais, humanos) sempre escassos. A gerência da tensão decorrente desta crua realidade sempre se apresentou como responsabilidade do Estado, aqui visto como um ente fictício acima dos homens e de suas paixões e interesses particulares, seja encarnado na figura do sagrado, seja como produto de uma razão divina ou humana.

No quadro da evolução tecnológica que marca a modernidade, essa tensão só fez agravar-se. Com efeito, a cada desenvolvimento tecnológico surgem novas necessidades para seu atendimento. Não faz muito tempo, não havia fotocopiadoras, computadores, telefones celulares, Internet. O transporte era a cavalo apenas, não havendo trens ou veículos automotores. Conforme foi surgindo um novo aparato tecnológico, foram surgindo novas necessidades para atender o desenvolvimento humano. Surgiram os trens e os veículos automotores movidos a combustíveis fósseis; hoje, busca-se a tecnologia movida a energia elétrica. Na Internet discada sentimos a necessidade de criação de uma via de comunicação mais expressa, e daí surgiu a Internet de banda larga; do sistema de telefonia fixa, surgiu a telefonia celular e, mais recentemente o sistema de transmissão de voz e imagem via IP, cujo programa Skype é um dos ícones do mercado. E assim sucessivamente, e em vários âmbitos da vida humana (SCAFF, 2005, p. 84).

As necessidades humanas são infinitas, invariáveis e imprevisíveis, não se compatibilizando com os escassos recursos disponibilizados por um meio ambiente natural e artificialmente posto e finito. Conforme coloca Ana Lúcia Pretto Pereira (2014, p. 39):

> As necessidades humanas são ilimitadas, na medida em que o progresso social, científico e econômico, aliado ao crescimento populacional, faz com que as necessidades dos indivíduos sejam distintas com o passar

> das gerações, tendendo a aumentar exponencialmente. O choque de civilizações, a evolução das sociedades, as correntes comerciais, tudo isso fez com que as comunidades incorporassem em suas culturas elementos até então despidos de qualquer essencialidade. São necessidades que variam desde vestuário, alimentação, e também espirituais, de modo que se torna inócuo esperar que, um dia, dê-se conta da satisfação de todas elas. Não podem ser objetivamente previstas, o que leva à incerteza quanto ao que pode vir a ser uma necessidade futuramente.

Não por acaso, um dos desafios do Estado em sua contemporânea figura de Estado Democrático de Direito ou "Estado-providência", fortemente burocratizado e de natureza fiscal, é administrar tal quadro de escassez.

O Estado Democrático de Direito estabelece com os cidadãos uma "relação contratual" angariando os recursos financeiros necessários para a realização das diversas atividades estatais. Há poucas dúvidas de que vivemos contemporaneamente em um Estado Fiscal que extrai seu *modus vivendi* da sociedade para a qual serve mediante prestações estatais e nela busca fundamento para garantir sua própria legitimidade, fornecendo esta mesma sociedade a seiva que o alimenta e norteia. Rejeita-se a ideia de um estado patrimonial ou empresarial a viver de suas próprias rendas e de suas atividades econômicas ou de um estado meramente taxador em relações bilaterais ou de mera contraprestação com a sociedade (NABAIS, 2011, p. 12). O Estado como ideia abstrata tem na sociedade seu elemento humano fundamental e por meio dela estabelece seus parâmetros e objetivos éticos e institucionais.

Por outro lado, depara-se este mesmo "Estado-providência" com um quadro em que muitos bens e serviços se apresentam, por princípio, disponíveis em grau limitado: por exemplo, as riquezas do subsolo, a riqueza pesqueira dos mares, as áreas urbanas, as paisagens naturais de lazer, a capacidade das águas em absorver resíduos e a capacidade da atmosfera para absorver a poluição sonora e dos gases de escape, mas também a capacidade de formação das escolas superiores e o número de postos de trabalho. Em todos estes casos, colocam-se problemas de distribuição e de limitação, que não encontram solução satisfatória no "livre jogo das forças" (ZIPPELIUS, 2016, p. 523).

Na sociedade capitalista, o sistema de mercado atende a quem tem dinheiro para comprar estas mercadorias e serviços, mas é insuficiente para fazê-lo a quem não possui os recursos necessários para tanto. Como o Estado não gera

recursos por si, mas apenas gerencia os que recebe da sociedade, impõe-se que haja uma congruência entre os bens que deve prover e os recursos que gerencia. Quem estabelece para o Estado estas metas e o volume de recursos a serem utilizados para seu alcance é a sociedade através de seu ordenamento jurídico (SCAFF, 2005, p. 85).

O Direito por certo não se pode alienar desta dimensão de realidade, sob pena de comprometer sua própria eficácia, sendo de rigor que sempre considere a escassez de recursos quer econômicos ou mesmos técnicos (MENEZES, 2015, p. 190).

Conforme colocam Gustavo Amaral e Daniele Melo em considerações deveras elucidativas (2008, p. 96-97):

> Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não-coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim da infância são exemplos (Elster, 1992, p. 21-22).
>
> Além da escassez propriamente dita, outras duas variáveis trazem importantes questões quanto à alocação de recursos: a divisibilidade e a homogeneidade do bem a ser alocado. Como bem exemplifica Elster (cit., pp. 23-24), o bem pode não ser escasso, mas heterogêneo em aspecto relevante na avaliação de quem irá recebê-lo. Quando o Congresso indica membros para um comitê, empresas alocam salas para empregados ou universidades distribuem estudantes nos dormitórios, conflitos de interesses surgem com frequência. No campo médico, a sobrecarga de hospitais maiores e a subutilização de postos de saúde é um exemplo. O bem pode ser escasso, indivisível e homogêneo, como rins, corações e pulmões para transplante. O bem pode ser também escasso, divisível e homogêneo, como água, energia e maioria dos bens de consumo. Por último, o bem pode ser escasso, divisível indefinidamente, mas heterogêneo, como a terra.

No que arrematam (2008, p. 101):

> A idéia de escassez traz consigo a noção de trade-off. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não

> atender. Preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido em todas as demais direções possíveis. Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico. Uma UTI neonatal consome recursos – dinheiro, espaço, pessoal – que não estarão disponíveis para atender as necessidades de quem não sejam de recém-nascidos.
> Não se trata de algo "mau", mas sim de uma característica inexorável.

É certo que esse quadro de escassez pode apresentar-se tanto natural (quando há evidentemente falta absoluta de recursos) quanto artificial (quando se pode e deve fazer a alocação de recursos finitos para priorizar determinados objetivos). Nesse quadro, é de rigor diferenciar entre o quadro de comprovada inexistência de meios suficientes, mesmo depois de atendidas as normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o quadro de impossibilidade por conta de os meios suficientes se encontrarem alocados para outras prioridades. Assume aqui especial relevância a questão de escolha alocativa de recursos, responsável pela decisão sobre quanto disponibilizar e quem atender (OLSEN, 2012, p. 210).

De todo modo, se os bens disponíveis, quantificáveis materialmente ou não, são escassos, é lógico concluir que os direitos aos mesmos implicam custos. Sejam direitos que fomentem o *status positivus libertatis* e que impõem a organização do aparelho estatal de modo a garantir a liberdade dos cidadãos, sejam direitos que fomentem o *status positivus socialis* e que impõem a organização do aparelho estatal de modo a garantir o fornecimento de prestações a minorar o quadro de desigualdade entre os cidadãos, em ambos os casos verifica-se o manejo pelo Estado dos recursos angariados junto à sociedade para fins de atingimento das metas buscadas por esta sociedade, desviando-os de outros fins que se apresentariam quiçá mais eficientes e legítimos em determinado momento.

Conforme coloca Amauris Feres Saad (2016, p. 223):

> Numa primeira aproximação, poder-se-ia sustentar que os direitos de liberdade constituem direitos não dependentes de políticas públicas, ao passo que os direitos a prestações seriam, por definição, os direitos dependentes de políticas públicas. Isto, todavia, comporta temperamentos, haja vista que determinados direitos a prestações (vide o caso dos medicamentos, já referido) podem ser impostos em juízo independentemente de políticas públicas. De outro lado, direitos típicos de liberdade (como o de sufrágio) não podem ser exercidos senão por meio de políticas públicas (organização pela justiça eleitoral das eleições periódicas, adoção e atualização de tecnologias para o voto eletrônico,

> definição do esquema de segurança do pleito e de fiscalização de candidatos etc.).

Obedece-se aqui à lógica de arrecadação e de redistribuição de recursos. Toda a estrutura burocrática, jurídico-positiva e humana capaz de tornar efetiva a fruição de um direito, seja ele preponderantemente de liberdade, seja ele preponderantemente prestacional, tem, em alguma medida, um custo financeiro que é arcado pelos recursos arrecadados junto à sociedade (*tax-payer*) como é próprio de um Estado fiscal. Se o consumo de recursos públicos, no caso dos direitos de igualdade (ou prestacionais) é explícito, no caso dos direitos de liberdade (ou de defesa) o dispêndio de recursos não se apresenta à vista materialmente falando. De todo modo, conforme colocam Cass Sunstein e Stephen Holmes, os contribuintes possibilitam, no final das contas, materialmente, o exercício tanto de uns quanto de outros, mediante a justa alocação, pelos agentes políticos, de tais bens para a realização de políticas públicas (PEREIRA, 2014, p. 58).

É válida a referência ao seguinte trecho da obra dos citados autores norte-americanos (SUNSTEIN; HOLMES, 2019, p. 30):

> Uma máxima clássica da ciência jurídica diz que “Não há direito sem o remédio jurídico correspondente”. Os indivíduos só gozam de direito no sentido jurídico, e não apenas no sentido moral, quando as injustiças de que são objeto são reparadas pelo Estado de maneira justa e previsível. Essa realidade simples já revela o quanto é insuficiente a distinção entre direitos negativos e positivos. O que ela demonstra é que todos os direitos passíveis de imposição jurídica são necessariamente positivos.
> Os direitos têm um custo alto porque o custo dos remédios é alto. Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme; e os direitos jurídicos não têm significado quando não são garantidos coercitivamente. Para dizer de outra maneira, quase todos os direitos implicam deveres correlativos, e os deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público mediante recurso à fazenda pública.

E arrematam (2019, p. 41):

> As autoridades públicas inativas – quer por apatia, quer por ter recebido propina, quer por serem indevidamente submissas – não podem garantir os direitos constitucionais, da mesma maneira que não podem garantir os direitos previstos nas leis e no direito consuetudinário. A própria ideia de que existe um processo “devido” demonstra que os direitos constitucionais impõem obrigações ativas ao Estado. (...) Os “caminhos para a solução

> de conflitos" só são transitáveis em razão da atuação de autoridades do governo.

Partem os autores norte-americanos da premissa de que os bens são escassos; não há como todos os direitos serem realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não (OLSEN, 2012, p. 187).

Reconhece-se aqui a dimensão de custo dos direitos fundamentais, a qual não pode ser olvidada e estabelece os limites materiais de sua aplicação cujo reconhecimento se impõe para se tornarem efetivos. A problemática da despesa passaria a fazer parte do próprio conceito do Direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria direito a ser defendido (OLSEN, 2012, p. 185).

Naturalmente, a composição entre receitas e despesas deve ser equilibrada de maneira que, ao mesmo tempo que não implique a tributação excessiva da sociedade que fundamenta o Estado, resulte em uma eficiente alocação dos recursos escassos. O Estado deve exercer seu mister mediante prestações estatais e a estruturação da aparelhagem administrativa para garantir a liberdade e a dignidade dos cidadãos, mas deve evitar o suporte de despesas ilimitadas.

Conforme coloca Ana Carolina Lopes Olsen (2012, p. 187):

> É neste aspecto que se verifica a influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, e especialmente, sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não só a influência, mas, em verdade, a prevalência, na medida em que segundo as idéias até aqui apresentadas, não existem direitos se não houver meios (econômicos) para torna-los efetivos. A questão da escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos, que pode comprometer sua efetividade, para ser considerada como elemento intrínseco. A questão econômica foi trazida para o próprio âmago da existência dos direitos – sem recursos, eles deixam de existir.

Dessa composição sairá a sociedade possível, cujo objetivo deverá ser buscar a idealidade de uma sociedade concebível em que os cidadãos exerçam sua plena liberdade e com igualdade de oportunidades. Afinal, a atuação em prol da realização de direitos fundamentais encontra-se circunscrita a uma reserva que se encontre dentro dessas possibilidades. A existência de restrições à satisfação

de direitos deve decorrer, assim, da não possibilidade de inclusão dos respectivos satisfatores dentro daquela reserva de possibilidade. E tais restrições são reflexo de impossibilidades que se impõem face à execução dos satisfatores das necessidades humanas (PEREIRA, 2014, p. 48).

Este duplo dever impõe a atividade estatal mediante políticas públicas adotadas e implementadas sob um âmbito estratégico. Em estando vinculada a bens constitucionalmente postos, o Estado Democrático de Direito adota políticas adequadas para o suprimento dos mesmos. Aqui se estabelecem diretrizes extrajurídicas cuja forma legal deve ser buscada no ordenamento e de modo a aferir o alcance dos resultados pretendidos. Em havendo liberdade no estabelecimento de objetivos para o suprimento dos bens constitucionalmente tutelados (um campo essencialmente próprio da política como forma de sopesamento e de conformação de interesses sociais legítimos e que configura o elemento “fim” das políticas públicas), por outro lado devem valer-se de instrumentos legalmente previstos no desenvolvimento da atividade estatal (campo este reservado à ciência e ao ordenamento jurídico), seguindo-se os demais elementos próprios de políticas públicas (propósitos, componentes e atividades).

O gestor público, portanto, aqui pauta a política pública estabelecida por um programa (o elemento “fim”) conforme o planejamento social prévio estabelecido, o qual tanto deve nortear-se por critérios de eficiência na busca dos resultados pretendidos quanto deve limitar-se a parâmetros jurídicos inafastáveis, ambos os aspectos imprescindíveis para garantir a presunção de legitimidade e de legalidade da atividade administrativa.

Trata-se, aqui, do dever de tutela do Estado exercido em seu âmbito administrativo mediante atividades públicas em benefícios de seus cidadãos, suprindo necessidades fundamentais legitimamente eleitas pela comunidade. O exercício desse dever por meio do tipo e grau de prestações oferecidas dependem do respectivo estado de desenvolvimento social e econômico, da mudança das necessidades, assim como dos recursos que o Estado dispõe num dado momento (ZIPPELIUS, 2016, p. 520).

Como os direitos fundamentais se apresentam como a materialização jurídica de uma liberdade que, do ponto de vista estatal, deve ser não apenas liberdade de todos, mas igualmente uma liberdade integrada, limitada e vinculada

aos interesses da comunidade por ela mesma vivida, cabe ao Estado assegurar os meios de realização normativa e fática desses direitos (NOVAIS, 2003, p. 311). Devem ser adotados os instrumentos jurídicos para conformar e delimitar essa liberdade conforme o contexto que se apresente: liberdade é instituição e organização e, por conseguinte, direito fundamental e direito positivo.

Não se trata aqui de restringir ou de comprometer o conteúdo essencial ou eficácia dos direitos fundamentais, mas antes propiciar a concretização, revelação ou especificação de seu conteúdo. Ao conformar a liberdade inerente aos direitos fundamentais, de modo que restem atualizados seus limites imanentes que resultam da necessária integração entre si no sistema escalonado de valores constitucionais, o legislador cria os complexos normativos, institutos e pressupostos requeridos para um exercício efetivo dos direitos fundamentais por seus titulares, sendo que, em alguns casos, é esse próprio legislador quem determina constitutiva e efetivamente o conteúdo dos direitos (NOVAIS, 2003, p. 312-313). O ordenamento jurídico não estabelece restrições, antes interpreta e aplica as fronteiras inderrogáveis do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

Sob tais parâmetros, no que se refere aos direitos fundamentais sociais (ou direitos prestacionais), a necessidade de implementação de políticas públicas mediante planejamento estratégico com a devida alocação de recursos e com metas sociais devidamente estabelecidas se impõe por conta das características desses direitos, a saber a universalidade, a progressividade e a eficiência (ou boa administração) em seu manejo.

Com efeito, o acesso universal preconizado para os direitos prestacionais privilegia a sua sindicabilidade de maneira coletiva e não individual. Resta assegurada a fruição desses direitos a todos os cidadãos, demandando judicialmente pelas mesmas ou não e ensejando a maximização dos recursos escassos.

Por seu caráter progressivo, o planejamento econômico se apresenta imprescindível para a satisfação de necessidades humanas num contexto de escassez de recursos. A implementação de políticas públicas impõe o estabelecimento de projetos que levem em conta a demanda social por um determinado bem, e os recursos de que se dispõe para assegurá-los aos cidadãos. Ao mesmo tempo que merecem prioridade como essenciais ao exercício da

cidadania, não são passíveis os direitos sociais de imediata e de máxima satisfação sob pena de esgotamento dos recursos, impondo-se que o seja feito de forma progressiva de modo a acompanhar a realidade da limitação destes em relação às necessidades subjetivas.

A concretização dos direitos fundamentais sociais depende do progresso alcançado no âmbito social, no sentido de que, quanto menos desenvolvido o país, mais presente será essa concepção de progressividade, porque mais recursos serão necessários para atender às mais numerosas e primárias necessidades (PEREIRA, 2014, p. 217). Trata-se de característica que se acentua conforme o (baixo) nível de desenvolvimento social de que goze ou padeça a sociedade abarcada por aquele Estado, em que se exige um planejamento progressivo para o atingimento das metas sociais desejadas. Não por acaso, o dever de progressividade da satisfação dos direitos fundamentais sociais resta observado pelo artigo 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica[67].

Assevere-se que a universalidade e a progressividade são consectários diretos do objeto de construção de uma sociedade solidária estabelecido pelo Texto Constitucional brasileiro (art. 3º, I[68]). Não apenas cabe ao Estado promover e fomentar a igualdade entre os cidadãos, mas igualmente a sociedade que lhe dá suporte. Nesse ínterim, a fruição dos direitos fundamentais deve ser garantida a todos. O coletivo prevalece sobre o individual.

Por fim, os recursos destinados à satisfação dos direitos fundamentais sociais devem ser manejados de forma eficiente, de modo que sejam fruídos pela universalidade dos cidadãos e conforme as metas sociais a serem atingidas. Antes que se possa argumentar por um princípio administrativo da eficiência (devidamente positivado no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro pela

---

[67] Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de San Jose da Costa Rica, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 678, de 06 de novembro de 1992: Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo; Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

[68] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

leitura do artigo 37 da Constituição da República[69]), deve-se falar em um princípio constitucional da boa administração, pelo qual se deve desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, estes por si os mais idôneos para tanto (MELLO, 2016, p. 127).

Em suma, o manejo dos recursos escassos com fins à satisfação das infinitas necessidades humanas abarcadas pelos direitos fundamentais sociais exige um planejamento estratégico por todos os poderes estatais integrantes do Estado Democrático de Direito. Se é certo que cabe ao Poder Executivo a implementação das políticas públicas adotadas para tal desiderato, cabe ao Poder Legislativo conferir a tais políticas a devida dignidade legislativa e ao Poder Judiciário zelar pela idoneidade da execução de tais políticas. Todavia, a todos os poderes estatais não se pode olvidar a observação do manejo de escassos recursos frente a infinitas necessidades humanas e a conformação posta pelo ordenamento jurídico conforme os ditames do plano-mestre materializado no texto constitucional, entendendo-se tais parâmetros não apenas como um limite, mas como um legítimo e inderrogável espaço de atividade estatal.

A concretude do texto constitucional tem na juridicidade o seu instrumento, mas não deve olvidar os limites postos pela realidade, sob pena de transformá-lo num documento compromissário em potencial liquefação à medida que as políticas públicas forem levadas a efeito (LAZARI, 2016, p. 59).

Conforme arremata Ana Lúcia Pretto Pereira (2014, p. 166):

> Não se pode ignorar o livre espaço de conformação do legislador, notadamente no que atine à efetividade dos direitos sociais. Há espaço para conformação em razão do cumprimento das tarefas impostas pelo constituinte depender de escolhas que levem em conta a insuficiência dos recursos públicos necessários à implementação de políticas públicas. Em princípio, o Judiciário não pode intervir nas escolhas políticas, pois a compreensão adequada da Constituição deve orientar-se no sentido de que todos têm o direito ao atendimento, e não apenas alguns. Porém, a alegação da violação ao princípio da separação dos poderes não pode justificar a inércia do administrador quanto à sua obrigação constitucional. A responsabilidade cabe aos três poderes, cada uma na sua medida, de acordo com sua competência.

[69] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifo nosso).

4.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DE DIREITO ESPREMIDO ENTRE SUAS LIMITAÇÕES: A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

4.2.1 Origem e Sentidos da Teoria da Reserva do Possível

Na dinâmica de uma civilização tensionada entre infinitas necessidades humanas e recursos escassos e frente a um modelo estatal com o ônus de gerenciar tais conflitos, afigura-se natural que este modelo apresente dificuldades para exercer tal mister, construindo uma imagem de ineficiência a qual compromete a própria credibilidade do Estado Democrático de Direito. Duas ordens de dificuldades se apresentam aqui.

Primeiramente, falta ao Estado-providência a racionalidade controladora do mercado. No mercado, os bens são distribuídos de acordo com o princípio “prestação a troco de contrapartida”. Para beneficiar-se de uma prestação de outrem, é neste caso razoável que o indivíduo apresente uma contrapartida. Tal relacionamento não se apresenta na relação Estado-cidadão mesmo no seio do Estado Fiscal em que se dá o angariamento de recursos mediante impostos com o respectivo financiamento de prestações coletivas, não havendo exigência de que essa disponibilização se dê por contrapartidas de igual valor. Neste caso e na perspectiva do indivíduo, parece ser economicamente racional (embora nem sempre decente) tirar tanto proveito quanto possível das prestações financiadas coletivamente.

Isso leva não raras vezes ao parasitismo social e a que os beneficiados sejam “libertados”, para além das marcas socialmente justificadas, da necessidade de resolverem os seus problemas à própria responsabilidade e esforço (ZIPPELIUS, 2016, p. 538). A progressiva e persistente ineficiência do Estado Democrático de Direito leva a uma precarização do “contrato social” que o sustenta, tirando o sentido de responsabilidade dos cidadãos para chegar à sociedade concebível.

Por outro lado, no exercício de sua função de controle – ora lançando impostos, ora através de prestações sociais e de subvenções – não se apresenta inequívoco que os recursos arrecadados serão capazes de atender as despesas.

Uma parte considerável da tributação angariada é consumida pelo aparelho administrativo e pelos custos com pessoal, que são aplicados para arrecadar e administrar estes meios e tampouco há garantias de que a atividade estatal atingirá o resultado desejado.

Reinhold Zippelius (2016, p. 539) dá o nome de “efeito cobra” a este fenômeno, fazendo referência à tentativa lendária feita na Índia para reduzir o número de najas, mediante o pagamento de uma recompensa por cada cabeça de naja que fosse entregue, o que no entanto levou a que as najas fossem criadas em vez de caçadas.

No seio destes dilemas, surge a ideia de que a sociedade deve esperar do Estado Democrático de Direito o que é razoavelmente possível no atendimento das infinitas necessidades humanas frente a meio prenhe de recursos escassos. A tais considerações se deu o nome de teoria ou cláusula da “reserva do possível”.

A teoria da reserva do possível restou aventada a partir de 1972 pela corte constitucional alemã por meio do julgado ordinariamente conhecido como *numerus clausus*, pelo qual restou assentado que *“a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”*.

Neste sentido, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos. Os direitos a prestações positivas do Estado (os direitos fundamentais sociais) *“estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.”* A paradigmática decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos (SCAFF, 2005, p. 89).

Ana Lúcia Pretto Pereira (2014, p. 27-30), em alentada monografia sobre este tema, aponta três lições extraídas do referido julgado e que impediriam a automática aplicação de seus argumentos no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro:

> a) A prestação de ensino pelo Estado não configurava um direito subjetivo, sindicável em Juízo, ao contrário do que recorrentemente sustentado no contexto brasileiro; a cláusula do Estado Social, presente na Constituição

> alemã, seria o dispositivo constitucional a dar fundamento para a construção da norma continente de um direito fundamental social subjetivo (2014, p. 27-28).
> b) As regras do *numerus clausus*, precisamente por obstarem o acesso, apenas, dos candidatos a vagas no curso de ensino superior, não violariam a Constituição Alemã, em seu art. 12, 1, 1, por manterem incólume o direito dos cidadãos à livre escolha da profissão que pretendiam exercer e da instituição onde almejavam estudar (2014, p. 29).
> c) O reconhecimento dos membros do tribunal alemão de que o Estado já vinha adotando medidas destinadas a superar as dificuldades decorrentes da limitação de vagas em relação ao excesso de procura. Tanto é que os critérios das regras restritivas deveriam sujeitar-se à revisão periódica, orientada à extinção em definitivo, quando, então, todo candidato devidamente habilitado teria acesso garantido ao ensino superior (2014, p. 30).

Como ponto de partida historicamente tomado para caracterizar a teoria da reserva do possível, centrou-se o precedente *numerus clausus* na ideia de razoabilidade da pretensão do indivíduo perante o Estado, vedando até mesmo o surgimento desta pretensão. Explique-se: não se excluía somente a exequibilidade da pretensão, mas se impedia verdadeiramente o surgimento da pretensão e se evitava que fossem requeridas providências do Estado além de um patamar logicamente razoável de exigências sociais; restou afastada a lógica de que o Estado estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas para acolher todos os interessados em ingressarem nas universidades públicas (MENEZES, 2015, p. 203).

O interesse coletivo prevalece perante a pretensão individual. Considerou o Tribunal Constitucional que, se o número de recusas de admissão ao curso de medicina aumentasse, o direito fundamental resguardado pela Lei Fundamental Alemã restaria ameaçado. Em tal maneira, concluiu-se ser aceitável condicionar essa admissão a uma limitação estrutural e orçamentária, não se discutindo acerca da existência de recursos disponíveis para suportar todas as obrigações estatais, mas sim em saber se essa prestação pode ser considerada como responsabilidade pública e, por conseguinte, como algo a ser suportada pela sociedade, sendo possível sua judicialização. O ponto central se apresentou em delimitar o espaço de atuação judicial (MIRANDA, 2019, p. 261).

Conforme coloca Rafael de Lazari (2016, p. 74-75):

> Por isso, para o Tribunal Constitucional Federal, mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são, desde o início, restringidos àquilo existente em cada caso, eles se

> encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Assim, ao administrador competiria, na gestão seu orçamento, também observar outros interesses da coletividade, bem como, a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior. Isso não representaria autorizativo, contudo, a que um candidato, em qualquer momento, pleiteasse a vaga do ensino superior por ele desejada, pois isso tornaria os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes quase exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores. Isso levaria, segundo a Corte Constitucional, a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas à custa da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social.
> Desta forma, fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.

Sob tal ordem de ideias, obrigar a Administração Pública a proceder à matrícula de um demandante permitiria a outros em situação similar ao mesmo provimento em nome do normativo princípio da igualdade. Surgiria o risco, conforme mesmo alertou a Corte Constitucional Alemã, ainda em forma embrionária, de que uma decisão favorável incondicionada, sem quaisquer pestanejos, em prol de quem pleiteia, pudesse desencadear um alto volume de ações idênticas no Poder Judiciário, fazendo com que a via, inicialmente vista como segura, não dê vazão aos excessos, justamente pela incapacidade da Administração de atender a todas as determinações judiciais (LAZARI, 2016, p. 76-77).

Privilegiou-se, portanto, um sentido de razoabilidade a nortear e a compreender a atividade administrativa estatal como promotora do interesse coletivo, não se afigurando exagerado colocar que

> Passados aproximadamente trinta anos do acórdão paradigmático, a reserva do possível ainda mantém seu significado quando aplicado pelas cortes alemãs: um parâmetro de razoabilidade em relação à exigência de prestações a serem cumpridas pelo Estado, tendo em vista o que ele efetivamente tem condições de realizar, e o que realmente precisa ser garantido, em respeito às normas constitucionais (OLSEN, 2012, p. 220)

Tomando por consideração o ordenamento constitucional lusitano e europeu, José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 107), abordou que a teoria da reserva do possível encerraria os seguintes sentidos:

> 1. Reserva do possível' significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
> 2. Reserva do possível significa a 'tendência para zero' da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
> 3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo, sobretudo, em conta os limites financeiros.
> 4. Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedora de direitos sociais.

Respeitando-se o entendimento do constitucionalista lusitano, é fato que a ideia de reserva do possível encerra uma constatação inescapável da dinâmica do Estado Democrático de Direito em sua função de providência: a impossibilidade de atender as infinitas demandas dos cidadãos frente a toda ordem de limitações que surgem no manejo dos escassos recursos disponíveis. Estas limitações se apresentam em um aspecto não apenas econômico, mas igualmente político, tecnológico e jurídico.

Sob um ponto de vista econômico, a ideia da limitação material do fornecimento de prestações estatais reside simplesmente na constatação da inexistência de recursos financeiros disponíveis para o atendimento de todas as demandas. Pouco vale a previsão do direito fundamental social se não houver recursos financeiros, não apenas previstos como sobretudo existentes para sua tutela, salvo mediante o sacrifício de outros interesses igualmente legítimos.

Conforme coloca José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 180):

> A impossibilidade econômica diz respeito à escassez e a escassez sempre quer dizer desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos. Requer-se, pois, que sejam distribuídos segundo regras e regras que pressupõem o direito igual ao bem e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de uso igual e simultâneo. Há impossibilidade econômica quando, a despeito de existirem condições de outra ordem para a criação do bem, por motivos variados a provisão do bem não se pode fazer sem o sacrifício de outros bens.
> O exemplo mais banal de escassez é o das ruas. Se todos os automóveis de uma cidade, ou mesmo de todos os habitantes confluírem simultaneamente para uma mesma praça ou rua, é quase certo que não haverá lugar para todos. Por isso, é compreensível que se estabeleçam regras que distribuam o uso da rua: horários diferentes, usos diferentes em dias diferentes e assim por diante. Todos têm direito de usar a rua, mas como o uso simultâneo e desordenado não é possível, alguma distribuição do uso torna-se necessária. Assim, surgido o problema da escassez é legítimo organizar o uso ou o acesso aos bens de modo a não excluir ninguém, a não ser temporariamente. Não por acaso, um dos

> critérios que se pode usar para distribuir bens escassos é o da urgência da necessidade de alguém, em contraste com a menos urgente necessidade de outrem.

No que é complementado por Gustavo Amaral e Daniele Melo (2008, p. 104):

> (...) como “levar o direito a sério é também levar a escassez a sério” e como “justificar a decisão particular envolve a enunciação de alguma deliberação universal pertinente à questão particular” e Maccormick (2007, p. 128) afirma que, alguém tem o direito de receber dada prestação do Estado, sem limites nas possibilidades, demanda que se admita, ao menos implicitamente, um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais ligadas à tributação, ao respeito à propriedade e dos contratos, que protege não apenas os que contratam com o Poder Público, mas também o direito dos servidores aos seus vencimentos.
> Afirmar um “direito ilimitado” que deva ser realmente efetivo pressupõe que, na falta de meios, eles possam ser extraídos a despeito dos limites constitucionais. Estes recursos, entretanto, teriam que vir da sociedade, seja através de tributos, seja através do confisco, seja através da “priorização de pagamentos”, sacrificando direitos dos que contratam com o Estado e também dos servidores públicos.

Em suma, a limitação econômica é a limitação de dinheiro, o que conduz à tradicional ideia de impossibilidade financeira como sinônimo da teoria da reserva do possível. Com efeito, o conjunto de recursos econômicos destinados à satisfação das necessidades humanas é mais estreito, abrangendo, especificamente, dinheiro. E tal questão não pode e nem deve ser minimizada, vez que o atendimento das necessidades humanas depende, em um primeiro momento, da alocação de recursos financeiros para tanto. Trata-se aqui da ideia da “reserva do financeiramente possível”.

Bem sintetiza Felipe Arady Miranda (2019, p. 271):

> Em resumo, a reserva do financeiramente possível demonstra a dependência dos direitos prestacionais aos recursos disponíveis, o que revela uma necessidade de cobertura orçamental e financeira. Se traduz, ao fim, no reconhecimento de que a inexistência de recursos econômico-financeiros força o executor o orçamento a fazer menos do que aquilo que, em princípio, o Estado estava obrigado a fazer.

O aspecto da limitação igualmente merece ser desenvolvido na constatação de escassez ou de inexistência de bens materiais para serem distribuídos, não se dependendo da existência de recursos financeiros (*v.g.*, inexistência do órgão do corpo humano específico e demandado para transplante).

Nesse ponto, conforme coloca Ana Lúcia Pretto Pereira (2014, p. 54), amparando-se nas considerações de Jon Elster, a alocação dos bens escassos orienta-se pela busca da maior objetividade acerca da necessidade de distribuição de tais bens. Utilizando-se como exemplo a já citada situação de inexistência de órgãos do corpo humano próprios para transplante, a solução se apresentaria mediante tratamentos alternativos (*v.g.*, sessões de hemodiálise no caso de inexistência de rins para transplante). A preocupação crucial aqui é que, frente à escassez de bens, todos tenham acesso a estes bens, mesmo que não de imediato, e que porventura quem tenha preferência o tenha mediante requisitos pré-definidos. Trata-se de ideia de "reserva do logicamente possível".

Conforme coloca Ana Carolina Lopes Olsen (2012, p. 204):

> Na medida em que a aplicação dos direitos fundamentais sociais a prestações está condicionada pela realidade, é certo que o intérprete não poderá demandar dos poderes públicos o que for logicamente impossível, ou seja, não se pode exigir o absurdo. Por exemplo: embora a Constituição preveja como direito fundamental de todo cidadão o direito à saúde, não poderá o titular deste direito pleitear em juízo, o fornecimento do remédio capaz de promover a cura para a AIDS. Trata-se de prestação totalmente inviável.

As limitações igualmente se traduzem em impossibilidade técnica, constituindo o espaço de possibilidade caracterizado pelas limitações científicas, tecnológicas e de capacitação da evolução humana (o que inclui recursos de pessoal, portanto), traduzindo igualmente uma "reserva do tecnicamente possível".

As restrições ao atendimento das infinitas necessidades humanas se apresentam primeiramente se considerarmos simplesmente a falta de tecnologia existente para o atendimento daquela necessidade (cura definitiva para a AIDS e para o câncer em suas diversas espécies, por exemplo). O avanço tecnológico não consegue alcançar o rápido desenvolvimento e mutação de determinadas doenças ou se apresenta frente a estes mediante um tratamento deveras custoso ou simplesmente inexequível, configurando a inexistência de uma reserva do tecnicamente possível.

Por outro lado, a evolução tecnológica também pode obstar, ainda que temporariamente, a satisfação de necessidades quando, seja pela grande procura, seja pelos custos para sua execução, não puder ser de acesso fácil àqueles que dele precisem. Com relação à grande procura, exemplo são os serviços médicos

sofisticados, cuja oferta limitada acaba delimitando o número de pessoas que a eles terão acesso. Nesse ponto, a impossibilidade técnica existe, por exemplo, quando se requer a distribuição geral e gratuita de um medicamento ainda em fase experimental. O remédio existe, mas não é produzido em escala industrial (está em fase experimental). Não é produzido porque não se sabem ainda os resultados de sua aplicação a todas as populações. Há escassez quando o nível de produção industrial, embora existente, é insuficiente para garantir a todos (LOPES, 2008, p. 181). Exemplo deveras recente das colocações aqui externadas se apresenta na "pílula do câncer".

Diversas decisões judiciais de caráter liminar foram concedidas entre os anos de 2015 e 2017 de modo a obrigar o Estado de São Paulo e outros estados da Federação Brasileira a fornecer o medicamento em experimentação conhecido como fosfoetanolamina ou "pílula do câncer", gerando discussões intensas junto à opinião pública e até a emissão de documentos legislativos em tempo recorde, de modo a garantir a idoneidade deste tratamento, a despeito das objeções levantadas por vários profissionais da área científica[70].

Relativamente aos custos de execução, um exemplo é a instalação de manutenção de laboratórios de informática em escolas de rede pública de ensino, o que pode ser dispendioso a ponto de limitar a fruição da tecnologia de informática a apenas alguns estabelecimentos de ensino, ao menos temporariamente (PEREIRA, 2014, p. 60). Como atender a tais necessidades individuais e específicas em detrimento do interesse coletivo?

As limitações de ordem política residem em que devem as autoridades públicas legitimadas para tanto decidir quais interesses serão contemplados na peça legislativa a estabelecer a política pública apta ao atendimento do direito fundamental social pleiteado. As necessidades existem, mas não há como atender

---

[70] Cerca de R$ 1,5 milhão poderiam ser enterrados nessa aventura para dar uma sobrevida imerecida à fosfo. *Ou seja, recursos do contribuinte patrocinando um novo atentado contra a autoridade da Anvisa". "Pois bem, no último dia 31 o engodo da fosfoetanolamina recebeu o que, se espera, deve ser um golpe fatal. O Icesp, após oito meses de desperdício de tempo e dinheiro, suspendeu o estudo a meio caminho, pois não encontrara indícios de eficácia. Seria um milagre se não fosse esse o resultado. E milagres não são matéria da ciência, mas sim de fé e desespero explorados por charlatães e oportunistas (a fosfo agora é vendida como "suplemento alimentar"). "Como não se descarta que haja mais políticos dispostos a ir até as raias da desumanidade para incentivar falsas esperanças e assim recolher algumas migalhas de popularidade, nada garante que o estelionato da fosfoetanolamina tenha de fato chegado ao fim".* (LEITE, Marcelo. O conto do Fosfo. Folha de São Paulo, São Paulo, 10 abr. 2017).

integral e concomitantemente a todas, em face da escassez dos recursos disponíveis.

Portanto, a decisão a ser tomada exige o estabelecimento de prioridades e a utilização de critérios que mudarão caso a caso, de região para região, o que é especialmente dramático em um país de dimensões continentais como no caso brasileiro. Há de se decidir, por exemplo, por que investir na melhoria da estrutura de escolas da rede pública, e não em programas de promoção de vacinação das crianças no município; por que adquirir remédios essenciais que não constem da lista do sistema único de saúde, em lugar de investir na pesquisa científica sobre raras doenças (PEREIRA, 2014, p. 67-68).

Pode-se aqui falar em uma “reserva do politicamente possível” ou do “politicamente adequado”, sendo dado aos poderes políticos para decidir sobre a concretização dos direitos positivos. Mesmo que essa “margem de manobra” não seja absoluta e tampouco incondicionada, é de rigor que se considere o âmbito de competência decisória do legislador e sua liberdade de conformação legislativa, sob pena de violar a separação dos poderes (MIRANDA, 2019, p. 263).

Mesmo que se admita o direito, impõe-se a escassez e é preciso lidar com ela mediante escolhas trágicas, as quais podem e devem ser tomadas pelos representantes legais eleitos no seio do Parlamento e da Administração Pública, os quais devem prestar contas (públicas) de suas ações. As limitações de ordem política se apresentam como uma nota essencial da teoria da reserva do possível e se traduzem nas peças legislativas e nos atos administrativos que darão concretude à política pública estabelecida. E a síntese desses interesses se traduzirá no orçamento a ser aprovado e na atividade administrativa a ser abarcada por este.

É nesse contexto que reside a discussão acerca da atuação judicial na distribuição de recursos financeiros do Estado, vez que faltaria ao Poder Judiciário a unção legitimatória conferida pelo voto popular para uma análise de gestão tipicamente executiva e mesmo de substituir-se às opções políticas de gestores públicos e de legisladores – uma característica essencial da atividade de distribuição de verbas orçamentárias (FERREIRA, 2018, p. 115).

Conforme coloca Maria de Fátima Ribeiro (2011, p. 1.088):

> O Estado moderno necessita cada vez mais de recursos financeiros para atender às necessidades coletivas. Tais despesas integram o orçamento público. O orçamento não é um mero documento contábil e administrativo. Ele deve considerar o interesse da sociedade, assim sendo, deve refletir um plano de ação governamental. Diversas são as diretrizes, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais para orientar a realização e execução do orçamento público.
> A destinação e os valores que serão utilizados para a implementação dos serviços públicos dependem da decisão política quando da elaboração do orçamento público. Neste contexto, há que se falar no desenvolvimento de políticas públicas, antes, porém, a sua inclusão no orçamento. É o Estado que elege quais despesas pretende realizar e suas respectivas prioridades. Há então o controle quanto aos gastos públicos que o Estado deve realizar nos termos da legislação aplicável, sob pena de nulidade da despesa realizada.

No que é complementada por Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 184):

> A definição de quanto gastar e onde gastar os recursos públicos são decisões próprias da esfera de deliberação democrática e não do magistrado, vez que a própria Constituição reconhece, ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo, no que diz respeito à elaboração do orçamento, que sua execução e controle são exclusivos, e sua invasão pelo Judiciário poderia produzir um desequilíbrio equivocado que sufocaria o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia.

Por fim, vejam-se as considerações de Harrison Ferreira Leite (2011, p. 114):

> A previsão legal orçamentária expressa um consenso democrático de aplicação dos recursos, que acaba por não excluir os cidadãos da decisão alocativa. Aqui a sua importância enquanto lei, na medida em que se posiciona do ponto de vista jurídico-político, como norma legítima a expressar a vontade do povo. Não se pode deixar que outros tomem a decisão que possa afetar a vida popular profundamente sem ser-lhe dada a oportunidade de participar na tomada de decisões. A decisão é científica e técnica, além de democrática, demonstrando-se, por isso, que o Judiciário não está vocacionado a tomá-la.

A necessidade de previsão no documento legislativo representado pelo orçamento denota *a priori* as limitações de ordem jurídica a configurar a teoria ou cláusula da reserva do possível, pois a mudança nas regras que determinam a competência para criar e financiar custos de bens públicos são regras constitucionalmente definidas. Violá-las torna inválidos os atos, ou seja, juridicamente inaptos para produzir os efeitos que deles se esperam, a não ser que

se prove que há espaço para remanejamento e para contingenciamento (previstos na própria lei orçamentária).

O orçamento e os documentos legislativos e administrativos que lhe dão efetividade denotam o instrumental normativo que reconhece a limitação econômica de recursos para o fornecimento das prestações estatais e, nesse sentido, impede que as necessidades humanas sejam satisfeitas indefinidamente, precisamente em razão dos parâmetros de despesas fixados constitucionalmente estabelecendo um limite para o dispêndio de recursos escassos (PEREIRA, 2014, p. 65-66).

Há uma inevitável escolha de prioridades, asseverando-se que, no orçamento público, labora-se sob um espectro chamado de macro alocação, referente às decisões sobre o montante de recursos a serem repassados para cada unidade orçamentária, e sob um espectro de micro alocação, relativamente às específicas alocações, com referência a quais instituições ou tipos de serviços que serão contemplados. Não há análise individuada (LEITE, 2011, p. 109).

Pode-se falar aqui na ideia de uma “reserva do juridicamente possível”, sendo pertinentes as considerações de Ana Lúcia Pretto Pereira (2014, p. 66):

> Com efeito, a limitação de recursos existe e não pode ser negada. Não é possível atender às necessidades de todas as pessoas simultaneamente, e por isso torna-se fundamental a criação de instrumentos destinados à composição entre os bens arrecadados e os bens distribuídos. Tais instrumentos devem ter sido criados por agentes legitimados para representar os interesses dos destinatários daquela justa distribuição. O direito é um instrumento para a administração da escassez daqueles recursos escassos, e daí a proximidade entre direito e economia. Nas palavras de Carnellutti, *“quanto mais economia, mais direito”*.

No que é complementada por Felipe Arady Miranda (2019, p. 264):

> (...) as possibilidades e os meios de concretização não correspondem a uma simples operação hermenêutica, e sim a uma complexa ponderação dos valores que se confrontam com a realidade fática daquele Estado. Como dito, por serem escassos os recursos, a decisão primária sobre os diferentes tempos, graus e modos de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais cabe ao legislador, que deverá determinar os valores prioritários e em que medida deverão ser efetivados.
> O juiz, neste caso, não poderia se adiantar ao legislador e ao decisor orçamental, e impor ao Estado, indistintamente, prestações que a sociedade não consentiu satisfazer e que, portanto, não contam com autorização orçamentária para custeá-las.

A teoria ou cláusula da reserva do possível não pode, portanto, ser tomada como uma mera falácia, estando assentada em venerável tradição ocidental e em axioma teórico inquestionável, vigente desde os romanos, de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilitum nulla obligatio est* – Celso, D. 50, 17, 185). Se há limitações de ordem econômica, tecnológica, política e jurídica intransponíveis, não há como cumprir a obrigação. É uma realidade a ser encarada e deve ser apreciada em uma dimensão tríplice à vista das considerações acima:

a) Uma dimensão fática, correspondente à efetiva disponibilidade de recursos, de bens e de possibilidades técnicas para a efetivação de direitos fundamentais (limitação econômica);
b) Uma dimensão formal-jurídica, referente à conexão entre a distribuição de receitas e os recursos angariados por meio do instrumental normativo adequado (limitações político-jurídicas) e
c) Por fim, uma dimensão decisional mediante a aplicação dos princípios da supremacia da Constituição, do mínimo existencial, da segurança jurídica e da proporcionalidade, de modo a proporcionar a prestação que o cidadão pode efetivamente exigir do Estado (campo próprio da discricionariedade político-administrativa e jurisdicional).

Perceba-se aqui que a teoria da “reserva do possível” envolve uma multiplicidade de sentidos os quais não se restringem à pura e simples falta de recursos públicos para o atendimento do bem fundamental; envolve a compreensão de que, enquanto há demandas ilimitadas, notadamente na seara da proteção e promoção dos direitos fundamentais, os quais inevitavelmente acarretam custos, há igualmente escassez de recursos e de meios, impondo ao administrador público escolhas e decisões “trágicas” no âmbito da execução da política pública, o que pode levar à situação de que a decisão de investir em determinada área deixe descoberta outra que não foi contemplada, à situação de preferirem-se determinadas técnicas devidamente reconhecidas a outras em experimentação embora aparentemente mais viáveis, de aguardar-se a realização de procedimentos legalmente previstos de análise e de aprovação de um medicamento, de modo que seja contemplado pelo sistema único de saúde.

Trata-se, portanto, de um terreno reconhecidamente próprio de discricionariedade para todos os poderes estatais, seja pelo legislador ou pelo

gestor público, seja pelo julgador ou pelos demais oficiais do sistema, os quais apenas não ficam adstritos aos limites impostos pelos aspectos econômico, político e jurídico acima delineados, reconhecendo-se o legítimo campo para o exercício de uma insindicável atividade estatal pelo qual será dado cumprimento ao dever constitucional de agir pela efetividade dos direitos prestacionais. Fala-se, aqui, em qualquer medida, por não ser dado ao agente político escolher por não agir, mas sim em como agir (PEREIRA, 2014, p. 107). Em termos financeiros e outras palavras, a questão não é o não se pode gastar, mas até onde se pode gastar.

Conforme coloca mais uma vez Maria de Fátima Ribeiro (2011, p. 1.101):

> As políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e as regras, com vista a objetivos determinados. Frequentemente fala-se na reserva do possível como limite, mas não se tem explorado tal reserva como obrigação gastar todos os recursos possíveis/disponíveis para implementar os direitos fundamentais. Dá-se realce ao signo 'reserva', mas não ao qualificativo 'possível'. Afinal, o que é possível para o Estado Brasileiro em matéria de alocação de recursos para a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais? Será que não há mesmo dinheiro suficiente para investir em políticas públicas atinentes aos direitos sociais? Não, caso se queira resolver tudo de uma hora para outra. Mas sim, quando se projeta uma obrigação de progressiva satisfação desses direitos

Há, de fato, discricionariedade das autoridades públicas, pois, frente a um texto constitucional multifacetado politicamente como o brasileiro, pelo qual o plano-mestre encontra-se concretizado por vários sub-planos com distintas outorgas de credibilidade, autoridade e confiança aos agentes do sistema, há um evidente espaço de liberdade de maior ou menor extensão para o legislador e o administrador em que não estão obrigados a agir ou proibidos de agir, um espaço com permissão para atuarem ou para se omitirem, bem com uma margem de fixação de fins, eleição de meios e de ponderação. Todavia, sempre regrada e vinculada, limitada que se encontra à finalidade constitucional a nortear a atividade administrativa, sendo este um conceito clássico da ciência jurídica, valendo a referência ao ensinamento de Karl Engisch (2014, p. 220-221):

> (...) a discricionariedade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o "único ajustado", em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as "circunstâncias do caso concreto". A

> incerteza que em todo o caso frequentemente subsiste quanto à decisão "justa" seria então um "mal" que se tem de aceitar. Trata-se aqui de um "espaço residual" (portanto, de um espaço livre – restringido) da "subjetividade na apreciação do justo" que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis regras e circunstâncias e que não pode ser totalmente eliminado.

Reconhecer-se o caráter progressivo dos direitos fundamentais sociais significa reconhecer a discricionariedade jurídica mediante a captação dos anseios sociais (legisladores), mediante a tomada de decisões administrativas (gestores públicos) ou mediante os limites da intervenção judicial e de órgãos de controle (julgadores e oficiais do sistema) quanto à oportunidade e conveniência, à razoabilidade e proporcionalidade para sua efetividade. É o administrador *a priori* quem elegerá as prioridades nos gastos públicos e o modo de executá-los para o atingimento das metas constitucionais, estas estabelecidas previamente por legisladores em sua atividade conformadora. Ambos merecem uma presumida deferência por essa condição, mas sempre sob severa sindicabilidade (última ou não) por parte do Poder Judiciário e de órgãos de controle.

Conforme coloca Luciano Benetti Timm (2008, p. 64):

> De modo que as políticas públicas devem ser conduzidas em regra pelo Poder Executivo, tendo em conta o lastro tributário instituído pela via fiscal. É ela que decidirá se o melhor será a instituição de bolsas família, investimento em educação, etc. (...). [Este] é o modo mais democrático, pois as escolhas de emprego dos recursos escassos obtidos dos agentes privados serão alocados para aquelas necessidades sociais prioritárias, não aos olhos de uma pessoa (juiz, promotor, governante), mas aos olhos da sociedade que votou naqueles representantes que estão conduzindo as políticas públicas.

Pertinente trazer a referência às considerações de Amauri Feres Saad (2016), que dirige ácidas críticas à teoria da reserva do possível, entendendo que a mesma pode ser simplesmente superada mediante boa gestão administrativa; o reconhecimento do fracasso do aparelho estatal em atingir suas finalidades pode configurar colapso social e acarretar a devida responsabilização jurídica. Não pode a reserva do possível ser tomada como um preceito geral para situações excepcionais; a questão aqui se centraria na (boa) gestão de recursos públicos escassos.

Conforme coloca Amauri Feres Saad (2016, p. 227-228):

> O que se vem de falar concorre para transpor as limitações financeiras do Estado impeditivas da execução de políticas públicas para o seu devido lugar: somente será invocável a reserva do possível em situações extremas, de absoluta falta de recursos, quase apocalípticas. A questão da reserva do possível é uma problemática de situações de colapso. As "escolhas trágicas", de que trata uma certa corrente doutrinária filiado ao neopositivismo, são muito menos numerosas e, por isto, muito menos importantes do que supõem tais autores. Um medicamento de milhares de reais deve ser preferível a um milhão de comprimidos de aspirinas, supondo que ambas tenham o mesmo valor? Bolsas de estudo para estudantes brasileiros em universidades estrangeiras (que custam muito?) devem ser comparadas com a abertura de tantas vagas nunca creche em um bairro carente (que possui o mesmo custo marginal que a primeira)? Estas "aporias" sobre as quais já se debruçaram alguns estudiosos entusiasmados com a "novidade", são absolutamente mal colocadas, do ponto de vista de uma ciência jurídica. Ou existe subjetivação, e a prestação é exigível, ou ela não existe, e a prestação não é exigível. A dificuldade orçamentária derivada de decisões judiciais não é um problema jurídico, pelo menos não a ponto de inviabilizar a realização fática de direitos subjetivos.
>
> Se o Estado prometeu mais do que se dispõe, faticamente, a cumprir, problema do Estado. Haverá colapso social. Haverá intervenção, no caso de Estados, Distrito Federal e Municípios. Haverá responsabilização dos agentes públicos. Mas isto, repita-se, não é uma questão jurídica: é uma questão de exercício democrático. Nesse ponto, os positivistas deixam os neopositivistas, seus autoproclamados superadores, largamente derrotados: se existe positivação-subjetivação de um direito, não pode o Judiciário negá-lo. A invocação cerebrina das "questões trágicas" não possui sequer aquela dimensão estética capaz de atrair alguns estudiosos para certas ideias sem aplicação prática. As discussões sobre as "escolhas trágicas" não passam, em essência, de uma variação pitoresca do caso dos exploradores de caverna. Os *hard cases* são exceção, e assim devem ser tratados dogmática e metodologicamente.

De todo modo, a teoria da reserva do possível pode ser tida não apenas como um modo de limitar a atividade estatal, mas bem pode ser observada por um sentido "positivo", até onde o Estado pode atuar seja nos direitos de liberdade, seja nos direitos prestacionais. Reconhecidos seus limites, pode-se razoavelmente demandar que o gestor público efetue seu mister e efetue plenamente nestes parâmetros.

Não poderá, todavia, a teoria da reserva do possível ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. Não se apresenta como um preceito absoluto, ponderando Vitor Burgo (*apud* SIQUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 113) com destaque:

> (...) os direitos fundamentais admitem a concreção paulatina, gradativa. Por isso, ante a impossibilidade de sua imediata promoção imediata, fica

> autorizado o Judiciário a interferir na elaboração dos próximos orçamentos do Estado, retirando parcela dos demais Poderes.

É de rigor que se evite o abuso do reconhecimento desta situação: não poderá, portanto, a teoria da reserva do possível ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais (SIQUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 115). Deve-se evitar a promiscuidade a que o instituto tem sido renegado, com sua alegação indiscriminada em “peças-padrão” dos diversos organismos que defendem o Estado brasileiro em todas as esferas federativas, sem quaisquer esclarecimentos de amoldagem ou não, no caso concreto que se apresenta. No caso da teoria reserva do possível, impõe-se a sua utilização adequada, a qual se deve pautar pela excepcionalidade (LAZARI, 2016, p. 62-63).

4.2.2 Um Exemplo da Incidência da Teoria da Reserva do Possível? O caso *Grootboom* (África do Sul)

Considerado em importância digna do precedente do direito constitucional norte-americano *Brown vs. Board of Education* pelos constitucionalistas sul-africanos (ROUX, 2013, p. 280-281) e referência na jurisprudência comparada dos Tribunais Constitucionais, o caso *Grootboom*[71], julgado pela Corte Constitucional da África do Sul em 04 de outubro de 2000, ocupa um lugar contraditório nos estudos sobre a exequibilidade dos direitos fundamentais sociais.

Conforme coloca Theunis Roux (2013, p. 262), trata-se de caso paradigmático sobre a postura da Corte Constitucional Sul-Africana no trato do tema da judicialização de direitos fundamentais sociais. Para quase todos os comentaristas estrangeiros, este aspecto do registro da Corte representa o auge dessa conquista - a área de seu trabalho em que a Corte se destacou como um dos tribunais tecnicamente mais desenvolvidos e inovadores no contexto das Cortes Constitucionais estabelecidas após 1989. Para a maioria dos comentadores sul-africanos, ao contrário, as decisões da Corte sobre direitos sociais, dentre as quais

[71] *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169.

Grootboom ocupa lugar de destaque, constituem exemplar de não cumprimento das promessas da Constituição de 1996.

O *justice* Albie Sachs (2016, p. 151-153) assim descreve o contexto fático do precedente destaca que:

> A Sra. Grootboom decidiu que estava farta. Ela, seus dois filhos e sua irmã com três filhos moravam num barraco numa área próxima à Cidade do Cabo. As chuvas de inverno estavam chegando e ela sentia que não conseguiria outra estação numa região alagada. Ao todo, aproximadamente 5.000 pessoas viviam em circunstâncias semelhantes no povoado, sem água tratada, ou serviço de esgoto ou remoção de lixo, e virtualmente sem eletricidade. Muitos tinham solicitado ao Município moradia de baixo custo subsidiada e constavam em listas de espera havia já sete anos, sem solução à vista. Confrontada pela perspectiva de permanecer indefinidamente em condições intoleráveis, a Sra. Grootboom e cerca de mil adultos e crianças mudaram-se para uma colina desocupada nos arredores. A terra fora de fato reservada para moradias de baixo custo. Seguiram-se negociações com o proprietário e com o conselho municipal, mas sem sucesso. Acabou por ser emitida uma determinação judicial declarando ilegal a ocupação da terra e exigindo o despejo dos ocupantes. Foram então removidos à força, prematura e desumanamente, às expensas do município. As casas provisórias foram derrubadas por tratores e queimadas, e seus pertences destruídos. Muitos dos residentes sequer estavam presentes para salvar seus parcos objetos.
>
> Desesperados e sem lugar para morar, mudaram-se para um miserável campo esportivo local. As implacáveis chuvas de inverno da Cidade do Cabo estavam chegando e, como proteção, tinham pouco mais do que placas de plástico. Foram falar com um advogado que escreveu ao conselho descrevendo as condições intoleráveis nas quais eles estavam vivendo, exigindo que o conselho cumprisse suas obrigações constitucionais e lhes proporcionasse acomodação temporária. Insatisfeito com a resposta da prefeitura, o grupo apresentou pedido urgente ao Tribunal Superior de Justiça. E assim a Sra. Grootboom emprestou seu nome ao que se tornou um caso de grande visibilidade na vanguarda da jurisprudência mundial.
>
> (...) o Tribunal de Justiça determinou que a prefeitura fornecesse abrigo temporário na dependência do resultado do pedido, de forma a não se ver compelido a determinar as questões difíceis e importantes sob a pressão da aproximação das chuvas. Na audiência, o Estado reconheceu as terríveis circunstâncias nas quais os requerentes encontravam-se. Contudo, alegou que eram as consequências herdadas de injustiça passada e não indicações de não cumprimento de obrigações constitucionais atuais. Pelo contrário, afirmou, estava cumprindo essas obrigações por meio de implantação de um grande programa de moradia que permitiu a milhões de pessoas pobres mudarem-se de barracos provisórios cheios de goteiras dos quais não tinham propriedade para casas à prova d'água das quais tinham a legítima propriedade. Setecentos e cinquenta mil famílias já tinham se mudado para casas totalmente subsidiadas, com serviço de eletricidade e água, e milhões se beneficiariam no futuro à medida que o programa de moradia se desenvolvesse.
>
> O Tribunal de Justiça admitiu que o Estado estava, de fato, progressivamente cumprindo sua obrigação de efetivar o direito de acesso à moradia adequada. No entanto, o Tribunal entendeu que o Estado não

> cumprira uma obrigação adicional e especial, isto é, a que emanava dos direitos das crianças consagrados na Constituição. O Tribunal ressaltou que o direito das crianças a abrigo não era restringido por referência à consecução progressiva segundo os recursos disponíveis. O abrigo previsto pelo artigo referente a direitos da criança poderia até ser moradia menos adequada, contudo, no mínimo o Estado tinha obrigação de proporcionar algum tipo de proteção dos elementos. Além disso, como não era possível separar os filhos dos pais, o Tribunal determinou que todas as pessoas envolvidas deveriam receber pelo menos proteção básica.

O Estado sul-africano apresentou recurso à Corte Constitucional. Em um debate marcado em audiência pela participação da Comissão de Direitos Humanos e pelo Centro de Direito Comunitário da Universidade da Cidade do Cabo, a Corte Constitucional sul-africana, apresentando razões e fundamentos de ordem jurídica, histórica e sócio-política (oportunidade em que imputou a situação de déficit de moradias ao período do *apartheid*), proveu em parte o recurso estatal e anulou a decisão do Tribunal de instância inferior, declarando que, conquanto o Estado tivesse desenvolvido um amplo programa para permitir que moradores de barracos vivessem adequadamente e que fosse razoável em sua ampla abrangência, não era igualmente razoável ao permitir grave lacuna para atender as exigências constitucionais[72] deixando de criar um programa análogo voltado às situações de extremo desespero, àqueles que não tinham qualquer tipo de moradia em função de despejos, incêndios ou enchentes, como era o caso da Sra. Grootboom, que perdera o barraco (*shack*) em que vivia, com sua irmã e três filhos, na circunvizinhança da Cidade do Cabo. A Corte sul-africana declarou o programa de moradia do Estafo inadequado e em desacordo com a Constituição.

Ocorre que segundo mesmo colocou o *justice* Albie Sachs (2016, p. 165-166) em suas memórias:

> Tendo proferido essa declaração, ou seja, depois de estabelecer a natureza das obrigações do Estado nessa área, deixamos então ao Estado a decisão de como poderia melhor sanar, na prática, sua falha. Assim, deixamos a critério decidir se o programa de abrigos de emergência deveria funcionar em nível nacional, provincial ou municipal, e qual a melhor maneira de desenvolvê-lo; se o programa implicaria fornecer apenas terra firme para as pessoas construírem abrigos, ou se forneceria terrenos e casas, ou se seria mais eficaz o Estado fornecer

[72] A saber a Seção 26 da Constituição sul-africana de 1996, a qual estipula: (*1) Todos têm direito de acesso à moradia adequada; (2) O Estado deve legislar e empregar ações razoáveis, na medida dos recursos disponíveis, para a progressiva realização desse direito; (3) Ninguém será despejado e nem terá seu lar demolido, sem m mandado judicial emitido após terem sido consideradas todas as circunstâncias*. Nenhuma legislação deverá permitir despejos arbitrários. Especialmente foi considerada violação à Seção 26(2) do diploma constitucional.

> contribuição financeira suficiente para as pessoas afetadas fazerem seus próprios arranjos de moradia. Igualmente, deixamos ao Estado a decisão quanto aonde conseguir os recursos para o programa de emergência; poderia retirá-los do programa de moradia formal, poderia retirá-los de qualquer lugar – com exceção, devo acrescentar, dos salários dos juízes, que eram constitucionalmente protegidos.
> Foi dessa maneira que procuramos expressar a necessidade de lembrar ao Estado seu dever de proteger a dignidade fundamental dos seres humanos e de reconhecer o fato de ser papel do governo determinar as prioridades, textura e pormenores da maneira pela qual deveria cumprir suas responsabilidades.

Em suma, mesmo não se furtando a analisar o programa nacional de moradia do governo sul-africano, eximiu-se a corte constitucional de suprir a pretensão individual da Sra. Irene Grootboom e dos demandantes no feito então em julgamento, limitando-se a determinar que o Estado sul-africano adequasse seu programa de modo a atender casos similares, mas respeitando-se as limitações estruturais e orçamentárias da atividade administrativa deste mesmo Estado.

A Corte avaliou o programa habitacional sul-africano e a situação particular dos demandantes que se encontravam em contexto de especial vulnerabilidade. Com a causa de pedir exposta, constatou a violação ao direito fundamental à moradia adequada, determinando a execução de políticas públicas assecuratórias dos direitos prestacionais, eximindo-se, porém, o Poder Judiciário de determinar ou indicar judicialmente as escolhas possíveis, de intervir diretamente na política pública vigente, a qual deveria ser revisada por competência exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo.

Em suma, adotou-se em um precedente de vanguarda da jurisprudência constitucional comparada e em uma realidade sócio-político e administrativa deveras similar à brasileira a teoria da reserva do possível em seus múltiplos aspectos, notadamente em seus aspectos financeiro e técnico. Estas se apresentam pelas limitações orçamentárias e materiais da atividade administrativa, estas mesmas definindo por si a razoabilidade das medidas a serem adotadas pelos poderes estatais. Segundo colocou a corte Sul-africana, *“não espera* (a seção 26 da Constituição) *mais do Estado do que é realizável na medida dos seus recursos disponíveis”*. Deve haver equilíbrio entre os objetivos constitucionais e os recursos disponíveis, sendo que as ações estatais devem ser calculadas para atingir os objetivos de forma rápida e eficaz; porém, a disponibilidade de recursos é um importante fator na determinação do que é razoável.

Não houve um reconhecimento de um “mínimo existencial” oponível a quaisquer argumentos de limitações da atividade estatal, fato este que mereceu severas críticas dos comentadores sul-africanos, conforme assevera Theunis Roux (2013, p. 286-287):

> Este aspecto do julgamento do Grootboom tem sido extensivamente criticado, mais fortemente por Bilchitz, que argumentou que o Tribunal entendeu mal qual o seu papel na definição do núcleo mínimo necessário. Em vez de considerar as "necessidades e oportunidades" para o gozo do direito, a Corte simplesmente precisava declarar em termos gerais o que era o "padrão invariável e não-liberal" para satisfação da obrigação central mínima do Estado. Isso a Corte poderia ter feito de duas maneiras, nenhuma das quais requeria a coleta de qualquer informação. Em primeiro lugar, a Corte poderia ter confiado na definição do Comitê Central de um núcleo mínimo no Comentário Geral 4 sobre o Direito à Moradia Adequada. Afinal de contas, como o próprio Tribunal disse, o conceito do núcleo mínimo foi desenvolvido com base na "vasta experiência" e de forma a acomodar as diferentes circunstâncias em que os Estados Partes do Pacto se encontravam. Alternativamente, o tribunal poderia ter desenvolvido seu próprio entendimento do núcleo mínimo, com base no valor subjacente da Constituição e uma interpretação intencional do motivo por trás da inclusão dos direitos sociais. Ao contrário dos protestos da Corte sobre o indivíduo, essa abordagem não exigiria informações detalhadas sobre as necessidades individuais de abrigo ou os melhores métodos para fornecer abrigo. Isso simplesmente exigiria um entendimento básico das condições necessárias para a sobrevivência humana, a base probatória para o que poderia ter sido estabelecido por meio de notificação judicial. (tradução livre)

Restou nítido o caráter pragmático e flexível do precedente constitucional e que se revelaram bem distantes da efetividade de direitos fundamentais sociais. Ao mesmo tempo em que buscou respeitar a separação de poderes relativamente aos limites materiais do Estado sul-africano, estabeleceu a Corte Sul-africana um entendimento que permitisse considerar a ausência de razoabilidade de programas governamentais que não abarcassem “situações de extremo desespero” (ROUX, 2013, p.290).

A percepção dessas sutilezas findou por não isentar a Corte Sul-africana de críticas, sendo válidas as considerações de Theunis Roux (2013, p. 291-292) acerca da posição marcantemente conciliatória da Corte frente ao momento político que então vivia aquela sociedade. É pertinente a transcrição de suas considerações, perfeitamente aplicáveis à realidade brasileira e que demonstram a universalidade do fenômeno da gestão de recursos públicos escassos e do enfrentamento da teoria da reserva do possível:

> Todas essas críticas são justificadas. Sobre a abordagem adotada neste estudo, no entanto, os méritos da decisão Grootboom devem ser avaliados com alguma apreciação do contexto político em que o Tribunal se encontrou. No final de 2000, quando a decisão foi entregue, o ANC (CONGRESSO NACIONAL AFRICANO) estava no poder há apenas cinco anos. O programa habitacional nacional, embora não sem falhas, representava um grande empreendimento, a seriedade e a sofisticação geral do que era necessário reconhecer. A adoção da abordagem central mínima teria forçado uma reorientação fundamental neste programa, colocando o Tribunal em conflito direto com os ramos políticos, numa época em que ainda era vulnerável a ataques políticos. Nessas circunstâncias, a Corte parece ter decidido comprometer-se em princípio, escolhendo um padrão de revisão que exigisse que pelo menos alguns recursos fossem desviados para atender às necessidades urgentes dos abrigos, deixando ao mesmo tempo a escala e o tempo de tal ajuste para as necessidades do processo democrático. (tradução livre)

Não se podem minimizar a beleza e a complexidade das discussões jurídico-constitucionais empreendidas em *Grootboom*, mas não surpreende a notícia dada pelo *justice* Albie Sachs, durante a elaboração de suas memórias, acerca do falecimento da Sra. Irene Grootboom, que nunca se mudou de seu barraco para uma casa de alvenaria. O governo sul-africano prestou-lhe homenagem póstuma por seu trabalho como defensora dos sem-teto e incontáveis editoriais de jornais prestaram tributo a ela. No entanto, o fato de sua família ainda não morar em habitação razoável mostrava como era difícil efetivar os direitos socioeconômicos previstos nas cartas constitucionais (SACHS, 2016, p. 240).

4.2.3 Um Exemplo da Incidência da Teoria da Reserva do Possível? O Estado de Emergência Econômico-financeira ou “Estado de Exceção Financeiro” (Portugal)

A crise econômica ocorrida a partir do ano de 2007, conhecida como “crise do subprime” nos Estados Unidos da América do Norte, e como “crise das dívidas soberanas” na União Europeia a partir do final de 2009, obrigou Portugal na busca de uma solução para reequilibrar as finanças do Estado. Negociações com o Fundo Monetário Internacional, com o Conselho da Europa e com o Banco Central Europeu levaram Portugal a se comprometer com um audacioso plano de metas, adotando medidas draconianas de austeridade para reduzir o peso dos salários dos trabalhadores da Administração Pública e pensionistas nas contas do Estado.

Configurou-se uma situação de anormalidade então nominada como “estado de emergência econômico-financeira” ou “estado de exceção financeira”, que se verificaria quando os Estados se encontram em situações de escassez de recursos financeiros que comprometem ou correm o risco de vir a comprometer a capacidade de cumprir as obrigações, isto é, quando se torna iminente um caso de *default*, causadas por circunstâncias excepcionais e por fatores externos à vontade do Estado, reclamando uma atuação rápida para evitar a verificação do resultado lesivo e permitir a recuperação da normalidade (SILVA, 2011, p. 69-70).

O primeiro conjunto de medidas adotadas traduziu-se em reduções remuneratórias previstas na Lei do Orçamento do Estado de 2011 (Lei n. 55-A/2010), oportunidade na qual o Estado português, embora ainda não sujeito ao Programa de Assistência Econômica e Financeira – PAEF, já se encontrava obrigado a reduzir o déficit nas contas públicas e a controlar o endividamento, restando prevista a redução salarial progressiva para os trabalhadores da administração pública e do setor público empresarial cujo rendimento mensal excedesse 1.500 euros, dentro de um intervalo com limite mínimo de 3,5% e máximo de 10% (aplicáveis aos rendimentos superiores a 4.165 euros), incluindo os ocupantes dos cargos de presidente da República, primeiro-ministro, deputados da Assembleia da República, juízes do Tribunal Constitucional, bem como toda magistratura e Ministério Público.

Um grupo de deputados da Assembleia da República pediu ao Tribunal Constitucional português a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 19º, 20º e 21º da Lei n. 55-A/2010, que determinavam a redução remuneratória. Alegaram que as reduções seriam definitivas, na medida em que a legislação não previu normas de temporalidade. Sustentaram violação do princípio do Estado de Direito, do princípio da igualdade, do direito fundamental à não redução do salário (CARVALHAL, 2012, p. 1).

No entanto, o Tribunal Constitucional português não declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados, prolatando-se por maioria de votos o Acórdão n. 396/2011. É pertinente a referência ao seguinte resumo exposto por

Ana Paula Carvalhal acerca da fundamentação exposta pela Corte Constitucional (2012, p. 1-3):

> Primeiramente, o Tribunal assentou a temporalidade da medida adotada. Embora a redução das remunerações faça parte de um conjunto de medidas negociado com a União Europeia para a diminuição do déficit orçamentário pelos próximos anos, as normas impugnadas terão a vigência própria da lei orçamentária, ou seja, anual, caducando no final do ano a que se referem.
>
> Quanto à irredutibilidade dos salários, lembrou que a Constituição portuguesa não garantiu, de forma direta e autônoma, tal direito. No ordenamento jurídico português, a proibição de reduzir os vencimentos foi prevista apenas na legislação infraconstitucional (art. 89, alínea d, do Regime do Contrato de Trabalho em Fundações Públicas e art. 129, 1, alínea d, do Código do Trabalho).
>
> Não acolheu a argumentação de que a garantia da irredutibilidade gozaria de "força constitucional paralela", determinada pelo artigo 16, 1, da Constituição ("os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional"). Lembrou que o direito infraconstitucional à irredutibilidade admite exceções. Dessa forma, equipará-lo a um direito fundamental vincularia o legislador a essa garantia, gerando a incompatibilidade do direito existente com a Constituição.
>
> Ainda, entendeu que, uma vez garantido um mínimo, a proibição de diminuir o valor do salário não é uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial, requisitos que, segundo a doutrina de Vieira de Andrade, determinam se estamos perante um direito subjetivo que possa ser considerado fundamental embora não previsto na Constituição (Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra, 2009, pp. 49-80).
>
> Afastado o argumento do direito fundamental à irredutibilidade, concluiu que a proteção em causa só poderia se dar por meio da valoração dos princípios da confiança e da igualdade, tal como já consagrados na jurisprudência do Tribunal (Acórdãos 303/90, 786/96 e 141/2002).
>
> Por entender que o princípio da proteção da confiança "traduz a incidência subjetiva da tutela da segurança jurídica, exigência da realização do princípio do Estado de direito democrático" (Acórdão 287/90), explicou que sua aplicação deve partir de uma definição rigorosa dos requisitos cumulativos a que deve obedecer a situação de confiança que, uma vez presentes, deverão ser balanceados ou ponderados entre os interesses particulares afetados e o interesse público que justifica a alteração. Dessa valoração, dentro dos limites da razoabilidade e da justa medida, irá resultar o juízo definitivo quanto à sua conformidade constitucional.
>
> No caso da Lei do Orçamento de 2011, ponderou que, embora a redução tenha operado efeitos imediatos, logo no dia de entrada em vigor da lei do orçamento, ou seja, um dia depois da publicação no Diário da República, era uma medida previsível, dado o contexto econômico da União Europeia e as políticas de gestão financeira adotadas por outros Estados-membros.

> Ao aplicar o princípio da proporcionalidade, concluiu que a medida é idônea para fazer face à situação de déficit orçamentário e crise financeira, não representando um sacrifício excessivo em face das dificuldades a que visam fazer face e justificadas, especialmente, diante de seu caráter transitório e de sua limitação em 10%, percentual inferior ao aplicado em outros países da União Europeia com problemas idênticos. Quanto à necessidade da medida, estaria ligado à aplicação do princípio da igualdade.
>
> Partindo para o exame da possível violação ao princípio da igualdade invocada pelos requerentes, constatou que a redução das remunerações abarca todo o perímetro da Administração Pública, entendida no seu conceito mais lato. Possível indagação quanto à extensão do sacrifício a generalidade dos cidadãos com idêntica capacidade contributiva, em razão da aplicação do princípio da igualdade perante os encargos públicos (exigência de que os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas sejam equitativamente distribuídos entre todos os cidadãos) não poderia ser enfrentada pelo Tribunal Constitucional, uma vez que a decisão foi tomada levando em consideração variáveis políticas e econômicas.

Concluiu, dessa maneira, o Tribunal Constitucional português ao rechaçar os argumentos pela inconstitucionalidade da Lei n. 55-A/2010:

> Não pode afirmar -se que tal seja o caso. O não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia -se numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental.

Com essa chancela do Tribunal Constitucional português, os cortes foram mantidos nas leis orçamentárias subsequentes, até que a Lei do Orçamento do Estado para o ano de 2012 (Lei n. 64-B/2011) ampliou a abrangência das reduções, determinando a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal (os chamados décimo terceiro e décimo quarto salários), inclusive dos aposentados e reformados, dos trabalhadores com rendimento mensal superior a 1.100 euros e a

redução progressiva desses pagamentos no que diz respeito aos salários entre 600 e 1.100 euros, estabelecendo que tal medida, qualificada como excepcional, teria a duração do período de vigência do Programa de Assistência Econômica e Financeira – PAEF.

Novamente, alegando violação dos princípios do Estado de direito democrático, da proporcionalidade e da igualdade, um grupo de deputados da Assembleia da República requereu a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 21 e 25 da Lei n. 64-B/2011, sendo que, nessa oportunidade, o Tribunal Constitucional português, por meio do acórdão n. 353/2012, declarou a inconstitucionalidade das medidas adotadas, mas modulou os efeitos da decisão, de modo a permitir a suspensão dos pagamentos no ano de 2012, a despeito de tal prerrogativa processual não constar expressamente prevista no sistema de fiscalização constitucional do ordenamento jurídico português[73].

Conforme coloca Ana Paula Carvalhal (2012, p. 4), embora tenha fundado a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 64-B/2011 na violação ao princípio da igualdade, na medida em que as novas medidas, cumuladas com as adotadas no ano anterior, a vigorarem pelo período de três anos (2012, 2013 e 2014) conforme acordado internacionalmente, somado ainda ao congelamento dos salários desde 2010, representariam um sacrifício demasiadamente elevado para parte determinada dos cidadãos (servidores públicos), o Tribunal Constitucional português reconheceu que o Programa de Assistência Econômica e Financeira – PAEF, decorrente que era de uma série de compromissos institucionais firmados pelo Estado português junto ao Fundo Monetário Internacional, à Comissão Europeia e ao Banco Central Europeu, aprovados por meio de memorandos vinculativos, teriam fundamento em instrumentos jurídicos — os Tratados institutivos das entidades internacionais que neles participaram, e de que Portugal é parte — de Direito Internacional e de Direito da União Europeia, os quais são reconhecidos pela Constituição portuguesa (art. 8º, 2. *“As normas constantes de convenções internacionais regularmente*

[73] Tal como é permitido no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista o disposto no artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/1999.

ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após sua publicação oficial e enquanto vincularem internacional o Estado Português").

Nesse ponto, em sendo essencial que o Estado português, diante do estado de emergência econômico-financeira enfrentado, continuasse a ter acesso ao financiamento externo e considerando que a execução orçamentária do ano de 2012 já se encontrava em curso avançado, o Tribunal Constitucional reconheceu que a declaração de inconstitucionalidade poderia pôr em perigo a manutenção do financiamento internacional acordado e, por conseguinte, comprometendo a solvabilidade do Estado português, sendo de rigor observar interesse público de especial relevo, de modo que os efeitos da inconstitucionalidade não se aplicassem à suspensão dos pagamentos do ano de 2012.

Nesse sentido, é válida a referência ao seguinte trecho da fundamentação do acórdão 353/2012:

> Estas medidas de suspensão do pagamento de remunerações e de pensões inserem -se, como ficou aludido, no quadro de uma política económico -financeira, tendente à redução do défice público a curto prazo, de modo a dar cumprimento aos limites (4,5 % do PIB em 2012) impostos nos memorandos acima mencionados, os quais condicionam a concretização dos empréstimos faseados acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional. Sendo essencial para o Estado Português, no atual contexto de grave emergência, continuar a ter acesso a este financiamento externo, o cumprimento de tal valor orçamental revela-se, por isso, um objetivo de excecional interesse público. Ora, encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado. Na verdade, o montante da poupança líquida da despesa pública que se obtém com a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou prestações equivalentes a quem aufere por verbas públicas assume uma dimensão relevante nas contas públicas e no esforço financeiro para se atingir a meta traçada, pelo que dificilmente seria possível, no período que resta até ao final do ano, projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012, de modo a poder alcançar -se a meta orçamental fixada. Estamos, pois, perante uma situação em que um interesse público de excecional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.

Tal posicionamento permitiu que os cortes orçamentários declarados inconstitucionais permanecessem em vigor, mantendo-se os termos da Lei n. 64-B/2011 em vigência e execução, sendo que o governo português deveria observar o entendimento do Tribunal Constitucional quando da formulação do orçamento seguinte (MIRANDA, 2019, p. 536).

Em videoconferência promovida pelo Instituto de Direito Público – IDP em 06 de abril de 2020, Carlos Blanco de Morais colocou que o acórdão n. 353/2012 representou um "ponto de inflexão" na posição da Corte Constitucional portuguesa, passando a restringir severamente a cláusula do estado de exceção financeira após 2012, "encostando o governo na parede" com diversas decisões contrárias, sendo que o constitucionalista lusitano entende que seria de rigor uma alteração constitucional, de modo a estabelecer expressamente os parâmetros do estado de emergência econômico-financeira e a exigência de uma maioria qualificada no Tribunal Constitucional para permitir o afastamento destes parâmetros. Segundo igualmente colocou Carlos Blanco de Morais, a Corte Constitucional portuguesa, em todo o contexto acima exposto, usurpou suas funções ao converter-se em "poder moderador não convidado" e a atuar de forma política no ponto em que chegou a afrontar o governo e a comprometer o cumprimento das obrigações internacionais do Estado português, o que não seria aceitável.

De todo modo, a despeito da declaração de inconstitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelo Estado português para fazer frente à notória e severa crise econômica que atingiu não apenas Portugal, mas diversos membros da zona do Euro em situação similar – destacando-se aqui Espanha e Grécia – o Tribunal Constitucional rendeu-se aos argumentos da reserva do financeiramente possível, de modo a resguardar as contas públicas e reconhecendo-se o "estado de exceção financeira" então incidente, modificando-se as condições de normalidade do ambiente normativo o qual não poderia ser ignorado pela Corte, e do institucionalmente possível ou politicamente adequado, de modo a não quebrar acordos institucionais do Estado português regularmente firmados (endossados que foram pelos poderes executivo e legislativo) com os órgãos internacionais,

valendo-se inclusive de expediente sem a devida cobertura constitucional quanto a essa componente manipulativa (LAVORATTI, 2019, p. 160).

Conforme coloca Ana Claudia Lavoratti (2019, p. 160-161):

> Parece que o TC, ancorado na excepcionalidade econômica, independente de ter realizado uma mutação constitucional informal – constitucional ou não –, ao extrair do dispositivo a possibilidade de restringir os efeitos para o futuro proferiu um verdadeiro juízo precário de constitucionalidade a que Prata Roque faz referência ser justificado por uma "ideia de sobrevivência do Estado", posto que a atribuição de efeitos in futuro até o final de 2012 conjugada com o fato da vigência da LOE terminar no mesmo termo, teve o efeito prático de uma decisão de não acolhimento de inconstitucionalidade.
>
> Diante das considerações tecidas acerca da jurisprudência portuguesa da crise, não há como negar que à sombra da omissão constitucional e da impossibilidade em se decretar expressamente um estado emergencial para combater a depressão econômica, a Corte Constitucional, mesmo implicitamente, reconheceu a vigência de um estado de exceção não declarado, na medida em que suas decisões RECEBERAM um tratamento jurídico diferente do habitual, compilando o tão elucidado "direito da crise econômica".

Com esta atuação e a despeito das críticas, defende-se que o Tribunal Constitucional, coerente com seus precedentes, inclusive em situações extraordinárias, ajudou Portugal a enfrentar os desafios da crise econômica e a harmonizar conflitos sociais (CARVALHAL, 2012, p. 5).

4.2.4 A Tortuosa (e torturante) Prática Brasileira da Teoria da Reserva do Possível

As considerações e perplexidades acima externadas que compõem o quadro ontológico ordinariamente trabalhado acerca da teoria ou cláusula da reserva da possível são igualmente apresentados no seio da aplicabilidade jurídica e alcance do controle judicial de políticas públicas no ordenamento brasileiro. A tensão entre a reconhecida escassez de recursos públicos e a necessidade de atendimento das infinitas necessidades humanas resulta no absoluto questionamento das escolhas legislativas e administrativas tomadas, desaguando em constantes demandas junto ao Poder Judiciário.

Ana Lúcia Pretto Pereira (2014, p. 104-105) resume com perfeição este quadro:

> Nas últimas décadas, tem-se recorrido ao Judiciário para a obtenção de bens abrigados por direitos fundamentais sociais e que não tenham sido fornecidos pelo Estado. Justiciabilidade significa a possibilidade de direitos serem demandados em juízo. Com efeito, a doutrina divide-se quanto aos limites dessa exigibilidade. Há aqueles que defendem uma postura deferente do Judiciário quanto à sindicabilidade desses direitos, cabendo ao julgador apontar as violações da Administração Pública, impondo o cumprimento do dever estatal somente quando este já se encontre regulamentado por lei. Em tal caso, o Judiciário limita-se a examinar a correção do procedimento de elaboração da política pública. Outros advogam tese mais ativista, admitindo que o Judiciário determine aos poderes constituídos a concessão da tutela pleiteada independentemente de sua previsão legal. É um posicionamento favorável ao controle do Judiciário sobre as escolhas políticas, impondo o cumprimento da norma constitucional mesmo que ausente regulamentação ou política pública específica.

Estas posições diametralmente opostas resultam em um inequívoco quadro de insegurança jurídica, sendo que a teoria da reserva do possível, mesmo quando foi devidamente aventada em seus termos técnicos, foi colocada pelo Supremo Tribunal Federal de modo propositalmente genérico e de certa maneira nada decidiu ou mostrou em efeitos práticos que pudessem orientar a jurisdição constitucional, limitando-se a fazer parte das razões de decidir de um processo extinto sem resolução do mérito.

A teoria da reserva do possível *per se* foi analisada sob dois aspectos neste precedente inaugural: a dimensão do custo dos direitos fundamentais sociais, que inequivocamente oneram o poder público, e por isso deve ser tratada com cautela; e a questão da razoabilidade da pretensão deduzida em juízo (OLSEN, 2012, p. 236) o que aproximaria do entendimento exarado nos precedentes da jurisprudência comparada de *Numerus Clausus*, de *Grootboom* e, mais recentemente, dos precedentes exarados pela Corte Constitucional portuguesa.

Veja-se o trecho do voto do ministro Celso de Mello na famosa decisão monocrática exarada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, exemplificando a posição do Pretório Excelso nesta seara:

> (...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que,

> comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. 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. Cumpre 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.

E arremata o ministro:

> 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.

A pesquisa sobre os diversos precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça permite aferir o reconhecimento da existência da cláusula da reserva do possível como um dado inafastável da realidade da atividade administrativa, mas igualmente estabelece seu pronto afastamento quando se apresente qualquer bem jurídico com alguma identificação com o mínimo existencial. A despeito de todas as considerações colocadas acerca das limitações de ordem econômica, política e jurídica que permitem configurar a incidência da teoria ou cláusula da reserva do possível, estes são apenas desconsiderados, limitando-se o julgador a exigir “provas” dessas limitações e que, em suma, o atendimento da demanda individual não causará sérios transtornos ao atendimento das demandas coletivas, frustrando-se o caráter universal e

progressivo dos direitos fundamentais sociais. Exprimem-se apenas “argumentos de autoridade” para a rejeição desta tese, perfeitamente genéricos, indeterminados e aptos para ser utilizado ao gosto e à ideologia do intérprete.

Exemplificando-se a pesquisa nas demandas judiciais concernentes à busca pela tutela de direitos de acesso à educação, estas concentram-se na reserva de vagas e/ou oferecimento de novas vagas junto ao sistema público de educação à revelia das escolhas efetuadas pela administração pública[74].

---

[74] Veja-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal: E M E N T A: 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) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas

implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, v.g. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra

entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (STF - 2ª Turma, ARE 639337 AgR/SP, rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. 23.8.2011, v.u., DJe 14.8.2011). Vejam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 7. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 8. Impõe-se, contudo, ressalvar que a jurisprudência predominante do E. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp n.º 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. DJ de 18/04/2005; REsp n.º 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp n.º 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). 9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade”. 10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo,

in casu, o Estado. 11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsomem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004. 20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu verbis: "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 EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito

fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político--administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. 21. Recurso especial provido. (STJ - 1ª Turma, RESP 736524/SP, Relator: Ministro LUIZ FUX, j. 21.3.2006, v.u., DJ 3.4.2006, p. 256). ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS - DIREITO SUBJETIVO - RESERVA DO POSSÍVEL - TEORIZAÇÃO E CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA - ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA - PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL - ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (Impossibilium nulla obligatio est - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que afirma-se portanto que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive

A discussão reside na práxis jurisprudencial brasileira apenas quanto à “reserva do financeiramente possível”, se há ou não recursos orçamentários disponíveis para o atendimento do direito fundamental, argumento solitário esgrimido pelas procuradorias das fazendas públicas federal, estaduais e municipais e não poucas vezes olvidado pelos Tribunais. Conforme assevera Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 210):

> Com efeito, a reserva do possível, nas decisões judiciais brasileiras tem uma discussão empobrecida; apenas menciona a questão orçamentária e a obrigação do ente (União, Estados ou Municípios) na realização da atividade demandada em juízo, coloca em confronto a rivaliza-se necessidade com o direito à vida, e, nessa linha de argumentação, deixa-se de trazer à baila outros argumentos da doutrina.

Se o manejo dessas razões de decidir tem sido mal utilizado mesmo no campo da sindicabilidade judicial, ensejando que, a todo momento, seja reiterado que a teoria ou cláusula da reserva do possível não se resume a uma mera “falácia” nas razões judiciais expostas, a responsabilidade não pode ser imputada exclusivamente ao julgador. Se este merece censura por suscitar de forma meramente automática elementos argumentativos divorciados de dados empíricos palpáveis – mínimo existencial, dignidade humana, proteção do direito à vida,

---

sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstrato, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76. 10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. 11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Recurso especial improvido. (STJ - 2ª Turma, RESP 1185474/SC, rel. Min. Humberto Martins, j. 20.4.2010, v.u., DJe 29.4.2010.) (grifei).

dentre outros – merecem igualmente censura os legisladores e gestores públicos por arguirem a tese da reserva do possível como um mero argumento de autoridade e obstando-se quaisquer outras discussões, divorciando-se da necessidade de um maduro e transparente diálogo com a sociedade que deveriam representar acerca dos limites econômicos, políticos e jurídicos que hodiernamente pautam sua atuação. A teoria ou cláusula da reserva do possível não é uma falácia de fato; tem sido falaciosa a forma como tem sido aplicada e discutida no seio das atividades legislativa, administrativa e jurisdicional brasileiras.

Exceções honrosas em tão árido quadro de discussões devidas frente a assunto de tamanha importância se apresentaram pelos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais 503.028[75] e 493.811[76]. No primeiro julgado, ao decidir dissenso a respeito do fornecimento de vagas para duas crianças em creche da rede municipal de ensino, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, nada obstante a previsão constitucional e legal de que o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade seja dever do Estado, não se pode impor ao Poder Público que adote medidas no sentido de cumprir tais normas sem que haja a devida previsão orçamentária para tanto. No caso em questão, a Ministra Relatora disse, também, que o demandante – Ministério Público do Estado de São Paulo – deveria ter apontado meios para a realização de tais obrigações, bem como deveria ter demonstrado a inércia do administrador quanto ao caso em tela (PEREIRA, 2014, p. 121).

Por seu turno, no segundo precedente, pelo contrário, não foi admitida a arguição da cláusula da reserva do possível para justificar a impossibilidade da

---

[75] ADMINISTRATIVO – ENSINO INFANTIL – CRECHE PARA MENORES – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Tem o Ministério Público legitimidade para, via ação mandamental, requerer o cumprimento de políticas sociais. 2. Hipótese em que a pretensão mandamental não pode ser seguida pela específica determinação. 3. Recurso especial improvido. (STJ – 2ª Turma, REsp 503028/SP, rel. Ministra ELIANA CALMON, j. 20.4.2004, v.u., DJ 16.8.2004, p. 191).

[76] ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. (STJ - 2ª Turma, RESP 493811/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, por maioria, DJ 15.3.2004, p. 236).

implantação do serviço de auxílio a crianças e adolescentes alcóolatras e toxicômanos, na medida em que a adoção desta política foi decidida pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos – conforme, aliás, previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – tendo-se decidido por obrigar o Poder Público a reativar o programa e a inclui-lo no orçamento do exercício financeiro seguinte.

É válida aqui a referência ao seguinte trecho do voto da eminente ministra relatora:

> Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?
>
> O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente. (Trecho do voto do relator – RESP n. 493811/SP)

Vencido este ponto, no que se refere aos pedidos de tutela de direito à saúde, seguindo-se a pesquisa efetuada por Ana Lúcia Pretto Pereira (2014, p. 122), estes se caracterizam por ampla diversidade de matérias, podendo ser agrupados os pedidos em: i) fornecimento de medicamentos, constantes ou não da lista do SUS; ii) tratamento médico, no Brasil ou no exterior, para a moléstia em questão, e que envolvam ou não o fornecimento de medicamentos; iii) implementação de políticas públicas destinadas à disposição de medicamentos preventivos e paliativos no tratamento de moléstias; iv) concessão de órgãos para transplante.

Todos os pedidos com fundamento no artigo 196 da Constituição da República, reitera a autora, e todos enfrentando de forma genérica a cláusula da reserva do possível mediante a arguição preguiçosamente subsuntiva da teoria do "mínimo existencial" e a necessidade de que o Poder Público demonstre com elementos probatórios a impossibilidade decorrente dos limites impostos[77], não

[77] Vejam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A

falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. (STJ - 2ª Turma, RESP 1068731/RS, Relator: Ministro HERMANN BENJAMIN, j. 17.2.2011, v.u., DJe 8.3.2012) (grifei). ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

poucas vezes fundamentando-se na urgência da tutela do direito à vida o qual deveria prevalecer ao arrepio de quaisquer outras considerações. As situações que se apresentam são sempre excepcionais, emergenciais, nas quais o risco à vida do paciente se encontraria iminente, prevalecendo a proteção à vida humana em face do argumento de limitação de recursos. Belos argumentos, mas sempre casuísticos e sujeitos ao gosto e à emoção do julgador. Em verdade, “apelos morais” dotados de autoridade judicial e que ignoram a dimensão dos custos que determinado direito acarretará às contas públicas em vista de suas decisões (SABINO, 2016, p. 223).

Nesse ponto, Fernando Rister Souza de Lima (2018, p. 224) apresenta considerações deveras pertinentes:

> (...) tanto um juiz descomprometido com o seu mister quanto um magistrado com sede de justiça provocam malefícios à sociedade. Em que pesem as peculiaridades do caso concreto, como regra geral, o último proceder jurisdicional é o mais nocivo dos dois, mormente porque socialmente todos percebem, em razão do desleixo e da má fama, que a decisão praticada pelo primeiro modelo de juiz não materializa a justiça. Ao contrário, configura o desvio de um homem do caminho reto. Por outro lado, quando o primeiro decide investido sob a roupagem da retórica dos justos, o justiceiro arrisca-se a transformar o bem em mal, e vice-versa, com ares de concretização da mais pura, e cristalina, justiça, o que compromete toda ideia de justiça daquele grupo social, por poderem entender que a visão e a postura adotadas pelo julgador se materializam como certas. Dessa forma, nenhum dos dois seria o melhor caminho, mas sim o inteligente que pretende concretizar o direito, servindo-se da análise global, distributiva, em questões de distribuição de riqueza. Para tanto, porém, necessita estar disposto e preparar-se para a adaptação de sua decisão e postura face à nova realidade distributiva.

Ana Lúcia Pretto Pereira (2014, p. 130) apresenta argumentos pelos quais não se aplicaria a cláusula da reserva do possível frente aos pedidos de tutela do direito à saúde, os quais se centrariam em:

> i) ponderação entre a proteção da vida humana e a escassez de recursos para o atendimento universal dos cidadãos, prevalecendo aquele bem em relação a este; ii) a saúde pode ser entendida como um direito público subjetivo, assegurado constitucionalmente; iii) o art. 196 da Constituição Federal estabelece ser o atendimento das necessidades da saúde uma responsabilidade de todos os entes da federação, e dever cujo cumprimento não se pode transmutar em “promessa constitucional inconsequente”; iv) o Estado não tendo conseguido comprovar a lesão às finanças públicas, deve fornecer a tutela pretendida; v) tendo a parte

---

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ - 2ª Turma, RESP 1041197/MS, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 25.8.2009, v.u., DJe 16.9.2009) (grifei).

> autora logrado comprovar a necessidade da tutela pretendida, bem como sua hipossuficiência, é possível assegurar a sua satisfação imediata.

As colocações acima restaram devidamente materializadas em consulta realizada junto à Defensoria Pública Especializada na Promoção e Defesa dos Direitos Relacionados à Saúde da Defensoria Pública do Estado do Amazonas em 02 de março de 2020, foram apresentadas as seguintes perguntas: a) número de processos judiciais envolvendo os diversos entes federativos no Estado do Amazonas (União, Estado do Amazonas, Município de Manaus, entidades da administração pública indireta das três esferas federativas) propostas pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas nos últimos três a cinco anos, discriminando-se, se possível, conforme as competências jurisdicionais (justiças comum estadual e federal); b) espécies de pedidos de atendimentos apresentados (consultas médicas, procedimentos cirúrgicos, fornecimento de remédios e de insumos médicos) com estimativas representativas de cada um; e c) considerações objetivas sobre os motivos da litigiosidade crescente mediante a suscitação de órgãos de controle (caso da Defensoria Pública), ao invés de busca direta junto ao sistema único de saúde em suas diversas esferas.

A Defensoria Pública do Estado do Amazonas respondeu em 02 de abril de 2020, sendo que relativamente ao primeiro quesito, foram ajuizadas desde a instalação da unidade administrativa no ano de 2018, no total, 358(trezentos e cinquenta e oito) demandas em 2018, 374 (trezentos e setenta e quatro) demandas em 2019 e, até o momento, 92 (noventa e duas) demandas em 2020, com dados atualizados até fevereiro de 2020, sendo que a maioria das ações foram propostas em face do Estado do Amazonas e sob a competência da justiça comum estadual, tendo-se o entendimento institucional de que a repartição interna de competências do Sistema Único de Saúde não seja oponível ao particular e não afaste a responsabilidade solidária dos entes federativos.

Com relação aos municípios, as demandas concentram-se principalmente em demandas de Tratamento Fora de Domicílio Intermunicipal (ajuda de custo, auxílio a deslocamentos e etc.) e em razão dos problemas relacionados ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos do Município de Manaus (SEMED), asseverando que, relativamente aos municípios do interior, é provável que as unidades da Defensoria Pública atuantes nessas localidades possuam

maiores informações sobre o total de demandas de saúde ajuizadas em face das respectivas municipalidades, não havendo dados confiáveis a apresentar.

Em demandas muito específicas de medicamentos raros e de alto custo, sobrevieram decisões judiciais reconhecendo o interesse da União Federal no litígio e consequentemente deslocando a competência para a Justiça Federal, mas trata-se de minoria irrisória.

Relativamente ao segundo quesito, foram apresentadas as planilhas constantes do anexo deste trabalho relativamente às espécies de demandas judiciais apresentadas a partir do ano de 2018 e até fevereiro de 2020, sendo que, relativamente ao terceiro quesito, é válido transcrever a seguinte manifestação:

> Especificamente sobre a judicialização, entendemos que o aumento progressivo dos números se deve, em verdade a uma litigiosidade contida que existe em nosso país. De fato, a partir do momento que a população toma conhecimento da existência de instituições como a Defensoria Pública e mesmo o Ministério Público, e que passa a considerar o acesso à justiça como uma forma de efetivamente assegurar seu acesso às políticas de saúde - sem os quais seria muito mais custoso -, passa a cada vez mais procurar por esses serviços e, consequentemente, acionar o judiciário.
> O judiciário e as instituições que asseguram o acesso à justiça funcionam, portanto, como meio através do qual o cidadão consegue se expressar, demandar um serviço/produto de saúde, ser visto e comunicar-se com o sistema público de saúde, saindo do estado de relativa invisibilidade que por vezes ocorre quando se restringe à via administrativa.
> A seu turno, a litigiosidade apenas existe na medida em que o Poder Público falha no cumprimento de seu dever constitucional de prestar assistência médica gratuita, universal e integral à população. Como se pode verificar das planilhas ora apresentadas, a grande maioria das ações diz respeitos a procedimentos e produtos padronizados, que deveriam estar sendo disponibilizados pelo Estado (em sentido amplo) mas não o são. Procedimentos e materiais extra-sus, ou medicamentos não padronizados e de alto custo são a minoria, o que significa dizer que a dificuldade de acesso da população ao sistema de saúde diz respeito primordialmente a serviços e produtos a que o próprio Estado reconheceu como de fornecimento obrigatório, ao incorporá-los ao SUS.
> Neste sentido, importa salientar que, à exceção de procedimentos de urgência/emergência e do fornecimento de medicamentos, o quais prescindem de regulação por sua própria natureza, as demais demandas por cirurgias/exames/consultas eletivos estão relacionadas à espera excessiva, o que ocasiona, por sua vez, a urgência em sentido jurídico (urgência nos termos do art. 300 do CPC, e não necessária urgência em sentido clínico). Os parâmetros utilizados na triagem de atendimentos da Defensoria Pública são os constantes do Enunciado N. 93 das Jornadas de Saúde do CNJ, no sentido de que considera-se excessiva a espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias para consultas e exames, e de 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias e tratamentos. Assim, as penas (*sic*) as demandas por espera excessiva que superem tais prazos são ajuizadas.

> Conclui-se, portanto, que a judicialização não deve ser vista como uma causa em si, que estaria resultando em problemas para o sistema de saúde, mas, ao contrário, como efeito, sendo sintomática da própria ineficiência estatal na prestação de tais serviços.

Tomando-se como parâmetro unicamente a observância de prazos administrativos e sem desconsiderar legítimas críticas à forma de gestão do sistema único de saúde no Estado do Amazonas, é forçoso reconhecer que a judicialização se converteu não mais em uma forma excepcional de acesso ao serviço público de saúde, mas um meio ordinário e até mesmo vulgarizado de acesso ao sistema. Exsurge um "círculo vicioso": porque convulsionado o sistema público, é de rigor o acesso ao Poder Judiciário; porque generalizado o acesso ao Poder Judiciário, convulsiona-se ainda mais o sistema, comprometendo sua estrutura administrativa, condicionada que se torna pela intervenção judicial; atende-se um interesse individual, mas se compromete em verdade o interesse coletivo.

Não obstante, exemplo de possível observância e aplicação da teoria da reserva do possível na temática da "judicialização da saúde" com uma postura mais cuidadosa frente às limitações das atividades estatais poderia ser observada igualmente no tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal no fornecimento de medicamentos experimentais ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. No curso da tramitação do Recurso Extraordinário 657.718/MG, foi decidido incidente de repercussão geral em julgamento datado de 22 de maio de 2019[78], pelo qual foram firmadas as seguintes teses (ASPIS, 2019, p. 1):

---

[78] Segue a ata de julgamento do respectivo incidente: "*O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União", vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o* Ministro CELSO DE MELLO*. Plenário, 22.05.2019".*

> 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
> 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
> 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil;
> 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.

A teoria da reserva do possível veio a ser observada em seus diversos aspectos na decisão sob análise:

1) Financeiramente, por conta do imprevisível e por vezes altíssimo custo econômico de medicamentos experimentais;
2) Tecnicamente, pela própria incerteza quanto à eficácia e aos efeitos colaterais de tais produtos ainda não administrativamente autorizados[79];
3) Juridicamente, ao subordinar em regra a intervenção judicial em obstar-se de autorizar o fornecimento de remédios experimentais não autorizados pela agência reguladora, devendo aguardar a tramitação do respectivo processo administrativo, salvo se houver demora desarrazoada e preenchidas determinadas hipóteses fáticas, sendo que a competência para processo e julgamento de eventuais pleitos caberia à justiça comum federal.

Oportunas as colocações de Mauro Eduardo Vichnevetsky Aspis (2019, p. 2):

> Obviamente, nenhum magistrado gostaria que algum cidadão faleça ou venha sofrer agravamento em sua saúde decorrente da não concessão de um medicamento através de uma decisão judicial. Porém, autorizar o uso de um medicamento, não registrado e de altíssimo custo, coloca não

[79] Recapitulando o voto do ministro Barroso: "*nesse caso, a administração da substância representa riscos graves, diretos e imediatos à saúde dos pacientes. Não apenas porque, ao final dos testes, pode-se concluir que a substância é tóxica e produz graves efeitos colaterais, mas também porque se pode verificar que o tratamento com o fármaco é ineficaz, o que pode representar a piora do quadro do paciente e possivelmente a diminuição das possibilidades de cura e melhoria da doença"*. (ASPIS, 2019, p. 5).

> só em risco a saúde desta pessoa, como também, a saúde de milhares de cidadãos que também dependem do nosso já anêmico Sistema Único de Saúde. Alocar os escassos recursos da Saúde em um ou poucos pacientes, para que estes possam utilizar tratamentos caros e não registrados pela Anvisa, prejudica os demais necessitados do SUS que muitas vezes não conseguem obter os medicamentos mais básicos ou, ao menos, realizar consultas médicas.

E complementa (ASPIS, 2019, p. 5-6):

> Assim, percebe-se que na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, dois pontos são exaltados, o alto custo que os medicamentos não registrados trazem aos cofres públicos, bem como, a incerteza de sua eficácia e de seus efeitos colaterais. Ambos os pontos são de extrema relevância, um porque afeta a saúde financeira do nosso já doente Sistema Único de Saúde e outro porque pode afetar a saúde de pacientes que pleiteiam na Justiça medicamentos, os quais não se tem qualquer certeza que o seu uso irá ajudar ou prejudicar.

A despeito de suas minúcias, o precedente firmado pela Corte Constitucional brasileira ainda assim concede espaço de liberdade e com grau razoável de extensão ao julgador – uma discricionariedade jurídica regrada e vinculada, mas ainda assim existente. Ao falar em “mora irrazoável” – um conceito evidentemente aberto e a despeito da referência aos prazos da Lei Federal n. 13.411/2016, os quais restam estabelecidos conforme o tipo de procedimento administrativo e categorização do medicamento[80] – e frente a hipóteses *a priori*

[80] Pela leitura da Lei Federal n. 13.411, de 28 de dezembro de 2016: Esta lei alterou as disposições da Lei Federal n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Há previsão de uma regra geral para conclusão dos procedimentos de registro de medicamentos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (90 dias a contar da data do protocolo do requerimento – art. 12, § 3º), devendo ser observados, conforme dispõe o artigo 17-A, os critérios de complexidade técnica e de benefícios clínicos, econômicos e sociais da utilização do medicamento objeto do requerimento, com a classificação dos medicamentos em nas categorias de precedência de prioritária e ordinária. Essa classificação é importantíssima, pois ficam estabelecidos prazos mínimo e máximo para a decisão final nos procedimentos administrativos de registro e de alteração pós-registro de medicamentos (60 dias e 120 dias a contar da data do protocolo do requerimento – categorização prioritária; 180 dias e 365 dias a contar da data do protocolo do requerimento – categorização ordinária). Ademais, deverá ser observado o prazo de 120 dias (com extensão até 180 dias) para o registro de medicamentos similares fabricados no País (art. 21) e a possibilidade de renovação simplificada de registro de medicamentos (art. 24-A). Conforme se verifica, exsurge todo um plano derivativo a nortear o rito de procedimento de registro de medicamente que exige a análise contexto para a tomada de conclusões do que venha a ser “demora irrazoável”. Vejam-se os dispositivos legais: Lei Federal n. 6.360, de 23 de Setembro de 2016: Art. 12. (*omissis*) § 3º Ressalvado o disposto nos arts. 17-A, 21 e 24-A, o registro será concedido no prazo máximo de noventa dias, a contar da data de protocolo do requerimento, salvo nos casos de inobservância, por parte do requerente, a esta Lei ou a seus regulamentos. Art. 17-A. Os prazos estabelecidos para a decisão final nos processos de registro e de alteração pós-registro de medicamento levarão em conta os seguintes critérios: I - complexidade técnica; II - benefícios clínicos, econômicos e sociais da utilização do medicamento objeto do requerimento. § 1º A aplicação dos critérios previstos no *caput*, de acordo com

fáticas, exige-se a observância do contexto do plano derivativo normativo em que se encontra o julgador.

Ora, analisar questões como a existência ou não do requerimento administrativo de registro do medicamento (exigindo pesquisa de processos

---

metodologia disposta em ato da Anvisa, determinará o enquadramento do medicamento sob avaliação nas seguintes categorias de precedência: I - prioritária; II - ordinária. § 2º Os prazos máximos para a decisão final nos processos de registro e de alteração pós-registro de medicamento serão, respectivamente: I - para a categoria prioritária, de cento e vinte dias e de sessenta dias, contados a partir da data do respectivo protocolo de priorização; II - para a categoria ordinária, de trezentos e sessenta e cinco dias e de cento e oitenta dias, contados a partir da data do respectivo protocolo de registro ou de alteração pós-registro. § 3º Exceto nos casos em que houver recurso contra decisão anterior, a decisão final nos processos de alteração pós-registro poderá ser tomada por aprovação condicional, presumida pela não manifestação contrária da Anvisa nos prazos definidos no § 2º. § 4º A aprovação condicional de que trata o § 3º só poderá ocorrer nas hipóteses de alteração pós-registro definidas em regulamento e será automaticamente revertida, a qualquer tempo, em caso de indeferimento da alteração pós-registro pela Anvisa. § 5º Os prazos mencionados no § 2º poderão ser prorrogados por até um terço do prazo original, uma única vez, mediante decisão fundamentada da Anvisa expedida em, no mínimo, quinze dias úteis antes do término do prazo original. § 6º As solicitações de esclarecimento ou de retificação pela Anvisa deverão ser consolidadas em um único pedido, exceto se forem necessárias para esclarecer ou retificar informações relativas a solicitação anteriormente atendida pela empresa requerente, e suspenderão a contagem dos prazos determinados neste artigo até que sejam atendidas. § 7º O descumprimento injustificado dos prazos previstos neste artigo implica apuração de responsabilidade funcional do servidor ou dos servidores que lhe derem causa, nos termos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. § 8º A Anvisa regulamentará o disposto neste artigo, em especial a especificação dos critérios de que trata o *caput*, com vistas ao enquadramento nas categorias de prioridade. § 9º Expirado o prazo de cento e oitenta dias contados do início da vigência deste artigo sem que tenha sido publicada a regulamentação prevista no § 8º, e enquanto a matéria permanecer não regulamentada, o prazo máximo para a decisão final será de trezentos e sessenta e cinco dias nos processos de registro e de cento e oitenta dias nos de alteração pós-registro. Art. 21. Fica assegurado o direito de registro de medicamentos similares a outros já registrados, desde que satisfaçam as exigências estabelecidas nesta Lei. § 1º O medicamento similar a ser fabricado no País será considerado registrado após decorrido o prazo de cento e vinte dias da apresentação do respectivo pedido de registro, se até então o pedido não tiver sido indeferido e desde que atendido o disposto no § 6º deste artigo. § 2º A contagem do prazo para registro será interrompida até a satisfação, pela empresa interessada, de exigência da autoridade sanitária, não podendo tal prazo exceder a cento e oitenta dias. § 3º O registro, concedido nas condições dos parágrafos anteriores, perderá a sua validade, independentemente de notificação ou interpelação, se o produto não for comercializado no prazo de um ano após a data de sua concessão, prorrogável por mais seis meses, a critério da autoridade sanitária, mediante justificação escrita de iniciativa da empresa interessada. § 4º O pedido de novo registro do produto poderá ser formulado dois anos após a verificação do fato que deu causa à perda da validade do anteriormente concedido, salvo se não for imputável à empresa interessada. § 5º As disposições deste artigo aplicam-se aos produtos registrados e fabricados em Estado-Parte integrante do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, para efeito de sua comercialização no País, se corresponderem a similar nacional já registrado. § 6º O medicamento similar, fabricado ou não no País, deverá ter a sua eficácia, segurança e qualidade comprovadas de forma equivalente à adotada para o medicamento genérico. Art. 24-A. Fica estabelecida a Renovação Simplificada do Registro de Medicamentos para os medicamentos que possuam registro no órgão sanitário brasileiro durante período igual ou superior a 10 (dez), que não tenham tido relatos de ineficácia e/ou de eventos adversos significativos e que estejam adequados às exigências sanitárias vigentes, independentemente de sua classificação de venda. Parágrafo único. A definição do período de que trata o *caput* será feita pela Anvisa a partir de critérios que envolvam a classe terapêutica do produto, modificações realizadas na sua formulação, nas indicações e posologia e no processo produtivo, bem como a via de administração, a forma farmacêutica e a efetiva exposição do produto ao uso.

administrativos nem sempre de fácil acesso), a existência ou não de registro do mesmo medicamento em “renomados” (outro conceito aberto) órgãos de controle similares no ordenamento jurídico comparado (exigindo novamente uma atividade empírica de pesquisa) e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil (o que exigirá no mínimo uma posição técnica probatória documental ou pericial devidamente formalizada), abre um campo supostamente delimitado, mas certamente imprevisível ao julgador, o que pode tornar “letra morta” a proibição genérica de tutela jurisdicional de medicamente pendentes de autorização pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA frente ao inequívoco espaço de discricionariedade concedido. A regra geral pode tornar-se exceção frente aos diversos conflitos que se apresentem. É forçoso dizer que talvez não se tenha alcançado a estabilização dos conflitos sociais almejada pela repercussão geral.

A pesquisa efetuada é válida como agrupamento das razões externadas pela leitura dos diversos precedentes jurisdicionais pesquisados, mas não serve para identificar por meio de quais fundamentos ontológicos a tutela do direito à saúde nas situações acima colocadas prevaleceria junto à pura e simples limitação institucional do Estado-providência. Mesmo que se admita que o direito à saúde básica faz parte do mínimo existencial protegido pelo ordenamento constitucional, não se apresentam alternativas que fujam a um muito provavelmente ineficaz provimento jurisdicional que se limite a um “tudo-ou-nada” e que estabeleça um programa eficaz para a adequada tutela jurisdicional do bem fundamental. Não se está em verdade efetivando um controle jurisdicional adequado de modo a aperfeiçoar os evidentes problemas do sistema único de saúde, ignorando-se o estado de saúde do paciente, se terminal ou não, e a capacidade financeira do Estado destinatário da decisão (DINIZ JÚNIOR, 2013, p. 54), dentre tantas questões e nuances.

Conforme coloca Vanessa Gomes Leite (2017, p. 193-194) acerca da necessidade de um controle jurisdicional coletivo e efetivo:

> Partindo-se do pressuposto de que a ação individual não transcende a pessoa do demandante, tampouco seu objeto contempla a finalidade de resolver o problema de maneira global, acaba por não enfrentar o problema universalmente, fornecendo resultados pontuais. Por conta disso, o manejo de ações coletivas para agilizar o fornecimento de procedimentos médicos estruturados a partir de listas de espera revela-se uma solução que, por apresentar efeitos ultra partes ou erga omnes,

> suplanta a discussão a respeito da violação ao princípio da igualdade e visa atender o direito à saúde de todos os inscritos na fila, com vistas a superar a negligência da Administração Pública na disponibilização do serviço público (...) Nessa senda, surge a necessidade de molecularização dos conflitos, por intermédio da propositura de ações coletivas.

Tal fenômeno implica o reconhecimento da efetividade da judicialização individual (ou microjustiça) do direito à saúde por meio do atendimento de demandas individuais e de situações estritamente localizadas, mas sem quaisquer efeitos para um controle judicial que leve ao aperfeiçoamento dos inequívocos problemas do sistema único de saúde mediante a efetividade de uma judicialização coletiva (macrojustiça) por meio de ações coletivas.

Replicando uma postura do Supremo Tribunal Federal conforme colocado por Fernando Rister de Souza Lima (2018, p. 221-230), baseado nas considerações de Marcelo Neves (2018) sobre o fenômeno da "constitucionalização simbólica"[81] – isto é, leis constitucionais carentes de efetividade jurídica, "empurrando" o legislador a solução de conflitos para julgadores e demais oficiais do sistemas, e portanto apenas "símbolos" do atendimento da demanda social – ao tutelar efetivamente apenas pleitos individuais e descurar ou apenas fazer considerações genéricas e desprovidas de eficácia em pleito de natureza coletiva, o Poder Judiciário exerce uma atuação meramente "simbólica" e sem maiores consequências que nada mais faz que deixar na incerteza e na convulsão sistêmica o aparato público-administrativo que permitiria o acesso ao direito fundamental à saúde.

Sistemas de saúde são caracteristicamente universais e públicos, mas isso não os dispensa de enfrentar desafios econômicos, políticos e sociais para a sua efetivação (ASENSI, 2013, p. 344). Frente a esse contexto, ao "empurrar" os

---

[81] *"A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático-ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a "culpa" para a sociedade "desorganizada" e "atrasada", "descarregando-se" de "responsabilidade" o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. No plano da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute "ideologicamente", quando se afirma que, a Constituição de 1988 é "mais programática" entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro: "a promessa de uma sociedade justa, à espera de sua realização". Confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional."* (NEVES, 2018, p. 186).

conflitos jurídicos para as incertezas da casuística que se apresente, o Poder Judiciário enreda-se em um cenário perfeito para um ativismo judicial substantivo irracional e generalizado e no qual se sobressai a elite que tenha acesso à melhor representação processual (advogados particulares e defensores públicos). Mas como ficam os desprovidos de tal acesso, que tiveram seu direito à saúde aviltados e não conseguiram e nem conseguirão chegar com seus pleitos ao Poder Judiciário? Como ficam os grupos sociais (*v.g.*, as populações ribeirinhas do interior do Estado do Amazonas) que sequer têm acesso à assistência jurídica gratuita? Mesmo que de forma inconsciente, reafirmam-se as estruturais sociais de desigualdade de que padece a sociedade brasileira nesse quadro.

Oportunas as colocações de Fernando Rister de Souza Lima (2018, p. 225):

> A microjustiça, nesse caso, enfileira-se com uma nova elite: aquela que possui instrumentos técnicos para chegar ao STF. E mergulha de cabeça no simbolismo-álibi ao negar um acesso à justiça distributiva e a continuar a enfrentar a situação somente pelo viés adjudicatório, o que ratifica as assertivas de que não cabe ao juiz se preocupar com o orçamento público e, muito menos, deixar que interesses menores, como a ausência de recursos, tolham exatamente direitos sociais, que nada mais são do que a busca de uma igualdade econômica, sobretudo porque, se é verdade que para a análise do signo em torno do STF deve levar-se em conta o gigantesco aumento da complexidade, não é menos verdade que, se a Corte, o julgar, não leva em conta, para formar a sua racionalidade, essa mesma complexidade, forjará uma gradual significação simbólica, em sintonia com a ideia de um álibi face à sua incapacidade de manter as expectativas ao longo do tempo.

A solução para um quadro de tal monta patológico passa imprescindivelmente pelo reconhecimento da necessidade e da liberdade do aplicador em decidir os conflitos jurídicos. Ela existe e é constitucionalmente estabelecida, mas urge delimitar o grau de extensão dessa liberdade conforme os ditames estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico – o que implica reconhecer e outorgar natureza jurídico-dogmática à teoria da reserva do possível, de modo a prevenir a torturante prática a qual vem submetida por julgadores e demais agentes do sistema no planejamento jurídico brasileiro. Ela existe e é um fato. É de rigor que a identifiquemos enquanto realidade jurídica.

4.3 NATUREZA JURÍDICO-DOGMÁTICA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL N. 13.655/2018

O reconhecimento dos contornos fáticos e sentidos que caracterizam a reserva do possível na justiciabilidade de direitos prestacionais complementa e robustece um campo evidente de “textura aberta” na aplicação das normas jurídicas ordenadoras da política pública sindicável. Dá-se ao Poder Judiciário um poder de criação de Direito muito mais amplo e importante do que o deixado aos legisladores e administradores, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito. Seja o que for que os tribunais decidam, quer sobre questões que recaem dentro daquela parte da regra que parece simples a todos, quer sobre as questões que ficam na sua fronteira sujeita a discussão, mantém-se, até que seja alterado por legislação; e sobre a interpretação de tal regra, os tribunais terão de novo a mesma última palavra dotada de autoridade (HART, 2007, p. 158). Não só está dado o espaço de liberdade de aplicação do Direito pelo julgador; trata-se de um espaço reconhecidamente extenso.

Nesta seara e frente ao regime de economia de confiança estabelecido relativamente aos direitos prestacionais, a questão não reside em saber se julgadores exercem ou não a função jurídico-política que lhes fora atribuída com evidente margem de liberdade, mas, asseverando que, estando sujeito o julgador aos mesmos ônus de gerenciamento de recursos públicos escassos, pode igualmente trabalhar de “forma criativa” tal qual gestores públicos e legisladores, resultando em decisões públicas cujos conteúdos nem sempre podem atender a critério elementar de justiça, que é a igualdade (PEREIRA, 2014, p. 155). A verdadeira questão é a seguinte: teria o Poder Judiciário a mesma natureza e extensão de escolha?

Conforme coloca Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 190):

> Nessa perspectiva, é importante perquirir se essa dimensão de realidade da qual o direito por certo não pode ser alienar, sob pena de comprometer sua própria eficácia, também implica a consideração da escassez de recursos quer econômicos ou mesmos técnico. Destaca-se, portanto, que sempre que a escassez se relaciona a recursos econômicos, ela envolve o elemento escolha, como fruto de uma decisão política. Conquanto essa temática aqui tratada ainda será objeto de reflexões por outro viés mais à frente, ressalta-se, nesse ponto, que as críticas enunciadas não podem ser refutadas de maneira simplista, e muito menos convém ignorá-las. Com efeito, o juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir, ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear. Ele não tem o tempo necessário para fazer uma investigação completa sobre o assunto, nem sobre o assunto, nem os

> meios para tanto. Nem lhe cabe afinal levar a cabo um planejamento global da atuação dos poderes públicos.

A questão reside, portanto, no modo como essa intervenção judicial trata o manejo dos elementos que compõem essa "escolha", impondo um ônus argumentativo decisional na atividade de todos os poderes estatais e na sua própria.

Com efeito, a superação do argumento da reserva do possível exige que a decisão (não apenas judicial, mas igualmente legislativa e administrativa) correspondente apresente argumentos racionais, como forma de controle sobre sua justificação. A despeito da necessidade de resguardo da dignidade humana, a realidade fática de escassez dos recursos necessários ao atendimento das necessidades sociais, aliada ao princípio democrático, impõe que se dê preferência às opções políticas que privilegiam os princípios da universalidade, da progressividade e da eficiência na realização dos direitos fundamentais sociais, sujeitando-se à fiscalização jurisdicional quando comprometem aquele princípio-mor (PEREIRA, 2014, p. 250-251). A análise da incidência é essencialmente fática – logo, discricionária.

O reconhecimento deste campo de discricionariedade no manejo da teoria da reserva do possível exige que indaguemos acerca de sua natureza jurídica. Sob as considerações acima, pode-se tê-la como uma condição ou dimensão de realidade a condicionar a pretensão ou a exequibilidade do direito. Explique-se: somente diante das circunstâncias reais será viável aquilatar a extensão deste direito, confrontando a pretensão juridicamente deduzida com os recursos materiais disponíveis. Assim, enquanto elemento externo, a reserva do possível poderia reduzir ou conformar mais ou menos o âmbito normativo ou o programa normativo do direito, integrando o campo de trabalho dos intérpretes institucionalmente autorizados, e esta redução ou conformidade estaria sujeita ao controle de constitucionalidade, especialmente a partir do exame da proporcionalidade (OLSEN, 2012, p. 193).

Conforme coloca Ana Carolina Lopes Olsen (2012, p. 201):

> A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento

> uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações

Essa constatação leva a que entendamos a teoria da reserva do possível como um fator jurídico reconhecido pelo ordenamento no desenvolvimento da atividade intelectual interpretativa com os instrumentos tecnológicos postos pela dogmática jurídica, possibilitado que é pelas diretrizes que regem o plano derivativo e, por conseguinte, o regime de economia de confiança que outorga credibilidade e autoridade para a atuação dos aplicadores do direito institucionais. A questão agora reside não mais na possibilidade de uso dessa teoria, mas sob qual forma jurídica ela se apresenta no processo de tomada de decisões. Podemos considerar a teoria da reserva do possível como uma espécie de norma jurídica?

Inviável reconhecê-la como uma forma de regra, entendida esta como normas que devem ser realizadas na exata medida de sua prescrição (LIMA, 2014, p. 79), primariamente retrospectivas, de imediata determinabilidade, e de descritividade de condutas e de situações, envolvendo ou não a aplicação de sanções e com baixo ônus argumentativo em sua aplicação. Por constituírem razões independentes ou formais dadas por uma autoridade e devendo ser observadas, apresentam-se as regras como conclusivas, decisivas ou peremptórias, tendo a aptidão de determinar a conclusão que se encontra em sua formulação (PREVEDELLO, 2019, p. 177).

Sob tais parâmetros, a reserva do possível não se apresenta como uma conduta social ou situação determinada conclusiva e peremptória, imediatamente descritível e tampouco possui baixo ônus argumentativo em sua construção a partir do texto normativo legislado calcada que se encontra no exame de fatos.

Pode, todavia, inquinar sanções legais. Considerada como circunstância fática delimitadora no seio de aplicação das regras, a reserva do possível condiciona o suporte fático a afetar o ato ou negócio jurídico no plano da validade, haja vista que estes não suportam objeto impossível (art. 104, II, Código Civil[82]), entendida esta impossibilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 434)

[82] Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil: Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

como tanto jurídica por encontrar-se face a óbices legais, seja por vedação de lei, seja por disposição negocial (*v.g.*, prestação de serviço público de fornecimento de substâncias entorpecentes ilícitas para fins medicinais ou de procedimento médico de “morte assistida”; realização de reforma agrária sobre terras indígenas ou sobre unidades de conservação; construção ou alocação de abrigo para menores dispensando-se prévia licitação) quanto física em restando desrespeitadas as leis naturais, não tendo o homem como realizar por suas próprias forças (*v.g.*, prestação de serviços públicos de “conhecimento da vida após a morte”; desapropriação para fins de interesse social de terreno localizado na lua).

Oportunas as colocações de Francisco Amaral (2008, p. 420):

> A possibilidade do objeto desdobra-se em possibilidade física ou material, e possibilidade jurídica. Objeto fisicamente impossível é o que não existe, tornando-se inviável o cumprimento da obrigação. Note-se, todavia, que a existência da coisa verifica-se no momento da eficácia do negócio, não no de sua formação, mesmo porque é legalmente prevista a venda de coisas ainda não existentes, coisas futuras. A possibilidade jurídica consiste na sua viabilidade legal. Constitui objeto juridicamente impossível a venda de coisa pública ou fora do comércio, exemplo, a gravada com a cláusula de inalienabilidade. A impossibilidade jurídica distingue-se da ilicitude. A primeira refere-se a um ato não permitido pelo direito, como a venda de bens legalmente inalienáveis, ou o contrato sobre herança de pessoa viva (CC, art. 426). A segunda refere-se ao negócio que, embora possa ser materialmente praticado, é reprovado em lei, como a venda tóxicos. Viola um dever legal.

A impossibilidade deve ser originária ao objeto, isto é, dar-se no momento em que se formou o ato jurídico ou fato jurídico e se concretizou o negócio jurídico, com o que incidirá no plano da validade e, por conseguinte, como causa de nulidade (art. 166, II, Código Civil[83]). Em caso de impossibilidade física, esta deve ocorrer no momento da prestação do ato ou negócio (*v.g.*, inexistência de qualquer medicamento experimental em procedimento de registro perante a agência reguladora e mesmo no direito comparado); em caso de ocorrência da causa de impossibilidade antes da prestação ou conclusão do ato (o medicamento findou por ser autorizado e registrado antes da prestação), não há nulidade. Diferentemente, em caso de impossibilidade jurídica, a mesma é punctual, importando se existe no momento da conclusão do ato; em sendo removida posteriormente a

[83] Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil: Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: II – For ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (grifei).

impossibilidade, não há convalescimento do ato ou negócio jurídico, devendo ser repetido para que se tenha um ato válido (MELLO, 2019, p. 163-164).

Atos legislativos e administrativos que se fundamentem em objetos possíveis frente ao contexto de limitações identificáveis encontram-se *a priori* plenos de juridicidade. Intervenção judicial que ignore tais circunstâncias, embora dotada de autoridade e de eficácia, é juridicamente anulável e, logo, rescindível. A teoria da reserva do possível permite uma avaliação minimamente objetiva desses contornos factuais e autoriza uma plena sindicabilidade e revisibilidade dos fatos e atos jurídico-administrativos e da decisão jurídica. O suporte fático condiciona sua validade.

Nesse ponto, assevera Pontes de Miranda (2012, p. 61-62):

> (...) o negócio jurídico, ou o ato jurídico stricto sensu anulável é de suporte fático deficiente, mas o negócio jurídico ou o ato jurídico stricto sensu é eficaz enquanto se não admite, em sentença, que não tenha eficácia. (...) O ordenamento jurídico somente atribui validade ao ato jurídico que corresponde a suporte fático que é suficiente e eficiente, isto é suficiente e não-deficiente ou não-deficitário: porque é suficiente, entra no mundo jurídico como negócio jurídico ou como ato jurídico stricto sensu; se bem que seja deficiente.

Por outro lado, a partir da atividade intelectual interpretativa na construção do preliminar suporte fático como razão contributiva ou decisiva para a elaboração e aplicação da regra, se for possível identificar tais fatos, tem-se uma regra como uma razão decisiva e, por conseguinte, perfeitamente aplicável na espécie; em caso contrário, não sendo possível identificar tais fatos, tem-se a regra como uma razão meramente contributiva, não vinculando o aplicador o qual, sem declarar a invalidade da regra e ponderando as razões fáticas disponíveis para a apreciação do conflito, apenas não aplica a regra naquele caso (PREVEDELLO, 2019, p. 179). Realiza-se um sopesamento entre argumentos favoráveis e os argumentos contrários à criação de uma exceção à aplicação da regra diante do caso concreto. A regra é argumentativamente “derrotável” (*defeasiblity*).

Nesse ponto, a reserva do possível age como circunstância que não permite a construção do quadro fático adequado a permitir a aplicabilidade do direito demandado, “rebaixando” as razões externadas para a construção da regra como meramente contributivas e não decisivas, permitindo ao julgador concluir pelo indeferimento do pedido de tutela do direito prestacional. Por exemplo, frente a um

medicamento experimental e ainda não aprovado pela agência reguladora, de custos financeiros imprevisíveis, de eficácia e de efeitos colaterais incertos, a impossibilidade técnica, financeira e jurídica restringe o quadro fático que permite a aplicação do dever legal de fornecimento de medicamentos pelo sistema único de saúde e, por conseguinte, permite ao julgador afastar a regra sem declará-la inválida.

Conforme coloca Alexandre Prevedello (2019, p. 188-189):

> (...) é necessário que as regras sejam compreendidas como dotadas de autonomia semântica em relação aos propósitos que lhes originam, sem desconsiderar que circunstâncias particularmente exigentes podem superar a trincheira. A aplicabilidade de uma regra é então determinada tanto pelo seu significado (autonomia semântica) como por circunstâncias particulares, mas a abordagem geral deve ser a de aplicá-la sem avaliar com profundidade as suas razões subjacentes e todo e qualquer caso, sob pena de tornar ineficiente e não previsível o sistema jurídico. Isso demanda que o juiz, em casos controvertidos, primeiro faça uma verificação preliminar nas razões subjacentes da regra. Se nesse exame de cognição sumária as razões de trincheira a regra demonstram que não é caso de prosseguir, o juiz aplica a regra e não é sobrecarregado com o trabalho de examinar todas as razões favoráveis e contrárias a ela. Por outro lado, se o caso apresenta algum fator relevante capaz de avançar pela trincheira, então o juiz deve realizar uma investigação completa de todas as razões (favoráveis e contrárias à aplicação da regra no caso particular) cujo resultado pode ser aplicá-la ou derrotá-la.

No que é complementado por Humberto Ávila (2019b, p. 77):

> O importante é que o processo mediante o qual as exceções são constituídas também é um processo de valoração de razões: em função da existência de uma razão contrária, que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e de contra-argumentos – isto é, de ponderação.

Por seu turno, difícil compreendê-la como uma espécie de princípio, aqui entendido como estabelecedores de estados de coisas imediatamente finalísticos, normas primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de aplicabilidade, cuja aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta necessária para sua promoção (ÁVILA, 2019b, p. 227). Por conta desse caráter, sejam tidos como “mandados de otimização” ou com “dimensão de peso”, a aplicabilidade dos

princípios exige intenso ônus argumentativo do intérprete, sobretudo quando colidem com outros princípios ou regras.

Nesse ponto, mesmo reconhecendo-se sua eventual colisão com outros princípios e critérios aptos junto aos poderes estatais, quais sejam: *i)* princípio da supremacia da constituição; *ii)* proteção ao mínimo existencial tutelado constitucionalmente; *iii)* segurança jurídica ou vedação ao retrocesso; e *iv)* princípio da proporcionalidade, a teoria da reserva do possível apresenta-se como elemento externo fático, não estabelecendo um estado de coisas finalístico a ser promovido ou buscado casuisticamente pelo aplicador do direito. Em verdade, apresenta-se como fator de redução do âmbito normativo do direito, e esta redução estaria sujeita ao controle de constitucionalidade, especialmente a partir do exame da proporcionalidade (OLSEN, 2012, p. 193), sobretudo em seu critério de adequação.

Em afigurando-se como um elemento externa e essencialmente fático, a análise da incidência ou não da teoria da reserva do possível dá-se sobre os meios escolhidos pelo gestor público ou pelo legislador, isto é, se em termos quantitativos (um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio), qualitativos (um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio) ou probabilísticos (um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio), foi atingida a finalidade constitucional (ÁVILA, 2019b, p. 210).

Se a resposta for positiva (a despeito das limitações e circunstâncias, restou suprido o direito prestacional), o ato estatal sindicado reveste-se de juridicidade e, portanto, deve ser mantido; se a resposta for negativa, poderá e deverá ser devidamente afastado, vez que adequada a intervenção judicial. Trata-se de uma avaliação sobretudo empírica, baseada nos conhecimentos técnico-científicos e nas convicções sociais aceitas geralmente (YOKOHAMA, 2018, p. 106).

Conforme coloca Jorge Reis Novais (2003, p. 736-737):

> O controlo da idoneidade da medida restritiva refere-se exclusivamente à aptidão objetiva ou formal de um meio para realizar um fim e não a qualquer avaliação substancial da bondade intrínseca ou da oportunidade da medida restritiva: uma medida é idónea quando é útil para a consecução de um fim, quando permite a aproximação do resultado pretendido, quaisquer que sejam uma e outro. Trata-se, portanto, de um princípio e um controlo essencialmente baseados numa relação objetiva e

> empiricamente comprovável entre um meio e um fim. Há, no entanto, um pressuposto lógico da idoneidade, qual seja o da legitimidade constitucional dos fins prosseguidos com a restrição e da legitimidade dos meios utilizados, que não integrando, em rigor, as exigências relativas à aptidão de um meio para atingir um fim, condiciona, todavia, a pertinência tanto deste como dos controlos posteriores.

E arremata Jorge Reis Novais (2003, p. 738):

> (...) está aptidão deve ser aferida (...) não no sentido de uma exigência que só se considera cumprida quando o meio realiza integral ou plenamente o fim visado, mas bastando-se, antes, como uma aproximação sensível, ainda que parcelar, do fim pretendido. Assim, nesta fase prévia, a medida restritiva só será liminarmente invalidada por inidoneidade quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes, inócuos ou até negativos tomando como referência a aproximação do fim prosseguido com a restrição.

Por exemplo, a escolha da administração pública na compra de vacina para combater uma epidemia (ÁVILA, 2019b, p. 211) pode envolver a comparação entre um vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas de eficácia não comprovada e de efeitos colaterais imprevisíveis para a maioria da população (inferior em termos qualitativos e probabilísticos) e uma outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), é de eficácia comprovada (superior em termos qualitativos e probabilísticos).

Outrossim, a implementação de determinado tratamento médico no sistema único de saúde local (superior em termos quantitativos; inferior em termos probabilísticos) pode ser comparado frente à escolha de prestação do serviço mediante tratamento fora do domicílio em localidades já estruturadas (inferior em termos quantitativos; superior em termos probabilísticos e qualitativos).

Por fim, a autorização legislativa direta para determinada forma de tratamento médico ou de medicamento para determinada doença (inferior em termos quantitativos e quiçá qualitativos; superior em termos probabilísticos e quiçá qualitativos) frente ao documento legislativo que autorize todas as formas de tratamento disponíveis eficazes ou não para aquela doença (superior em termos quantitativos e quiçá qualitativos; inferior em termos probabilísticos e quiçá qualitativos).

A possibilidade dessa escolha por gestores públicos e legisladores, atingindo-se a finalidade constitucional, mesmo que não seja o meio mais intenso, o melhor e tampouco o mais seguro, pode e deve ter a deferência pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta à divisão de Poderes, de custos inaceitáveis de intervenção e de afronta do regime de confiança que concedeu credibilidade e autoridade à intervenção judicial, substituindo-se indevidamente as devidas deliberações públicas já propiciadas pelo prévio planejamento social.

À luz das considerações acima, a reserva do possível se apresentaria mais adequadamente como uma circunstância delimitadora fática na mensuração da discricionariedade jurídica, a ser identificada e aplicada na construção da premissa menor (enunciados fáticos) no curso do processo intelectual de tomada da decisão jurídica.

Em sendo um elemento essencialmente fático, deve ser apresentado e demonstrado conforme os fatos e elementos probatórios alegados e produzidos pelas partes em conflito, de modo a permitir ao julgador e ao oficial autorizado do sistema, em construindo o suporte fático propiciado pelo contexto probatório reunido, descortinar o painel de efetivas restrições e dificuldades por que passe o aparato estatal para suprir o direito pleiteado.

A valoração da prova fundamentará a identificação racional da reserva do possível e o quadro fático estabelecido condicionará a etapa seguinte de construção da premissa maior (enunciados normativos). A delimitação prévia do quadro fático limitará as possibilidades e a liberalidade da atividade intelectual interpretativa de construção da norma a partir do texto normativo legislado aplicável, não importando os desejos de “justiça” do intérprete.

Conforme coloca Rodrigo Reis Ribeiro Bastos (2014, p. 163) acerca dessa etapa da construção da premissa menor da decisão jurídica:

> A valoração das provas não segue, no Direito brasileiro, uma regra fixa e uniforme, em alguns casos a avaliação é “tarifada” isso ocorre onde um dado meio de prova tem prevalência sobre os demais. Na maior parte dos casos a valoração segue o que se chama de convencimento racional que nada mais é do que a apreciação da prova mediante uma justificativa expressa e racional. Há aqui uma regressão lógica para outro nível, mas que deve usar os mesmos métodos. A produção e apreciação das provas serve como justificativa racional para a construção da premissa menor contida na analogia que expressa a decisão, por sua vez a valoração de tais provas deve, também, ser justificada racionalmente não sendo

> legítimo o recurso a percepções meramente subjetivas que estão, por sua natureza, para além do contexto da justificação.

No que é complementado por Michele Taruffo (2016, p. 251), pelo qual assevera a limitação imposta ao juízo discricionário do julgador pela construção racional dos fatos:

> (...) é oportuno recordar que o princípio do livre convencimento do juiz, que hoje em dia tem aplicação largamente predominante nos ordenamentos processuais modernos, não implica, de fato, que o juiz esteja vinculado de critérios que devem governar seu raciocínio: tal princípio admite que o juiz valore as provas fazendo uso de amplo poder discricionário, mas isso não significa que ele possa confiar em uma intuição subjetiva – que seria substancialmente arbitrária – ao estabelecer se uma hipótese relativa a uma fato ou não confirmada pelas provas disponíveis.

A reserva do possível não é juridicamente identificável como princípio; tampouco, como regra; mais adequado seria compreendê-la como uma circunstância que delimita a aplicação de regras e de princípios. Uma espécie de meta-norma portanto.

Nesse ponto, Ana Carolina Lopes Olsen (2012, p. 200) argumenta que a teoria da reserva do possível se apresentaria como uma cláusula ou postulado a determinar o âmbito de aplicação do direito fundamental. Não se afiguraria suficiente identificá-la como princípio e entendê-la passível de ponderação ou como um "mandado de otimização". Afinal, passível de ponderação e de análise interpretativa seria a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social.

Deve ser tomada, todavia e sobretudo, como cláusula ou argumento, até mesmo considerada não excludente da ilicitude estatal[84], configurando a

---

[84] Ideia defendida por Walber Araújo Carneiro (*apud* OLSEN, 2012, p. 212-213), para quem *"...a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado"* e por Juarez Freitas conforme Ana Lúcia Pretto Pereira e Ana Elisa P.P. Giovani (2017, p. 212-213) segundo as quais *"Juarez Freitas concebe a reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal, comissiva ou omissiva. O autor não nega a sindicabilidade dos atos administrativos, em observância ao dever estatal de vinculação aos princípios e direitos fundamentais, e defende o manejo do princípio da proporcionalidade como mecanismo hábil à análise da justificação ou do afastamento da responsabilidade estatal em eventos danosos. Pelo uso da proporcionalidade, poderá ser verificada a eventual presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade extracontratual do Estado (a existência de dano injusto, o nexo causal direto e a conduta comissiva*

impossibilidade e/ou inexigibilidade do ente estatal entregar, de imediato, em razão de limitações de ordem econômica, jurídica e política, prestação a que esteja obrigado, salvo se a prestação for objeto de direito fundamental e necessária à satisfação de necessidades humanas fundamentais (PEREIRA, 2014, p. 98).

Não se trata de maneira alguma de ideia isenta de críticas. O termo "condição ou dimensão da realidade" não possuía em verdade enquadramento jurídico claro haja vista a ausência de previsão normativa mais explícita a partir do texto normativo legislado. Até a edição da Lei Federal n. 13.655/2018[85], possuía

---

ou omissiva do agente), de modo que, constatado, o nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva, e a lesão antijurídica sobre o direito fundamental, caberá ao ente público o ônus de comprovar em contrário à imputação do dever indenizatório. Dessa forma, embora não lhe defina o conteúdo, o autor admite ser a reserva do possível uma das excludentes de ilicitude da conduta estatal, o que é coerente com sua visão para preservar o máximo dos direitos fundamentais."

[85] Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018: – inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público: Art. 1º O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos: "Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas". "Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo Único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos."
"Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo Único. (VETADO)". "Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo Único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Art. 25. (VETADO)". "Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões

em verdade a teoria da reserva do possível assento técnico e dogmático mais adequado como circunstância de natureza material fática no processo de construção da premissa menor das decisões jurídicas.

Mesmo admitir-se o argumento da teoria da reserva do possível como uma espécie de postulado normativo antes da edição da Lei Federal n. 13.655/2018, condicionando a aplicação de regras e de princípios, embora se apresente lógico pelos contornos factuais expostos neste capítulo, padeceria da ausência de suporte direto no texto normativo legislado constitucional ou infraconstitucional conforme as diretrizes do plano-mestre e de seus respectivos planos derivativos. Toda norma jurídica deve ser identificada e construída a partir dessa matéria-prima primeva. Essa postura de fato pode reduzir certas possibilidades do Direito enquanto ciência, mas garante segurança jurídica e reforça a credibilidade e autoridade ao aplicador do direito sob um campo de trabalho delimitado e autoritativo, com efetivo suporte na dogmática.

Sob tais considerações, a despeito de inserir-se em campo deveras cambiante, tal constatação não implicaria forçosamente retirar qualquer prisma de juridicidade da teoria da reserva do possível, sob pena de enfraquecer, e muito, sua possível defesa pelo Estado quando instado a concretizar direitos fundamentais,

---

de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2º (VETADO)". "Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos". "Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. § 1º (VETADO). § 2º (VETADO). § 3º (VETADO)". "Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. Vigência. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.
§ 2º (VETADO)". "Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo Único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão". Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao), pelo art. 1º desta Lei, que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

frente às alegações de “proibição do retrocesso”, de “mínimo existencial”, e de “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, argumentos estes de natureza jurídica e nem sempre com o devido suporte fático; por fim, desequilibrar-se-ia por completo a equivalência de argumentos entre Estado e particular, configurando a falaciosa ideia de que o Estado está sempre vinculado a um pedido individual de suprimento judicial fundamental (LAZARI, 2016, p. 70-71).

Adotando-se ou não alguma das concepções acima, é certo que, ao mesmo tempo em que sua aplicação não significa a supressão do bem fundamental cujo provimento se demanda, igualmente não se verifica seu total afastamento quando não aplicado na espécie. Seja postergando a aplicabilidade do direito fundamental, seja condicionando a exequibilidade do direito fundamental, a teoria da reserva do possível encerra uma compreensão dotada de razoabilidade sobre a atividade pública seja como um dado da realidade dotado de plena juridicidade, embora não necessariamente tipificada ou imediatamente identificável.

Conforme coloca Rafael de Lazari (2016, p. 71-72):

> “Trocando em miúdos”, significa dizer que nem sempre se dará ao Estado a desejada opção de usar a “reserva” como cláusula negatória indiscriminada (como tem o Estado almejado, na prática), nem ao indivíduo será dado o caminho livre de ter seu direito social devidamente implementado, amparado em prévio e incondicionado permissivo constitucional social que, como mencionado no início do Capítulo, se encontra em profundo processo de transformação dado seu visível fracasso.

Esta seria de fato sua maior fragilidade ao encontrar-se “reduzida” a uma forma de técnica utilizada na atividade intelectual do intérprete – logo, sujeita a seus subjetivismos. Uma demasiada confiança a julgadores, intérpretes autorizados e demais oficiais do sistema que este estudo não concede.

A edição da Lei Federal n. 13.655/2018 conferiu dignidade normativa à teoria da reserva do possível, tornando-a uma espécie de norma jurídica, um dado objetivo do direito positivo (a partir do texto normativo legislado) e parte integrante do contexto e campo de trabalho estabelecidos conforme o plano derivativo correspondente às regras e princípios de direito público-administrativo.

4.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Os objetivos que permearam o presente capítulo vêm ao encontro da postura adotada *ab initio* por este estudo: o Direito provém de fatos sociais e, por meio deles, justifica-se. Mesmo que tenha por objetivo o alcance de finalidades equitativas ou de justiça, estes objetivos sempre serão estabelecidos pelo prévio planejamento social da comunidade, cuja progressiva complexificação ensejou a estruturação de algo similar a um ordenamento jurídico.

Esta primeira constatação convive com a premissa de que o convívio social se orienta pela escassez de recursos de toda ordem (financeiros, técnicos, lógicos, político-institucionais) disponíveis aos membros de qualquer comunidade. A impossibilidade ontológica de que todos tenham direito a infinitas possibilidades e variedades de recursos leva ao necessário entendimento de que todos tenham direito a determinado montante e variedade de recursos conforme as possibilidades comunitárias e de forma razoável. Em sendo na prática inviável uma sociedade "ideal", antes se deve vislumbrar a sociedade "possível".

E essa sociedade "possível" – a segunda constatação – constrói e se reconstrói por meio do prévio planejamento social. Materializado o plano-mestre mediante o Pacto Constitucional, os direitos e garantias firmados (notadamente prestacionais) concretizam-se mediante planos derivativos e conforme o contexto de circunstâncias e de dificuldades que afirmarão não sua "fraqueza" ou baixa normatividade, mas o conteúdo essencial inderrogável ou inafastável cuja aplicabilidade se apresenta vinculante. A complexificação do planejamento social leva não ao reconhecimento da impossibilidade do ordenamento jurídico e do Estado em garantir direitos, mas delimita as reais possibilidades que se podem exigir e esperar do ordenamento jurídico e do Estado no exercício desta função.

O ordenamento jurídico, portanto, concebe-se e desenvolve-se sob o reconhecimento desse contexto de escassez e de limitações, o qual deve ser tido e reconhecido igualmente por julgadores, intérpretes autorizados e demais agentes do sistema como um todo, revelando-se concretamente na seara da exequibilidade de direitos fundamentais sociais (prestacionais). Seja qual for a nominação recebida, esse contexto apresenta-se ordinariamente sob a teoria ou cláusula da reserva do possível na resolução dos conflitos sociais.

Esta terceira constatação permite concluir acerca da plena juridicidade da teoria da reserva do possível, com posição segura no seio do ordenamento e

apresentada como uma inescapável realidade fática. Em não havendo dinheiro (limites financeiros), em não havendo tecnologia disponível (limites técnicos), em sendo impossível (limites lógicos), em não se podendo captar e selecionar arbitrariamente os anseios sociais (limites políticos) e em não se podendo descumprir a legislação aplicável (limites jurídicos), simplesmente não se poderá exigir o pleno suprimento ou a exaustiva exequibilidade dos direitos prestacionais pleiteados ou afirmar e conformar-se a seu puro e simples desatendimento, mas identificar e estabelecer o "núcleo essencial" e "núcleo de certeza" (*core of meaning*) a permitir-lhe a devida tutela jurídica.

Bem compreendida e aplicada, a teoria da reserva do possível não se limita a defender os limites de atuação do Estado, justificando-lhes a omissão; em verdade, reafirmam-se suas possibilidades efetivamente exigíveis. O estudo da jurisprudência constitucional da exequibilidade dos direitos sociais – na qual o caso *Grootboom* e o "Estado de Exceção Financeiro" ocupam lugar paradigmático – oscila entre a obrigatoriedade de conferir dignidade normativa e garantir tutela aos direitos prestacionais e a necessidade de não olvidar os "fatores reais de poder" que, ao mesmo tempo que garantiram a existência desses direitos por meio do prévio planejamento social, igualmente conformam e delimitam esta mesma existência e autoridade eficacial. Nesse ponto, mesmo não sendo considerada em todas as suas nuances e possibilidades, a teoria da reserva do possível sempre se apresentou como uma opção argumentativa "de escape" calcada sobretudo na razoabilidade, isto é, em situações extremas nas quais não se poderia exigir do aparato estatal mais do que razoavelmente se poderia exigir – a *ratio decidendi* que orientou o entendimento básico de *Numerus Clausus*.

Reconhecida sua juridicidade, a problemática que se apresentaria aqui reside paradoxalmente na incerteza de sua colocação no campo de trabalho jurídico ou programa normativo manejado pelos agentes do sistema, de fato a origem da prática tortuosa e torturante – em suma, patológica – da teoria da reserva do possível na seara do ordenamento jurídico brasileiro, conforme os diversos precedentes pesquisados envolvendo a exequibilidade de direitos sociais – notadamente educação e saúde – mostraram.

A teoria da reserva do possível não se apresenta como uma espécie de princípio e muito menos de regra. Embora se apresentasse como uma forma

inconteste de regular a aplicação dessas espécies de normas jurídicas tradicionalmente reconhecidas, antes da edição da Lei Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, a ausência de uma fonte direta de produção do direito – o texto normativo legislado – obstava o pronto reconhecimento sob uma forma jurídica tipificada. Mais confortavelmente, apresentava-se como um dado da realidade ou uma circunstância fática delimitadora a ser considerada durante o processo de construção racional do suporte fático a circunscrever as possibilidades de aplicação da dogmática jurídica.

Mesmo pela leitura de precedentes em que buscou um diálogo institucional e consequente acerca de sua aplicabilidade, ao incidir diretamente na aferição fática dos limites das atividades público-estatais durante o curso do processo de tomada das decisões jurídicas em todas as suas esferas (legislativa, executiva, judiciária) e em sendo extraída da análise de fatos, permitindo uma atividade intelectual interpretativa de grau e extensão imprevisíveis, a teoria da reserva do possível é matéria de juízo inequivocamente discricionário e casuístico. Não há posições apriorísticas neste campo, devendo ser sempre argumentada, demonstrada e valorada mediante as alegações das partes conflitantes e os elementos probatórios que lhe façam remissão, construindo o suporte fático (enunciados fáticos ou premissa menor) que irão delimitar o âmbito de aplicabilidade da norma jurídica a ser aplicada na espécie.

Todas essas considerações supostamente lógicas esbarram em uma falha estrutural incontornável: como parte de um processo de atividade eminentemente intelectual, a observância da teoria da reserva do possível encontra-se sob o subjetivismo do intérprete, sob seu juízo de conveniência e oportunidade, com baixo grau de controle objetivo, o qual poderia incidir tão somente na observância da coerência interna das decisões jurídicas sob os parâmetros do limite procedimental do dever de fundamentação, mas sem suporte normativo claro que lhe pudesse ser exigível frente aos demais limites postos pelo ordenamento. A edição da Lei Federal n. 13.655/2018 veio a suprir esta lacuna, conferindo à teoria ou cláusula da reserva jurídica a tipificação jurídica adequada e uma posição inderrogável no campo de trabalho ou programa normativo em que operam os agentes do sistema.

CAPÍTULO V – DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO POSTULADO NORMATIVO

5.1 REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS NORMATIVOS – A TEORIA DA NORMA JURÍDICA DE HUMBERTO ÁVILA

5.1.1 Regras e Princípios – Critérios de Distinção

Em não se tendo dúvida de que, antes do que se buscar compreender o que seja o Direito, urge compreendermos a forma de sua aplicação, é de rigor reiterar que o texto normativo legislado (material jurídico escrito) é produto do legislador e ponto de partida de qualquer atividade intelectual interpretativa. Interpretam-se os textos jurídicos e, a partir deste empreendimento cognitivo, constroem-se as normas, produtos por excelência dos intérpretes e, muito particularmente, dos juízes como intérpretes autorizados nos sistemas romano-germânicos (SGARBI, 2013, p. 56-57).

O texto normativo, juntamente com as fontes autorizadas do Direito, é o ponto de partida da norma, a qual preexiste apenas parcialmente no invólucro do texto (GRAU, 2016, p. 48). A partir do texto, o intérprete constrói as normas tomando como base de compreensão elementos que se depreendem do texto (mundo do dever-ser), mas também elementos extraídos da realidade e do caso ao qual serão aplicadas (mundo do ser), o contexto em que se dá interpretação, o momento histórico em que ela se dá. Em suma, interpretam-se os fatos (GRAU, 2016, p. 48).

Conforme coloca Adriano Soares da Costa (2009, p. 187):

> Todo texto jurídico positivo, sobremodo a Constituição, apenas pode ser compreendido em sua historicidade. O texto deixa-se compreender no processo de construção de sentido a partir do contexto, linguístico e extralinguístico. Quando afirmamos linhas atrás que há um significado mínimo dos termos utilizados pela Constituição, que é reconhecido pela tradição e que não pode ser violado pelo legislador ou pelo intérprete, estávamos enfatizando justamente a historicidade e intersubjetividade das normas jurídicas e dos sentidos vividos pela sociedade aberta dos intérpretes. Diante de uma linguagem, a primeira certeza que temos é a de que ela se põe diante de nós como um dado anterior à nossa presença, como “o que aí se encontra”, com um caráter disposicional de ser compreendida (Popper). A tradição significa a vivência histórica do texto, diacronicamente, como fusão dialética de horizontes.

A interpretação não se caracteriza com um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto (ÁVILA, 2019b, p. 51): as normas são o resultado desse texto ou textos, e um texto normativo pode conter muitas normas, nenhuma norma ou uma única norma (SGARBI, 2013, p. 55).

Uma adequada compreensão das normas jurídicas e de suas espécies é o objetivo de Humberto Ávila em sua obra “Teoria dos Princípios”.

A despeito do título deveras restritivo e do objetivo declarado do autor de criticar e revisar o uso desmesurado e a falta de clareza conceitual na manipulação dos princípios jurídicos, reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los (ÁVILA, 2019b, p. 44), esta crítica é aplicável ao manejo de todas as espécies normativas.

Ávila (2019b, p. 54) coloca que a aplicação do Direito depende da reconstrução de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete que, mediante processos discursivos e institucionais e em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que o manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. Não é uma atividade que deixe de estar sujeita a limites, devendo ser respeitados os sentidos semânticos mínimos do texto normativo. Urge, por conseguinte, uma correta distinção entre as categorias que o aplicador do Direito utiliza, sob pena de comprometer a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático do Direito (ÁVILA, 2019b, p. 45).

Tomado como atividade discursiva, o Direito se constrói em argumentos, métodos e teorias que exigem a prática de atividades descritivas, adscritivas e criativas por parte do intérprete, isto é, como um processo de justificação exigido para a sua interpretação e aplicação (ÁVILA, 2019b, p. 28).

A atividade intelectual de justificação se enquadra nas funções do Direito como correta resolução de conflitos e de internalização de justas expectativas de certeza jurídica junto à sociedade destinatária do ordenamento estabelecido pelo prévio planejamento social, importância está agudizada frente ao crescente grau de discricionariedade jurídica do intérprete. Conforme coloca Aulis Aarnio (DOBROWOLSKI, 2002, p. 66-67), não há possibilidade de uma única resposta

correta no seio de certa decisão ou interpretação jurídica; a possibilidade que se apresenta é de uma decisão dotada de aceitabilidade racional, isto é, vinculada à apresentação de posições ou crenças acerca do conteúdo da ordem jurídica, que serão mais ou menos justificadas e se sustentarão em diferentes níveis de certeza. Com efeito,

> Conclui-se, pois, que não existe conhecimento em conexão com o conteúdo do Direito válido em casos de discricionariedade. Todavia, metodologicamente, deve haver um procedimento que permita chegar a estas crenças justificadas sobre o conteúdo das normas jurídicas, de modo a se atingir a pretendida aceitabilidade racional, observando-se as expectativas sociais dominantes, sobretudo a de certeza jurídica. Trata-se, neste caso, de desenvolver um procedimento racional de decisão e justificação na dogmática jurídica...(DOBROWOLSKI, *idem, ibidem*)

Conforme assevera Riccardo Guastini, as normas são os significados que os intérpretes extraem desse processo argumentativo, não preexistindo à interpretação, mas dela dependendo (ÁVILA, 2019b, p. 15), sendo por meio do juízo de valor do intérprete que se define o caráter fundamental de uma norma, é de seu juízo discricionário que uma norma pode ser identificada na classe das regras ou na dos princípios (ÁVILA, 2019b, p. 18). Mesmo que não haja liberdade para o aplicador autêntico interpretar este ou aquele dispositivo como regra ou como princípio para a mesma situação e sob o mesmo aspecto (ÁVILA, 2019b, p. 64), é o modo como justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permitirá o enquadramento numa ou noutra espécie normativa (ÁVILA, 2019b, p. 71).

Regras e princípios são denominados como normas de primeiro grau, já possuindo larga aceitação no âmbito da dogmática jurídica, sobressaindo-se o reconhecimento mais recente da figura dos princípios jurídicos. Humberto Ávila relaciona algumas concepções de princípios de grande repercussão doutrinária pelas quais podem ser extraídos os critérios tradicionais de distinção entre essas espécies de normas jurídicas. O autor enumera as seguintes concepções abaixo.

Para Joseph Esser, os princípios são normas a estabelecer os fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado; há uma distinção qualitativa entre regras e princípios, tendo estes a função de oferecer fundamento normativo para uma decisão (ÁVILA, 2019b, p. 55).

Para Karl Larenz, os princípios seriam normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, vez que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, e dos quais decorrem normas de comportamento de forma direta ou indireta; os princípios se apresentariam como pensamentos diretivos para uma regulação jurídica existente ou possível, não podendo, todavia, ser equiparados a regras suscetíveis de aplicação vez que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica; os princípios estabeleceriam apenas uma direção a ser encontrada, em processo direcionador para a obtenção de uma regra; nesse ponto, o critério distintivo entre regras e princípios igualmente se afiguraria na função destes últimos em estabelecer um fundamento normativo para a tomada de uma decisão, qualidade esta decorrente do modo hipotético de formulação de uma prescrição normativa (ÁVILA, 2019b, p. 56)

Para Claus-Wilhelm Canaris, haveria dois critérios distintivos entre regras e princípios: primeiramente por uma conteúdo axiológico, presente de forma explícita nos princípios, os quais careceriam de regras para sua concretização; em segundo lugar por conta do modo de interação com outras normas, na medida em que os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente mediante um processo dialógico de complementação e limitação (ÁVILA, 2019b, p. 56).

Foi na doutrina anglo-americana que a definição de princípios recebeu substancial contribuição (ÁVILA, 2019b, p. 56-57). Imbuído de um objetivo de ataque geral ao positivismo (*general attack on Positivism*), Ronald Dworkin centrou-se no modo aberto de argumentação permitido pela figura do que veio a chamar de princípios (*principles*). Por seu turno, as regras seriam aplicadas de maneira disjuntiva (VALE, 2009, p. 63), isto é, à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*).

Explique-se: em sendo preenchida a hipótese de uma regra, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é válida e não deve ser aplicada, ou existe uma regra de exceção, isto é, uma outra regra que, observadas certas condições, exclua a aplicação da outra regra. Segundo exemplo erigido pelo próprio Dworkin, se uma regra exigir que o testamento só é válido se for assinado por três testemunhas, nenhum testamento será válido se for assinado

apenas por duas testemunhas; de igual maneira, em um jogo de beisebol, em restando clara a regra de que o batedor, em errando três vezes as bolas, está fora do jogo, eventuais exceções (por exemplo, o pegador deixar cair a bola no terceiro lance) devem constar do enunciado correto da regra (DWORKIN, 2010, p. 39-40). As regras apresentam uma estrutura binária que determina esta forma de aplicabilidade, cujo modelo adequado se apresenta pela subsunção, vinculado ao imperativo de enumeração exaustiva das exceções (VALE, 2009, p. 63-64).

Por seu turno, os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios (ÁVILA, 2019b, p. 57). Os princípios não estabelecem as condições que tornam sua aplicação necessária, apenas conduzem a argumentação a certa direção; nesse ponto, pode haver princípios que indiquem direções opostas, sendo que um deles não será levado em consideração na tomada de decisão, o que não quer dizer que o princípio que não será aplicado por ser inválido ou não pertencer ao sistema jurídico. Quando dois princípios entram em conflito, o julgador deve saber mensurar a força relativa de cada um, para então decidir qual deles deverá prevalecer (VALE, 2009, p. 64-65). Daí falar-se em uma dimensão de peso ou importância dos princípios (*dimension of weight*), caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

À vista dessas considerações, a distinção elaborada por Dworkin entre regras e princípios consiste não em uma distinção de grau, mas em uma diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios (ÁVILA, 2019b, p. 57), apontando para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, distinguindo-se quanto à natureza da obrigação que oferecem (DWORKIN, 2010, p. 39).

Robert Alexy refinou as considerações de Dworkin, oferecendo um conceito mais preciso de princípios. Sua tese principal está na caracterização dos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes: fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante do fatos; jurídicas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e das regras que a eles se contrapõem (ÁVILA, 2019b, p.

58). Assumem, portanto, os princípios o caráter de mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus e cuja medida de cumprimento não depende apenas das possibilidades jurídicas, cujo âmbito encontra-se determinado pelos princípios e regras que jogam em sentido contrário. Nesse ponto, os princípios possuem caráter *prima facie*, valendo em tese para um caso concreto, não significando que servirão como razão definitiva ou serão incidentes para esse mesmo conflito (VALE, 2009, p. 67).

Por seu turno, as regras são normas que podem ser cumpridas, isto é, se uma regra é válida, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige (concepção esta similar à lógica do "tudo-ou-nada" proposta por Dworkin). As regras são normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas, e o caso de conflito será a contradição dirimida sela pela introdução de uma exceção à regra, seja pela declaração de invalidade de uma das regras envolvidas (ÁVILA, 2019b, p. 58) e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ou uma norma jurídica na espécie regra é válida ou não é, não importando a forma como seja fundamentada. Em estabelecendo determinações no âmbito do fática e do juridicamente possível, caracterizam-se as regras como mandamentos de determinação, que fornecem razões definitivas para juízos concretos de dever ser (VALE, 2009, p. 68).

Oportuno transcrever as considerações de Robert Alexy (2014, p. 90-91):

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Portanto, a distinção entre regras e princípios, segundo Alexy, não reside em sua estrutura lógica conforme proposto por Dworkin, mas no modo de aplicação, consubstanciado na diferença quanto à forma de colisão, contrastando-se a

realização normativa limitada reciprocamente dos princípios com a declaração de invalidade ou a abertura de uma exceção no caso das regras, e quanto à obrigação instituída, contrastando-se o caráter absoluto das regras com o caráter *prima facie* dos princípios (ÁVILA, 2019b, p. 59).

O conflito entre regras acontece no plano da validade, enquanto o conflito entre princípios ocorre em uma dimensão de peso – lei da colisão (VALE, 2009, p. 69) – esta última dirimida pela técnica da ponderação fundamentada no princípio da proporcionalidade, pela qual a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro princípio, estabelecendo relações de preferência condicionada entre os princípios (VALE, 2009, p. 71). Um dos princípios só tem precedência em face do outro sob determinadas condições (ALEXY, 2014, p. 93).

Da evolução doutrinaria acima discriminada, Humberto Ávila (2019b, p. 59-60) assevera que, enquanto há distinções fracas entre regras e princípios (Esser, Larenz e Canaris), há igualmente distinções fortes (Dworkin e Alexy), podendo ser elencados quatro critérios usualmente empregados para esta distinção. São eles:

A) Critério do caráter hipotético-condicional: segundo este critério, enquanto as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, “sendo aplicadas ao modo se, então”, os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo intérprete para futuramente identificar a norma aplicável ao caso concreto. É relevante na medida em que permite verificar que as regras possuem caráter descritivo, ao passo que os princípios estabelecem uma diretriz a ser cumprida e a ser buscada (ÁVILA, 2019b, p. 61);

B) Critério do modo final de aplicação: segundo este critério, as regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada”, encerrando obrigações definitivas não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios são aplicados de forma gradual “mais ou menos”, instituindo obrigações *prima facie*, podendo ser superadas ou derrogadas em face de outros princípios colidentes (ÁVILA, 2019b, p. 66);

C) Critério do relacionamento normativo: segundo este critério, a ideia de antinomia entre as regras resulta em verdadeiro conflito o qual só se soluciona com a declaração de invalidade de uma das regras e/ou a criação de uma exceção, enquanto o relacionamento entre os princípios consiste em um relacionamento dialógico apenas dirimível mediante ponderação a atribuir uma dimensão de peso a cada um deles. Apresenta-se um tipo de tensão cujo modo de resolução distingue por fim regras e princípios: enquanto em um conflito entre regras, é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, no conflito entre princípios, este já se situa no interior deste ordenamento jurídico (ÁVILA, 2019b, p. 74); e

D) Critério do fundamento axiológico: diferentemente das regras, os princípios seriam aplicados como fundamentos axiológicos para a tomada da decisão jurídica.

Ávila dirige contundentes críticas a estes critérios. O primeiro padeceria de imprecisão, vez que ignoraria o fato de que o conteúdo normativo de qualquer norma – sejam regras, sejam princípios – depende das possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo argumentativo de aplicação, sendo um ato de decisão interpretativa e não sendo dados pelo enunciado textual do dispositivo e tampouco pelo significado preliminar da norma. Por exemplo, a assertiva de que o princípio daria o primeiro passo para a obtenção de uma regra não permite compreender o que significaria esse primeiro passo. O mesmo pode ser dito quanto às regras: o fato de presumir-se como o último passo para a descoberta do conteúdo normativo não permite compreender o que seria esse último passo e muito menos seu conteúdo normativo (ÁVILA, 2019b, p. 61).

Por outro lado, em sendo uma espécie de formulação linguística, a existência de uma hipótese de incidência não é algo exclusivo das regras, havendo princípios que podem ser reformulados de maneira hipotética (o autor nesse ponto se refere aos princípios democrático e da tipicidade), demonstrando que a existência de hipótese depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica estrutural atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas (ÁVILA, 2019b, p. 62).

Por fim, ainda que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como uma regra ou como um princípio. Tudo dependerá da construção a ser realizada pelo aplicador, mediando e especificando a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, sobrejacentes. A forma como se dará esse processo de argumentação é que permitirá à interpretação do dispositivo formulado identificar uma regra ou um princípio (ÁVILA, 2019b, p. 62).

Conforme coloca Humberto Ávila (2019b, p. 63):

> (...) o decisivo para uma norma ser qualificada como princípio não é ser construída a partir de um dispositivo exteriorizado por uma hipótese pretensamente determinada. De um lado, qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência. De outro lado, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins. Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética.

Relativamente ao critério do modo final de aplicação, Humberto Ávila (2019b, p. 66-73) questiona a assertiva de que o conflito entre regras se resuma ao modo “tudo-ou-nada”, asseverando que o caráter absoluto da regra muitas vezes é completamente superado frente às circunstâncias do caso, sendo sobreposto por razões contrárias não previstas pela regra ou por outra regra.

Coloca, dentre outros casos aludidos, aqui como exemplo a anterior redação do artigo 224 do Código Penal[86] ao prever hipótese de violência presumida para o delito de estupro no caso da vítima ter idade inferior a 14 anos e que seria superada quando a ofendida aquiescesse com a relação sexual ou tivesse aparência física e mental de pessoa mais velha, seguindo-se precedente do Supremo Tribunal Federal[87]. Conforme já dito no capítulo anterior, a regra finda por

[86]Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal: Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 e Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009. a) não é maior de catorze anos. Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009). b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância. Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009). c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (grifo nosso).

[87] COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA: Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes

ser “derrotável” no manejo de suas razões substanciais, as quais restam superadas naquele caso.

O ponto decisivo não se apresentaria em um suposto caráter absoluto das obrigações instituídas pelas regras, mas no modo como as razões encerradas pelas mesmas para a implementação de suas consequências previstas podem ser validamente ultrapassadas, e tampouco pela falta de consideração a aspectos concretos e individuais que norteiem as regras, mas o modo como essa consideração deverá ser validamente fundamentada.

Afinal,

> (...) a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura, mas à sua aplicação; tanto os princípios como a regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados. (ÁVILA, 2019b, p. 68-69).

Por fim, relativamente ao critério do conflito normativo, Ávila (2019b, p. 74-87) objeta a assertiva de que a técnica da ponderação seja algo exclusivo do conflito entre princípios jurídicos. Pelo contrário, ao compreender a ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing*, *Abwägung*) enquanto sopesamento de razões e de contrarrazões que culmina na tomada de decisão enquanto resultado da prévia atividade intelectual interpretativa, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática como vem a ser o caso das regras. Ocorre uma

---

contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (STF – 2ª Turma, HC 73662/MG, rel. Min. Marco Aurélio, por maioria, DJ 20.9.1996, p. 34.535).

ponderação das razões ínsitas à regra e das circunstâncias e dos argumentos aplicáveis conforme o caso concreto, como processo argumentativo e de justificação racional e objetivamente controlável, com o que se permitirá ou não abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca de seu fundamento, nos casos em que existe uma discrepância entre eles.

Nesse ponto, evoca mais uma vez a tese da “derrotabilidade” das regras na qual a solução para o conflito entre regras depende da atribuição e peso maior dado a uma delas e não da declaração de invalidade e/ou reconhecimento de exceção prevista pela regra. Coloca, dentre outros, a possibilidade de superação da proibição de tutela provisória em face de Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º, Lei Federal n. 9.494/1997[88]), a qual pode ser superada conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas que se apresentarem na espécie[89].

---

[88] Lei Federal n. 9.494, de 10 de setembro de 1997: Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

[89] Embora não tenha sido citado pelo autor e tenha sido apreciada anteriormente à edição da Lei Federal n. 9.494/1997. O Supremo Tribunal apreciou feito similar (ADI 223 MC) em que, frente à proibição de deferimento de tutela cautelar em face da Fazenda Pública, tal regra poderia ser afastada frente às circunstâncias do caso concreto sem que fosse necessariamente declarada inválida. Veja-se o teor da ementa: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A MEDIDA PROVISORIA 173, DE 18.3.90, QUE VEDA A CONCESSÃO DE 'MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E EM AÇÕES ORDINARIAS E CAUTELARES DECORRENTES DAS MEDIDAS PROVISORIAS NUMEROS 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 E 168': INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR DA VIGENCIA DO DIPLOMA IMPUGNADO: RAZOES DOS VOTOS VENCEDORES. SENTIDO DA INOVADORA ALUSAO CONSTITUCIONAL A PLENITUDE DA GARANTIA DA JURISDIÇÃO CONTRA A AMEAÇA A DIREITO: ENFASE A FUNÇÃO PREVENTIVA DE JURISDIÇÃO, NA QUAL SE INSERE A FUNÇÃO CAUTELAR E, QUANDO NECESSARIO, O PODER DE CAUTELA LIMINAR. IMPLICAÇÕES DA PLENITUDE DA JURISDIÇÃO CAUTELAR, ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PROCESSO E DE SALVAGUARDA DA PLENITUDE DAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIARIO. ADMISSIBILIDADE, NÃO OBSTANTE, DE CONDIÇÕES E LIMITAÇÕES LEGAIS AO PODER CAUTELAR DO JUIZ. A TUTELA CAUTELAR E O RISCO DO CONSTRANGIMENTO PRECIPITADO A DIREITOS DA PARTE CONTRARIA, COM VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSEQUENTE NECESSIDADE DE CONTROLE DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS AO PODER CAUTELAR. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE VEDAÇÃO DE LIMINARES DE DETERMINADO CONTEUDO. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE DAS RESTRIÇÕES, A PARTIR DO CARÁTER ESSENCIALMENTE PROVISORIO DE TODO PROVIMENTO CAUTELAR, LIMINAR OU NÃO. GENERALIDADE, DIVERSIDADE E IMPRECISAO DE LIMITES DO ÂMBITO DE VEDAÇÃO DE LIMINAR DA MP 173, QUE, SE LHE PODEM VIR, A FINAL, A COMPROMETER A VALIDADE, DIFICULTAM DEMARCAR, EM TESE, NO JUÍZO DE DELIBAÇÃO SOBRE O PEDIDO DE SUA SUSPENSÃO CAUTELAR, ATÉ ONDE SÃO RAZOAVEIS AS PROIBIÇÕES NELA IMPOSTAS, ENQUANTO CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER CAUTELAR, E ONDE SE INICIA, INVERSAMENTE, O ABUSO DAS LIMITAÇÕES E A CONSEQUENTE AFRONTA A PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E AO PODER JUDICIARIO. INDEFERIMENTO DA SUSPENSÃO LIMINAR DA MP 173, QUE NÃO PREJUDICA, SEGUNDO O RELATOR DO ACÓRDÃO, O EXAME JUDICIAL EM CADA CASO CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE, INCLUIDA A

Com efeito,

> O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência de ponderação de razões, mas – isto, sim – quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação: no caso da relação entre regras gerais e regras excepcionais o aplicador – porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras – possui menor e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta; no caso do imbricamento entre princípios o aplicador – porque, em vez de descrição, há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado – possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas (ÁVILA, 2019b, p. 78)

E arremata Ávila (2019b, p. 81):

> Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto à regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto.

Por fim, quanto ao critério axiológico, Ávila (2019b, p. 82) critica de forma contundente que somente os princípios tenham dimensão axiológica. Pelo contrário, apresentam-se como elementos integrantes de qualquer norma jurídica, conforme comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e dos fins que elas visam a resguardar. Exemplo disso se apresentaria nas formas de interpretação extensiva e restritiva.

À vista dessas considerações, Ávila conclui que a diferença entre regras e princípios não reside no fato que, no processo argumentativo dialógico de interpretação e de aplicação do Direito, as regras devam ser aplicadas no todo enquanto os princípios devam ser aplicados na medida máxima. Em ambos possuindo o mesmo conteúdo de dever-ser, a única distinção efetiva entre regras

---

RAZOABILIDADE, DA APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA LIMINAR. CONSIDERAÇÕES, EM DIVERSOS VOTOS, DOS RISCOS DA SUSPENSÃO CAUTELAR DA MEDIDA IMPUGNADA. (STF – Tribunal Pleno, ADI-MC 223, rel. Min. Paulo Brossard, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 5.4.1990, por maioria, DJU 29.6.1990, p. 6.218) (grifo nosso).

e princípios reside na determinação da prescrição que resulta do processo intelectual interpretativo: em não determinando diretamente a conduta a ser seguida, os princípios limitam-se a estabelecer fins normativamente relevantes, cuja concretização depende de forma inequivocamente mais intensa de um ato institucional e autêntico de aplicação do Direito que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção deste fim; por seu turno, a regras dependem de forma menos intensa de um ato institucional e autêntico de aplicação do Direito nos casos normais (“casos fáceis”), na medida em que o comportamento já está previsto frontal e expressamente na norma (ÁVILA, 2019b, p. 86-87).

Propõem-se, dessa forma, novos critérios de dissociação entre regras e princípios, baseados na aplicação racional dos valores encerrados por regras e princípios e na identificação de suas características, de modo a facilitar-lhes o manejo no processo de interpretação de aplicação do Direito, minorando a necessidade de justificação. É uma proposta de dissociação heurística, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, todavia, assegurar ou prender-se a qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos (ÁVILA, 2019b, p. 92).

São eles:

A) Critério da natureza do comportamento prescrito: segundo este critério, enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, vez que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, estabelecendo um estado de coisas a ser realizado mediante a necessária adoção de determinados comportamentos; os princípios buscam a realização de um fim juridicamente relevante, enquanto as regras configuram-se pela expressa previsão do comportamento (ÁVILA, 2019b, p. 96);

B) Critério da natureza da justificação exigida: segundo este critério, a interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, havendo maior determinação do comportamento por conta do caráter descritivo ou

definidor do enunciado prescritivo, sendo irrelevante a previsão sobre um estado futuro de coisas; é preciso ponderar a razão geradora da regra com eventuais razões substanciais para seu cumprimento ou não, diante de determinadas circunstâncias e seguindo-se a finalidade da regra ou de outros princípios; o traço distintivo das regras é modo como podem deixar ou não de ser aplicadas integralmente. Por seu turno, a interpretação e a aplicação dos princípios requerem uma avaliação entre o estado de coisas estabelecido como fim e os efeitos da conduta tida como necessária, cedendo o elemento descritivo lugar ao elemento finalístico e requerendo-se do aplicador uma avaliação fundamentada de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas a ser exigido, demandando-se maior ônus argumentativo no exame problemático do conflito (ÁVILA, 2019b, p. 98-102);

C) Critério da medida de contribuição para a decisão: segundo este critério, os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, abrangendo apenas os aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não intentam gerar uma solução específica para o conflito, mas de contribuir, junto a outras razões, para a tomada de decisão; apresentam-se, portanto, como normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade. Por seu turno, as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, pretendendo abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, intentam gerar uma solução específica para o conflito; em sendo preenchidas as condições de aplicabilidade, encontram-se expostas as razões de sua aplicabilidade (ÁVILA, 2019b, p. 102-103).

Ávila (2019b, p.104) e diante dos critérios acima expostos, apresenta o seguinte quadro esquemático resumindo as distinções entre regras e princípios:

Critérios	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita

Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre os efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito de norma e o conceito do fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

Fonte: Ávila (2019).

Com o qual formula os seguintes conceitos de regras e de princípios (ÁVILA, 2019b, p. 104).

> As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.
>
> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Embora não indene a reparos, a proposta de definição de regras formulada por Humberto Ávila é interessante no sentido de buscar a justeza da decisão, vez que considera as circunstâncias do caso concreto e, ao admitir a aplicabilidade da técnica de ponderação na seara das regras, valoriza a formulação de argumentos racionais, de modo a diminuir a subjetividade do intérprete no processo argumentativo de tomada da decisão jurídica sem prejuízo da imparcialidade. Por seu turno, ao combater a ausência de densidade normativa dos princípios – que, seria a seu ver, a causa da utilização desmesurada e descuidada dessa categoria na prática jurídica – aceita a carga axiológica-normativa destes, não se limitando estas espécies normativas a uma mera exortação de valores e de finalidades morais (ALVARENGA, 2018, p. 159-160).

5.1.2 Dos Postulados Normativos

Além de propor a superação do modelo de critérios de distinção entre regras e princípios conforme acima exposto, Humberto Ávila apresenta um modelo

tripartite de espécies normativas, o qual, juntamente com as duas primeiras categorias já estudadas, acrescenta a figura dos postulados, definidos como *"instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo"* (ÁVILA, 2019b, p. 96).

Qualquer atividade intelectual interpretativa não se apresenta como um ato isolado, devendo debruçar-se não apenas sobre os limites semânticos dos objetos culturais e termos linguísticos sob sua análise imediata, mas apreender todas as condições essenciais que delimitem a apreciação a ser realizada, isto é, todas as circunstâncias metódicas e fáticas inafastáveis pelo intérprete sem os quais o resultado do processo intelectual interpretativo torna-se ilegítimo, mesmo impossível. É pertinente conferir juridicidade a estas condições na busca da institucionalização e da objetividade da tomada de decisão pelo intérprete autêntico do Direito, o que fundamentaria a existência dos postulados normativos.

Apresentam-se como meta-normas, isto é, normas incidentes sobre a aplicação de outras normas – daí serem denominada como normas de segundo grau – situando-se no plano da aplicação do Direito. Sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica a orientar o intérprete relativamente à interpretação de outras normas (regras e princípios), não se confundindo com elas: estas são objetos de aplicação e o postulado orienta justamente essa atividade; não sendo dirigidos imediatamente aos destinatários da regra ou princípio aplicáveis (Poder Público e membros da comunidade), aplicam-se inarredavelmente aos intérpretes e demais oficiais do sistemas responsáveis pela aplicação; não há conflitos *a priori* identificáveis entre postulados e regras e princípios (os quais se implicam reciprocamente), sobrepondo-se aos mesmos por orientar-lhes a aplicação (ÁVILA, 2019b, p. 164).

Os postulados normativos não se confundem com a regras, não descrevem comportamentos e não estabelecem competências, procedimentos, definições ou instituem sanções expressas e específicas em caso de seu descumprimento, não são cumpridos de forma integral e tampouco podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Por seu turno, igualmente não se confundem com os princípios, vez que não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de forma gradual e tampouco possuem peso móvel e circunstancial (ÁVILA, 2019b, p. 165). Reitere-

se: os postulados normativos estabelecem diretrizes metódicas que estruturam a interpretação e a aplicação de regras e de princípios com rígida racionalidade, fornecendo critérios bastante precisos para tanto.

Humberto Ávila discrimina os postulados normativos em hermenêuticos e aplicativos. A primeira espécie se apresenta necessária para a compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico. Apresentam-se como condições do conhecimento na atividade intelectual empreendida pelo intérprete: onde há uma parte há o todo; onde há um objeto de conhecimento há um sujeito para conhecê-lo; frente a um problema, há um sistema. Nesse ponto, o autor indica como postulados normativos hermenêuticos (ÁVILA, 2019b, p. 165-166).

A) Postulado da unidade do ordenamento jurídico: exige do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo com o emprego das categorias e de ordem e de unidade;

B) Postulado da hierarquia: exige do intérprete a compreensão do ordenamento como uma estrutura escalonada de normas; e

C) Postulado da coerência: impõe ao intérprete, dentre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores.

Ávila (2019b, p. 166-175) centra-se sobretudo no exame do postulado normativo hermenêutico da coerência, asseverando tratar-se de uma condição de conhecimento a ser necessariamente preenchida na interpretação dos textos normativos, sendo tanto um critério de relação entre dois elementos quanto uma propriedade resultante dessa mesma relação e apresentando a coerência sob um aspecto formal (ligada à noção de consistência e completude[90]) e substancial (relacionada à conexão positiva de sentido[91]).

---

[90] “Consistência significa ausência de contradição: um conjunto de proposições é consistente se não contém, ao mesmo tempo, uma proposição e sua negação. Completude significa a relação de cada elemento com o restante do sistema, em termos de integridade (o conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) e de coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas proposições lógicas).” (ÁVILA, 2019b, p. 170).

[91] “No plano substancial, um conjunto de proposições qualifica-se como coerente quanto maior for a (a) relação de dependência recíproca entre as proposições e (b) quanto maior forem os seus elementos comuns. A coerência substancial em razão da dependência recíproca existe quando a relação entre as proposições satisfaz requisitos de implicação lógica (a verdade da premissa permite concluir pela verdade da conclusão) e de equivalência lógica (o conteúdo de verdade de uma proposição atua sobre o conteúdo de verdade da outra e vice-versa). A coerência substancial em razão de elementos comuns existe quando as proposições possuem significados semelhantes. Ao

Sob as diretrizes desta espécie normativa, o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao da norma superior, bem como o conteúdo da norma superior projeta-se sobre o conteúdo das normas inferiores; de igual maneira, o conteúdo da norma específica deve corresponder ao da norma geral, bem como o conteúdo da norma geral projeta-se sobre o conteúdo das normas inferiores. Há uma eficácia recíproca entre as normas gerais e específicas e entre as normas superiores e inferiores (ÁVILA, 2019b, p. 170-171).

Por outro lado, Ávila coloca o postulado da coerência como uma forma de complemento ao postulado da hierarquia, na medida em que o relacionamento entre as normas, no tocante ao aspecto substancial, pode ser gradual, "maior ou menor", isto é, a norma inferior "compatível ou incompatível" com a norma superior (ÁVILA, 2019b, p. 171).

Exemplo dessa concepção se apresentaria na tese da "inconstitucionalização progressiva" do artigo 2º da Lei Federal n. 9.055/1995[92] frente ao ordenamento jurídico-constitucional por conta da alteração nas relações fáticas subjacentes (comprovação científica dos efeitos sanitários danosos e de impossibilidade de medidas de precaução eficazes), passando a entender o Supremo Tribunal Federal pela proibição das atividades de extração, industrialização, utilização e comercialização do mineral amianto da variedade crisólita[93]. Gradualmente, a legislação inferior citada tornou-se incompatível com a norma superior.

---

contrário da coerência formal, existente ou não, a coerência substancial permite graduação. Vale dizer: ela pode ser maior ou menor." (ÁVILA, 2019b, 171).

[92] Lei Federal n. 9.055, de 1º de junho de 1995: Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisólita (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei. Parágrafo Único. Para os efeitos desta Lei, consideram-se fibras naturais e artificiais as comprovadamente nocivas à saúde humana.

[93] Vide os seguintes precedentes: EMENTA. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.589/2004 do Estado de Pernambuco. Proibição da fabricação, do comércio e do uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei Federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisólita. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisólita e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.589/2004. Improcedência da ação. 1. A Lei nº 12.589/2004, do Estado de

Pernambuco, proíbe a fabricação, o comércio e o uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto, versando sobre produção e consumo (art. 24, V, CF/88), proteção do meio ambiente (art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF/88). Dessa forma, compete, concorrentemente, à União a edição de normas gerais e aos estados suplementar a legislação federal no que couber (art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88). Somente na hipótese de inexistência de lei federal é que os estados exercerão a competência legislativa plena (art. 24, § 3º, CF/88). 2. A Constituição de 1988 estabeleceu uma competência concorrente não cumulativa, na qual há expressa delimitação dos modos de atuação de cada ente federativo, os quais não se sobrepõem. Compete à União editar as normas gerais (art. 24, § 1º), não cabendo aos estados contrariar ou substituir o que definido em norma geral, mas sim o suplementar (art. 24, § 2º). Se, por um lado, a norma geral não pode impedir o exercício da competência estadual de suplementar as matérias arroladas no art. 24, por outro, não se pode admitir que a legislação estadual possa adentrar a competência da União e disciplinar a matéria de forma contrária à norma geral federal, desvirtuando o mínimo de unidade normativa almejado pela Constituição Federal. A inobservância dos limites constitucionais impostos ao exercício da competência concorrente implica a inconstitucionalidade formal da lei. 3. O art. 1º da Lei Federal nº 9.055/1995 proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisólita. Em seu art. 2º, a lei autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisólita (asbesto branco) na forma definida na lei. Assim, se a lei federal admite, de modo restrito, o uso do amianto, em tese, a lei estadual não poderia proibi-lo totalmente, pois, desse modo, atuaria de forma contrária à prescrição da norma geral federal. Nesse caso, não há norma suplementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União. 4. No entanto, o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988. Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisólita, falando-se, na época da edição da lei, na possibilidade do uso controlado dessa substância, atualmente, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador. 5. A Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, de junho de 1986, prevê, dentre seus princípios gerais, a necessidade de revisão da legislação nacional sempre que o desenvolvimento técnico e o progresso no conhecimento científico o requeiram (art. 3º, § 2). A convenção também determina a substituição do amianto por material menos danoso, ou mesmo seu efetivo banimento, sempre que isso se revelar necessário e for tecnicamente viável (art. 10). Portanto, o Brasil assumiu o compromisso internacional de revisar sua legislação e de substituir, quando tecnicamente viável, a utilização do amianto crisólita. 6. Quando da edição da lei federal, o país não dispunha de produto qualificado para substituir o amianto crisólita. No entanto, atualmente, existem materiais alternativos. Com o advento de materiais recomendados pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA e em atendimento aos compromissos internacionais de revisão periódica da legislação, a Lei federal nº 9.055/1995 – que, desde sua edição, não sofreu nenhuma atualização -, deveria ter sido revista para banir progressivamente a utilização do asbesto na variedade crisólita, ajustando-se ao estágio atual do consenso em torno dos riscos envolvidos na utilização desse mineral. 7. (i) O consenso dos órgãos oficiais de saúde geral e de saúde do trabalhador em torno da natureza altamente cancerígena do amianto crisólita, (ii) a existência de materiais alternativos à fibra de amianto e (iii) a ausência de revisão da legislação federal revelam a inconstitucionalidade superveniente (sob a óptica material) da Lei Federal nº 9.055/1995, por ofensa ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88), ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, CF/88), e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88). 8. Diante da invalidade da norma geral federal, os estados-membros passam a ter competência legislativa plena sobre a matéria, nos termos do art. 24, § 3º, da CF/88. Tendo em vista que a Lei nº 12.589/2004, do Estado de Pernambuco, proíbe a utilização do amianto crisólita nas atividades que menciona, em consonância com os preceitos constitucionais (em especial, os arts. 6º, 7º, inciso XXII; 196 e 225 da CF/88) e com os compromissos internacionais subscritos pelo Estado brasileiro, não incide ela no mesmo vício de inconstitucionalidade material da legislação federal. 9. Ação direta julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito erga omnes e vinculante. (STF – Tribunal Pleno, ADI 3356/PE, rel. Min. Eros Grau, rel. p/ acórdão Min.

Dias Toffoli, j. 30.11.2017, por maioria, DJe 31.1.2019, publicado em 1º.2.2019). EMENTA**:** Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.643/2001 do Estado do Rio Grande do Sul. Proibição da produção e comercialização de produtos à base de amianto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei Federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisólita. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisólita e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 11.643/2001. Improcedência da ação. 1. A Lei nº 11.643/2001, do Estado do Rio Grande do Sul, proíbe a produção e comercialização de produtos à base de amianto, versando sobre produção e consumo (art. 24, V, CF/88), proteção do meio ambiente (art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF/88). Dessa forma, compete, concorrentemente, à União a edição de normas gerais e aos estados suplementar a legislação federal no que couber (art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88). Somente na hipótese de inexistência de lei federal é que os estados exercerão a competência legislativa plena (art. 24, § 3º, CF/88). 2. A Constituição de 1988 estabeleceu uma competência concorrente não cumulativa, na qual há expressa delimitação dos modos de atuação de cada ente federativo, os quais não se sobrepõem. Compete à União editar as normas gerais (art. 24, § 1º), não cabendo aos estados contrariar ou substituir o que definido em norma geral, mas sim o suplementar (art. 24, § 2º). Se, por um lado, a norma geral não pode impedir o exercício da competência estadual de suplementar as matérias arroladas no art. 24, por outro, não se pode admitir que a legislação estadual possa adentrar a competência da União e disciplinar a matéria de forma contrária à norma geral federal, desvirtuando o mínimo de unidade normativa almejado pela Constituição Federal. A inobservância dos limites constitucionais impostos ao exercício da competência concorrente implica a inconstitucionalidade formal da lei. 3. O art. 1º da Lei Federal nº 9.055/1995 proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisólita. Em seu art. 2º, a lei autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisólita (asbesto branco) na forma definida na lei. Assim, se a lei federal admite, de modo restrito, o uso do amianto, em tese, a lei estadual não poderia proibi-lo totalmente, pois, desse modo, atuaria de forma contrária à prescrição da norma geral federal. Nesse caso, não há norma suplementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União. 4. No entanto, o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988. Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisólita, falando-se, na época da edição da lei, na possibilidade do uso controlado dessa substância, atualmente, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador. 5. A Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, de junho de 1986, prevê, dentre seus princípios gerais, a necessidade de revisão da legislação nacional sempre que o desenvolvimento técnico e o progresso no conhecimento científico o requeiram (art. 3º, § 2). A convenção também determina a substituição do amianto por material menos danoso, ou mesmo seu efetivo banimento, sempre que isso se revelar necessário e for tecnicamente viável (art. 10). Portanto, o Brasil assumiu o compromisso internacional de revisar sua legislação e de substituir, quando tecnicamente viável, a utilização do amianto crisólita. 6. Quando da edição da lei federal, o país não dispunha de produto qualificado para substituir o amianto crisólita. No entanto, atualmente, existem materiais alternativos. Com o advento de materiais recomendados pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA e em atendimento aos compromissos internacionais de revisão periódica da legislação, a Lei federal nº 9.055/1995 – que, desde sua edição, não sofreu nenhuma atualização -, deveria ter sido revista para banir progressivamente a utilização do asbesto na variedade crisólita, ajustando-se ao estágio atual do consenso em torno dos riscos envolvidos na utilização desse mineral. 7. (i) O consenso dos órgãos oficiais de saúde geral e de saúde do trabalhador em torno da natureza altamente cancerígena do amianto crisólita, (ii) a existência de materiais alternativos à fibra de amianto e (iii) a ausência de revisão da legislação federal revelam a inconstitucionalidade superveniente (sob a

óptica material) da Lei Federal nº 9.055/1995, por ofensa ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88), ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, CF/88), e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88). 8. Diante da invalidade da norma geral federal, os estados-membros passam a ter competência legislativa plena sobre a matéria, nos termos do art. 24, § 3º, da CF/88. Tendo em vista que a Lei nº 11.643/2001 do Estado do Rio Grande do Sul proíbe a utilização do amianto crisólita nas atividades que menciona, em consonância com os preceitos constitucionais (em especial, os arts. 6º, 7º, inciso XXII; 196 e 225 da CF/88) e com os compromissos internacionais subscritos pelo Estado brasileiro, não incide ela no mesmo vício de inconstitucionalidade material da legislação federal. 9. Ação direta julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito erga omnes e vinculante. (STF – Tribunal Pleno, ADI 3357/RS, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 30.11.2017, por maioria, DJe 31.1.2019, publicado em 1º.2.2019). EMENTA**:** Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisólita. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisólita e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. 1. A Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, proíbe a utilização, no âmbito daquele Estado, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto, versando sobre produção e consumo (art. 24, V, CF/88), proteção do meio ambiente (art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF/88). Dessa forma, compete, concorrentemente, à União a edição de normas gerais e aos estados suplementar a legislação federal no que couber (art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88). Somente na hipótese de inexistência de lei federal é que os estados exercerão a competência legislativa plena (art. 24, § 3º, CF/88). 2. A Constituição de 1988 estabeleceu uma competência concorrente não cumulativa, na qual há expressa delimitação dos modos de atuação de cada ente federativo, os quais não se sobrepõem. Compete à União editar as normas gerais (art. 24, § 1º), não cabendo aos estados contrariar ou substituir o que definido em norma geral, mas sim o suplementar (art. 24, § 2º). Se, por um lado, a norma geral não pode impedir o exercício da competência estadual de suplementar as matérias arroladas no art. 24, por outro, não se pode admitir que a legislação estadual possa adentrar a competência da União e disciplinar a matéria de forma contrária à norma geral federal, desvirtuando o mínimo de unidade normativa almejado pela Constituição Federal. A inobservância dos limites constitucionais impostos ao exercício da competência concorrente implica a inconstitucionalidade formal da lei. 3. O art. 1º da Lei Federal nº 9.055/1995 proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisólita. Em seu art. 2º, a lei autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisólita (asbesto branco) na forma definida na lei. Assim, se a lei federal admite, de modo restrito, o uso do amianto, em tese, a lei estadual não poderia proibi-lo totalmente, pois, desse modo, atuaria de forma contrária à prescrição da norma geral federal. Nesse caso, não há norma suplementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União. 4. No entanto, o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988. Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisólita, falando-se, na época da edição da lei, na possibilidade do uso controlado dessa substância, atualmente, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador. 5. A Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, de junho de 1986, prevê, dentre seus princípios gerais, a necessidade de revisão da legislação nacional sempre que o desenvolvimento técnico e o progresso no conhecimento científico o requeiram (art. 3º, § 2). A convenção também determina a substituição do amianto por material menos danoso, ou mesmo

Por seu turno, os postulados normativos aplicativos encerram as condições que implementam a compreensão concreta do Direito, situando-se no plano da aplicação do Direito e incidentes para solucionar questões no curso desta atividade, especialmente antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes e não necessárias, vez que surgem circunstancialmente diante de cada caso concreto, conforme a casuística do conflito; concretas, e não abstratas, porque somente surgem diante de um problema concreto; externas e não internas, porque não surgem por conta de conflitos ou de questões inerentes ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias (sobretudo fáticas) externas à ordem jurídica. Estruturam a aplicação de regras e de princípios, permitindo-se verificar os casos em que se verifica violação às mesmas (ÁVILA, 2019b, p. 176).

Violação dos postulados normativos aplicativos, se houver, situa-se na não interpretação de acordo com sua estruturação, seja mediante a ausência de fundamentação específica ou a falta de invocação destas espécies normativas, tornando nula ou anulável a decisão jurídica por conta de *error in procedendo*[94],

seu efetivo banimento, sempre que isso se revelar necessário e for tecnicamente viável (art. 10). Portanto, o Brasil assumiu o compromisso internacional de revisar sua legislação e de substituir, quando tecnicamente viável, a utilização do amianto crisólita. 6. Quando da edição da lei federal, o país não dispunha de produto qualificado para substituir o amianto crisólita. No entanto, atualmente, existem materiais alternativos. Com o advento de materiais recomendados pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA e em atendimento aos compromissos internacionais de revisão periódica da legislação, a Lei Federal nº 9.055/1995 – que, desde sua edição, não sofreu nenhuma atualização -, deveria ter sido revista para banir progressivamente a utilização do asbesto na variedade crisólita, ajustando-se ao estágio atual do consenso em torno dos riscos envolvidos na utilização desse mineral. 7. (i) O consenso dos órgãos oficiais de saúde geral e de saúde do trabalhador em torno da natureza altamente cancerígena do amianto crisólita, (ii) a existência de materiais alternativos à fibra de amianto e (iii) a ausência de revisão da legislação federal revelam a inconstitucionalidade superveniente (sob a óptica material) da Lei Federal nº 9.055/1995, por ofensa ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88), ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, CF/88), e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88). 8. Diante da invalidade da norma geral federal, os estados-membros passam a ter competência legislativa plena sobre a matéria, nos termos do art. 24, § 3º, da CF/88. Tendo em vista que a Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo proíbe a utilização do amianto crisólita nas atividades que menciona, em consonância com os preceitos constitucionais (em especial, os arts. 6º, 7º, inciso XXII; 196 e 225 da CF/88) e com os compromissos internacionais subscritos pelo Estado brasileiro, não incide ela no mesmo vício de inconstitucionalidade material da legislação federal. 9. Ação direta julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito erga omnes e vinculante. (STF – Tribunal Pleno, ADI 3937/SP, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24.8.2017, por maioria, DJe 31.1.2019, publicado em 1º.2.2019).

[94] "Erro ao processar, ou erro do processo. É o erro do juiz quanto à forma, quanto aos atos do procedimento ou, em geral, quanto às exigências de direito processual (sentença não fundamentada, prova indevidamente indeferida, providência omitida no processo etc.)" (DINAMARCO, 2009, p. 325).

seja mediante a fundamentação deficiente ou equivocada invocação destas espécies normativas durante o curso da atividade intelectual interpretativa, tornando reformável ou rescindível a decisão jurídica por conta de *error in judicando*[95].

Não se confundem com os princípios, vez que não promovem um fim ou estado ideal de coisas e tampouco prescrevem indiretamente comportamentos para a promoção dessa finalidade, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim e estabelecem modos de raciocínio e de argumentação relativamente às normas que indiretamente prescrevem comportamentos. De igual maneira, não podem ser confundidos com as regras, vez que não descrevem comportamentos, instituem competências ou estabelecem sanções, mas estruturam a aplicação das espécies normativas que o fazem (ÁVILA, 2019b, p. 178). Distinguem-se, portanto, os postulados normativos aplicativos quanto ao nível (estruturando a aplicação de regras e de princípios) e quanto à função (servindo como parâmetro para a realização de outras normas).

Nesse ponto, Ávila propõe a seguinte metodologia para identificação dos postulados normativos aplicativos frente a esta função de normas estruturantes (2019b, p. 182-184):

a) Necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo: em sendo preciso encontrar casos os quais tenham sido dirimidos com base nos postulados sob análise, propõe-se (i) investigar a jurisprudência dos Tribunais Superiores em busca de decisões que tenham mencionado a utilização do postulado normativo estudado; e (ii) obter a íntegra dos acórdãos e decisões em que é mencionado;
b) Análise da fundamentação das decisões para verificação dos elementos ordenados entre si e da forma como foram relacionados entre si: considerando que os postulados estruturam a aplicação de outras normas, é de rigor verificar quais normas foram aplicadas e como o foram, compreendendo-se por “elementos” os bens, interesses, valores,

[95] “Erro ao julgar, ou erro de julgamento. É o erro cometido pelo juiz no julgamento da causa, ou do mérito (v.g., mediante má apreciação da prova, interpretação equivocada dos textos legais, aplicação da norma inadequada etc.). O erro de julgamento pode ser de fato ou de direito.” (DINAMARCO, 2009, p. 325).

direitos, princípios e razões que se apresentem conforme o caso. De tal maneira, é preciso (i) analisar as decisões e verificar os elementos ou grandezas que foram manipulados e (ii) verificar quais as relações consideradas essenciais entre eles;

c) Investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação: considerando que os postulados estruturam a aplicação de outras normas, impõe-se analisar a fundamentação das decisões que as manejam com a (i) verificação dos elementos ou grandezas que foram manipulados bem como (ii) identificar os motivos que levaram os julgadores ou intérpretes autênticos a entender existentes ou inexistentes determinadas relações entre eles; e

d) Verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no postulado sob análise: em sendo descortinadas as hipóteses típicas de aplicação do postulado sob análise, é de rigor verificar as possibilidades de ampliação adjudicatória da incidência do mesmo, isto é, analisar tanto as situações em que, mesmo preenchidos os elementos e a obrigação de estabelecer um modo específico de relação entre eles, o postulado não seja aplicado quanto as situações em que, a despeito de mencionada a espécie normativa sob estudo, seriam diversos os elementos e a relação entre eles do que ordinariamente se aplicaria. Nesse ponto, é de rigor (i) refazer a pesquisa jurisprudencial e (ii) analisar criticamente as decisões coletadas, de modo a identificar a falta de uso ou o uso inadequado da espécie normativa.

Os postulados normativos aplicativos podem ser identificados como inespecíficos ou incondicionais, aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento e dependentes da conjugação de razões substanciais para sua aplicação. São postulados eminentemente formais, constituindo-se em meras ideias gerais e despidas de critérios orientadores de aplicação (ÁVILA, 2019b, p. 184-185).

Para Ávila (2019b, p. 185-192) são eles:

A) Ponderação: consiste em método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento, e despida de critérios formais ou materiais. Não por acaso, frente à necessidade de estruturar-se com a inserção de critérios, apresenta-se como "técnica" de apoio aos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, materializando-se mediante a utilização de princípios constitucionais fundamentais. Nesse ponto, propõe, como etapas para fins de operacionalização desta espécie normativa e de forma sucessiva, que (i) sejam analisados todos os elementos e argumentos inerentes e decorrentes do conflito sob análise ("preparação da ponderação"), (ii) seja fundamentada a relação entre os elementos sopesados, indicando-se, no caso de princípios, a relação de primazia entre um e outro ("realização da ponderação"), e (iii) sejam formuladas as regras de relação entre os elementos sopesados, de modo que sejam aplicáveis a outros conflitos similares ("reconstrução da ponderação");

B) Concordância prática: em reconhecendo a existência de uma relação tensionada entre princípios e regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles, uma otimização entre os valores em conflito[96]; e

C) Proibição do excesso: incidente em qualquer contexto em que um direito fundamental se encontre restringido, intenta verificar acerca do excesso ou não de tal restrição, vez que a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à impossibilidade de aplicação de outra regra ou princípio. Por exemplo, a competência estatal para instituir

[96] Embora não tenha sido necessariamente decidido com base nesse postulado, paradigmático exemplo de sua aplicabilidade se apresentaria na problemática da "prisão em segunda instância" por parte do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se apresentou o conflito entre os princípios jurídicos do devido processo legal material (art. 5º, LIV, Constituição da República), mediante a busca de melhor eficiência na persecução criminal, e da presunção de inocência ou de não culpabilidade (art. 5º, LVII, Constituição da República), que vedaria a execução antecipada de sanções penais, sobretudo penas privativas de liberdade, em qualquer hipótese, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória – vide Julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de n. 43/DF, 44/DF e 54/DF, já citados neste estudo.

tributos não pode levar à supressão ou à impossibilidade do exercício da livre iniciativa ou da proteção da propriedade privada.

Por outro lado, os postulados normativos aplicativos podem ser identificados como específicos ou condicionais, vez que dependem da existência de determinados elementos específicos e pautam-se por determinados critérios que devam orientar esses elementos. Em apresentando-se como postulados normativos formais, são eles (ÁVILA, 2019b, p. 193-223):

A) Igualdade: em podendo ser identificada como regra (proibindo-se específico tratamento discriminatório) ou como princípio (estabelecendo-se um estado igualitário como fim a ser promovido), a igualdade pode ser tida como postulado, na medida em que estrutura a aplicação do Direito em função de elementos ou critérios de diferenciação ou finalidade da distinção e da forma como se relacionam, isto é, pela congruência do critério adotado com a finalidade perseguida. Eventual critério de diferenciação adotado (em razão da idade, do sexo, da compleição física, da capacidade econômica, etc.) somente ganha relevo material frente à finalidade que deva perseguir (classificação e aprovação em concurso público, possibilidade de contrair matrimônio civil ou de constituir entidade familiar com seus jurídicos efeitos, instituição de alíquotas tributárias diferenciadas, assistência judiciária gratuita, etc.). Fins diversos levam à utilização de critérios distintos e, por conseguinte, a formas e medidas distintas de controle;

B) Razoabilidade: servindo notadamente para a aplicação de regras, a razoabilidade é usada com vários sentidos, destacando-se (i) como equidade, isto é, como diretriz a exigir a relação das normas gerais com as peculiaridades do caso concreto, seja mostrando sob qual perspectiva a norma deva ser aplicada, determinando que as circunstâncias do fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, seja mostrando a hipótese em que o caso individual não se enquadre aos ditames da regra geral, exigindo-se a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele indevidamente seja desconsiderado pela generalização legal, (ii) como congruência, isto é, como diretriz a exigir uma vinculação das normas

jurídicas com o modo ao qual elas fazem referência, a relação das normas com suas condições externas de aplicação, seja demandando um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico – por exemplo, ao eleger o legislador uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, viola-se a exigência de vinculação à realidade (*v.g.*, adicional de férias para servidores públicos aposentados e pensionistas) – seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e a finalidade pretendida, exigindo-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada (*v.g.*, na declaração de inconstitucionalidade de medida provisória que ampliou de dois para cinco anos o prazo para propositura de ação rescisória por pessoas jurídicas de direito público interno[97]), e (iii) como equivalência, isto é, como diretriz a exigir a relação de equivalência entre duas grandezas, entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Por exemplo, o custo do serviço serve de critério para a fixação do valor de taxas; a culpa serve de critério para o *quantum* e forma da sanção penal a ser cumprida; e

[97] Neste caso, concluiu o Supremo Tribunal Federal pela declaração de inconstitucionalidade por conta da instituição arbitrária e discriminatória de distinção junto a particulares sujeitos da relação processual, ampliando-se demasiadamente as prerrogativas da Fazenda Pública sem razão plausível ou aceitável. Veja-se o precedente: EMENTA: Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parag. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parag. único): argüição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa. 2. A igualdade das partes é imanente ao procedural *due process of law;* quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público. (STF – Tribunal Pleno, ADI 1753 MC/DF, rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 316.4.1998, v.u., DJ 12.6.1998, p. 51).

C) Proporcionalidade: servindo junto à estruturação da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita e não deve ser confundido com a atomizada ideia de proporção que perpassa todo o Direito. Sua incidência tem como objeto geralmente o controle de atos e de decisões emanadas do Poder Público e envolve o exame subsequente de suas três "submáximas", quais sejam (i) a da adequação (o meio promove o fim?), devendo limitar-se, de modo a respeitar-se o princípio constitucional da separação dos Poderes Estatais, à anulação de meios manifestamente inadequados, (ii) a da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?), devendo limitar-se, de modo a respeitar-se o princípio constitucional da separação dos Poderes Estatais, à anulação do meio escolhido quando houver meio alternativo que promova igualmente a finalidade perseguida sem causar maiores restrições ao direito fundamental afetado, e (iii) a da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens propiciadas pela promoção do fim correspondem às desvantagens acarretadas pela adoção do meio?), sendo que deverá ser afastado ou anulado o meio adotado pelo Poder Público quando não justificar ou compensar a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

À vista das considerações acima, justificar-se-ia a dignidade normativa dada aos postulados normativos como um todo, distinguindo-se de regras e de princípios (i) quanto ao nível – por sobreporem-se a estas espécies normativas, encontrando-se em um nível acima no processo de aplicação ou meta-nível, (ii) quanto ao objeto da decisão – por estruturarem a forma de aplicação destas espécies normativas, e (iii) quanto ao destinatário – por dirigirem-se aos aplicadores e intérpretes autênticos. Com seu adequado manejo e correta e fundamentada aplicação, oferecem aos intérpretes autênticos e demais oficiais do sistema instrumental tecnológico adequado para saber o que deve ser fundamentado, o que deve ser comprovado e quais as normas cuja restrição e efetividade estão sendo analisadas no conflito em questão (ÁVILA, 2019b, p. 226).

5.1.3 Uma Crítica (positivista)

A teoria acima apresentada tem o inegável mérito de conferir cientificidade e tipicidade normativa a categorias próprias do processo argumentativo de interpretação e de aplicação do Direito as quais, não constituindo *per se* direitos subjetivos oponíveis por potenciais titulares, possuem certamente assento na prática jurídica. Sua tipificação no seio do direito objetivo e, por conseguinte, do ordenamento jurídico em sua escala hierárquica notadamente tem o objetivo de restringir a subjetividade do aplicador, do intérprete autêntico e dos demais oficiais do sistema em lançar mão ou não de suas regras de aplicabilidade. Em preenchidas as hipóteses que ensejam sua incidência, esta é vinculativa, não uma mera faculdade no processo argumentativo de tomada da decisão jurídica, reduzindo-se *a priori* a natureza da liberdade adjudicatória do intérprete autêntico. A despeito dessas qualidades, a teoria de Humberto Ávila merece alguns reparos.

O primeiro dá conta acerca do problemático ponto de partida do processo argumentativo reconhecido ao intérprete, supostamente a partir do enunciado normativo linguístico. Não apenas segundo a concepção jurídico-positivista adotada declaradamente por este trabalho, mas igualmente segundo as ambições externadas pelo autor, a pleiteada redução da subjetividade do intérprete passaria pelo reconhecimento inarredável da inevitabilidade deste ponto de partida, notadamente nos sistemas romano-germânicos.

O Direito é um fato social, produto de fatos e de atos direta ou indiretamente ligados a comportamentos humanos e que, em uma sociedade que se crê regida por um “contrato social” ou se organizou mediante um prévio planejamento social originador de um plano-mestre (*v.g.*, um texto constitucional), estabelece e aceita posteriormente que a fonte de regulação dos fatos sociais e de resolução dos conflitos humanos dê-se pela mediação ou autorização do Estado, agindo este *a priori* primeiramente a partir da “lei” – aqui compreendida como norma geral integrante do direito positivo e cuja origem ou fonte material seria o Estado (TELLA, 2011, p. 98) – ou de uma fonte do Direito devidamente identificável e delimitada. Não existem normas jurídicas que possam ser tidas unicamente como fruto de uma

vontade divina ou de uma razão pura onisciente e onipresente intimamente descortinadas e adotadas por seu aplicador ou intérprete autêntico.

Conforme coloca Hans Kelsen (2018, p. 16):

> O que as normas de um ordenamento regulam é sempre uma conduta humana, pois apenas a conduta humana é regulável através das normas. Os outros fatos que não são conduta humana somente podem constituir conteúdo de normas quando estejam em conexão com uma conduta humana – ou, com já notamos, apenas enquanto condição ou efeito de uma conduta humana.

E arremata (2018, p. 260):

> Uma norma jurídica pertence a uma determinada ordem jurídica se foi criada por um órgão da respectiva comunidade e, portanto, por esta mesma comunidade. Mas o indivíduo que cria uma norma é (...) órgão da comunidade jurídica porquê e na medida em que a sua função é regulada por uma norma da ordem jurídica que constitui a comunidade e, por tal motivo, pode ser atribuída à comunidade.

Assevere-se que, no curso do processo argumentativo de tomada da decisão entendido como concretização da norma jurídica e como atividade de construção do preceito jurídico (GRAU, 2016, p. 35), entender-se pela imprescindibilidade de tomada do texto ou enunciado normativo legislado ou da fonte do Direito autorizada como primeiro passo nesse caminhar, somando-se subsequentemente a todos os elementos e situações do mundo para produzir-se a linguagem jurídica e a norma individual de decisão, é uma escolha inequivocamente ideológica: se, por um lado, ficam reduzidas certas possibilidades da dogmática jurídica, por outro, ficam também reduzidas as possibilidades de subjetivismo do aplicador, do intérprete autêntico e demais oficiais do sistema.

Compreendida a interpretação como atividade que se presta a transformar textos ou enunciados, desvendando as normas contidas nessas disposições (GRAU, 2016, p. 39), todos devem limitar sua “criatividade” aos preliminares enunciados semânticos do enunciado normativo ou da fonte do Direito devidamente autorizada, devendo criar *“uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercivo estatuído por uma norma”* (KELSEN, 2018, p. 261). Uma medida (ou postura) salutar por mais (e não menos) controle sobre o intérprete.

Oportunas as considerações de Riccardo Guastini (2005, p. 42):

> (...) não se admite a existência de normas sem uma disposição que as formule e exprima. Trata-se de uma definição rigidamente juspositivista sob, ao menos, dois aspectos. Por um lado, de fato, tal definição assume que as normas sejam *language-dependent*: pois precisamente não existem normas sem um enunciado que as formule e exprima; toda norma é o produto de um ato de linguagem. É este exatamente um modo de reformular, em termo analítico-linguísticos a tese clássica do positivismo jurídico, segundo a qual não existem normas "in natura", ou seja, não existem normas na ausência de atos (humanos) que lhes deem existência. Por outro lado, tal definição assume que as normas jurídicas sejam entidades dependentes não propriamente da linguagem de quem quer que seja, mas mais precisamente, da linguagem das fontes, ou seja, dos atos linguísticos de certos sujeitos qualificados como "autoridades normativas".

Valendo-se de uma atraente exposição argumentativa e centrando-se a importância da justificação racional como modo de origem das mais variadas espécies normativas, naturalmente empoderando a figura do sujeito cognoscente (intérprete autêntico/oficiais do sistema/jurista) diante do objeto (texto normativo constitucional e infraconstitucional), Humberto Ávila enumera como postulados normativos figuras de evidente e ordinária aplicação na prática jurídica, mas sem referência certa em fontes normativas autorizadas – que dirá da "lei". E esse é nosso segundo reparo.

Nesse ponto, apenas centrando-se nos postulados normativos hermenêuticos e frente à declarada concepção de que orientariam a compreensão geral do ordenamento jurídico, fica difícil aceitar a ausência de quaisquer referências ao dever de segurança jurídica como postulado, desde sempre uma finalidade inerente *ab initio* a qualquer ordem jurídica que se proponha a dirimir conflitos humanos e a conformar justas expectativas da comunidade.

O mesmo pode ser dito acerca dos postulados normativos aplicativos: a conformação de técnicas de interpretação e de aplicação do Direito desde sempre reconhecidas, mas imprecisamente catalogadas como princípios, valores ou outra denominação ao gosto e conforme a ideologia do autor, em espécies normativas distintas do lugar assegurado às regras como descritoras e prescritoras de comportamentos e instituidoras de competências e de sanções, e do consolidado papel dos princípios como estabelecedores de estados finalísticos e de valores cuja liberdade no modo de persecução é uma marca da prática jurídica contemporânea, apresenta-se decerto como uma evolução científica na compreensão da dogmática

analítica sobre o tema, mas necessitariam de um refinamento em suas etapas de identificação, sobretudo descortinando o campo de trabalho a partir do qual a jurisprudência extrai suas conclusões a permitir a identificação do postulado. Argumentos evoluem e restam superados com o passar do tempo e o prosseguimento das pesquisas como todo produto da labuta humana, mas a matéria-prima que os origina permanece.

Nos termos acima colocados, somados à falta de distinção *a priori* entre regras e princípios, a teoria de Humberto Ávila periga deixar intacto o mesmo subjetivismo interpretativo que alega combater; apenas obriga ao seguimento de um caminho argumentativo mais pavimentado e intenso e de (in)certo controle objetivo pela comunidade, mas resta inabalável não apenas a liberdade adjudicatória do aplicador institucionalmente autorizado, mas o grau e a extensão que podem degradar essa mesma liberdade.

Pertinentes as considerações de Adriano Soares da Costa (2011, p. 31-32):

> Essa dissociação entre texto e norma, entre dispositivo e norma, perpassa toda a obra de HA, e será fundamental para o relativismo das suas conclusões teoréticas. A questão a saber é: até onde HA aposta as suas fichas nessa dissociação entre texto e norma? Para HA, o significado (que é a norma) "não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação". Sendo algo externo ao texto, a norma seria construída pela interpretação, que não seria um ato de descrição, mas um "ato de decisão", que constitui a significação e os sentidos de um texto. Sendo criativa a interpretação, não haveria uma interpretação correta ou errada, mas apenas "e versões de significados" e concretizados no/pelo uso.
>
> A sensação que tenho é que HA entrou em uma embarcação e, de repente, percebeu que ela estava à deriva. Não prendia o seu barco, como nada prenderia o significado ao texto. Indo para correntezas perigosas, HA tenta lançar uma âncora, sem muito peso, para evitar, ao menos, que a embarcação se perca de vez. De repente, assevera ele que essa construção da norma pelo intérprete não deve levar à conclusão de que "não há significado algum antes do término desse processo de interpretação". E, surpreendentemente, assevera a existência de "significados mínimos" e incorporados ao uso da linguagem: "há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação".
>
> Ora, como conciliar afirmações tão díspares em uma mesma página? Ou a interpretação é um ato de decisão, com uma natureza eminentemente constitutiva, e aí não haveria como se falar em significados preexistentes, ou a interpretação partiria de um dado, de estruturas preexistentes, que limitariam o processo interpretativo, de modo que pudéssemos falar em interpretações corretas ou erradas, válidas ou inválidas, justamente porque poderíamos cotejar o produto da interpretação com o texto interpretado.

Este estudo compartilha das objeções acima e não concede tamanha confiança ao intérprete autêntico e demais oficiais do sistema, mas reconhece o mérito da dignificação da tipicidade normativa concedida com a figura dos postulados normativos. Na promoção das diretrizes próprias de um Estado do Direito (igualmente uma postura ideológica), afiguram-se como um adequado ponto de partida na melhor compreensão do processo argumentativo de tomada das decisões jurídicas. Em não mais se tendo dúvida acerca do que seja o Direito, urge que se compreenda como ele se aplica à dureza dos conflitos humanos.

5.2 O ARTIGO 22 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LEI FEDERAL N. 13.655/2018)

5.2.1 O Primado da Realidade (reserva do possível) na Gestão Pública

Primeiramente, não se discute que vivemos sob a vigência de um Estado Constitucional de Direito, no qual as normas jurídicas, sejam elas de natureza de regra, sejam elas de natureza de princípio, uma vez emanadas da Constituição, são hierarquicamente superiores, sendo que as intrinsecamente ligadas à proteção e à promoção dos direitos fundamentais possuem status diferenciado e privilegiado.

Nesse ponto, é decorrência natural de um ordenamento jurídico dessa natureza que todos – e, sobretudo, o Estado – encontrem-se sujeitos à responsabilização e à imposição de obrigações quando não observem as disposições constitucionais e não cumpram com seus deveres de implantar e efetivar políticas públicas vinculadas à proteção e à promoção de direitos fundamentais, tanto de caráter de defesa quanto de caráter prestacional.

As políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, por sua própria definição, orientam-se, de forma vinculada, conforme os objetivos traçados pelo planejamento social prévio que levou à concepção de um plano-mestre, este materializado pelas normas constitucionais que buscam efetivar, vinculação esta reforçada quando a política a ser elaborada, implantada e efetivada guarda conexão com um bem coletivo difuso destinado à proteção e à promoção dos direitos fundamentais abrangidos pelo ordenamento pátrio.

Veja-se aqui a concepção de política pública exposta por Eduardo Appio (2011, p. 136):

> As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade, com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

No que é complementado pelas considerações de Leonel Pires Ohlweiler (2008, p. 328-329) relativamente à função vinculadamente constitucional das políticas públicas em nosso ordenamento:

> A Constituição é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado".
> (...) são programas (as políticas públicas) de ação governamental pensados para uma atividade de coordenação das diversas instâncias administrativas e as atividades privadas, de modo a materializar uma determinada idéia de bem, fenomenologicamente indicada no texto constitucional.

Sob tais parâmetros e à vista das considerações expostas ao longo deste trabalho, embora se reconheça ao legislador e ao gestor público liberdade para selecionar e definir os meios de execução das políticas públicas pelas quais se norteia bem como para estabelecer as bases financeiras pelas quais se custeará, as mesmas encontram-se vinculadas a finalidades expressamente estabelecidas pelo Texto Constitucional e cujo descumprimento enseja o controle pelos demais poderes públicos, notadamente pelo Poder Judiciário no exercício de sua função precípua e demais órgãos de controle.

Conforme coloca Roberto Dromi (2007, p. 25):

> Se, como dissemos, todo sistema deve estar a serviço do homem, também a estrutura do Direito é modificada como consequência das novas funções sociais que lhe são atribuídas, com as quais se pretende configurar uma realidade que favoreça determinados objetivos sociais preestabelecidos, transladando os fins do sistema político ao âmbito jurídico, sob fórmulas de consenso.

A questão sempre se apresentou pelo patológico tratamento das considerações acima: mesmo reconhecendo em suas razões contributivas as peculiaridades e dificuldades inerentes a cada plano derivativo da gestão pública, este contexto era e continua sendo muitas vezes ignorado nas deliberações dos órgãos de controle, notadamente do Poder Judiciário, que opta quase sempre por um ativismo substantivo generalizado e irrefletido, concedendo caráter *prima facie* a direitos prestacionais e tutelando-os de forma propositalmente genérica e primitivamente imperativa, estabelecendo meios de execução e de efetivação muitas vezes divorciados de questões práticas e cegos a formas mais eficazes de aferição da eficiência da decisão e limitando-se à aplicação de sanções pecuniárias e de cláusulas de responsabilização pessoal do gestor público.

Obviamente que tal contexto resulta em um quadro de profunda insegurança, levando não poucas vezes a que o gestor público opte por simplesmente "nada fazer" frente à possibilidade de ter o mérito de suas decisões e escolhas ser extensa e profundamente revisado bem como ser pessoalmente responsabilizado (civil e criminalmente) por uma decisão e escolha que se revele equivocada, mas não necessariamente ilícita. Uma reação natural ao fato de que suas razões, suas considerações e sua realidade são simplesmente ignoradas.

Conforme coloca Georghio Tomelin (*apud* CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND, 2019, p. 166-167):

> O que tem passado é que as normas são colocadas de lado ou simplesmente aplacadas pela "alta" consideração e "supina" subjetividade de cada intérprete (que passa de ordinário a julgar com base na regra que ele teria feito se tivesse sido o autor da lei). Na disputa de narrativas sobre regras e fatos tem assim prevalecido a posição individual do aplicador da norma, que deliberadamente faz ouvidos moucos ou olhos míopes para os fatos que não lhe interessam. O polo decisório migra do campo semântico da norma, para a pragmática da sua aplicação (de um modo ou de outro) ou inaplicação a uma dada situação de fato.
> Com isso, o desdobramento causal de uma dada situação jurídica real fica em segundo plano. Os responsáveis pela defesa de um dado ato ficam em uma espécie de iluminismo jurídico pueril. Isso porque servidores públicos têm sido acusados de irregularidades por promotores de justiça que não têm a menor noção sobre como as coisas se passam na realidade material do dia a dia das pequenas prefeituras. Assim, à defesa desses servidores só resta acreditar que "explicar várias vezes a mesma coisa" vai conduzir o intérprete-julgador a analisar a situação a partir de várias condicionantes. Na defesa dos agentes públicos insistimos em uma visão lógica do sistema, para tentar provar ao julgador que ele poderia ter tomado a mesma medida administrativa se estivesse diante dos mesmos fatos em que tudo ocorreu. Muitas vezes a complexidade da realidade

> material é tamanha que, frente a um pedido genérico dos órgãos de controle, não resta ao magistrado solução diversa de hipotecar força na conclusão de uma perícia.

Interpretação em via inversa igualmente não é aceitável. Longe de aqui defender-se a concepção de insindicabilidade do mérito do ato administrativo pelos órgãos de controle, é de rigor reconhecer que, no âmbito da diretriz de um controle recíproco entre os poderes estatais, como baluarte da separação dos poderes (*checks and balances*), há um espaço de atuação reservado ao Poder Executivo para o exercício de sua vocação finalística de administrar e de realizar escolhas administrativa. Trata-se da denominada "reserva da administração" (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 25).

A edição da Lei Federal 13.655, de 25 de abril de 2018, conhecida como "Lei da Segurança Jurídica e da Eficiência na criação e na aplicação do direito público" e que introduziu os artigos 20 a 30 no âmbito da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942), é uma resposta a esse quadro patológico, buscando eliminar ou dificultar o exercício desse ativismo judicial (NOGUEIRA JÚNIOR, 2019, p. 28).

Em reconhecendo a interpretação e aplicação de regras e de princípios constitucionais ou não – "valores abstratos" – por parte do Poder Judiciário e demais agentes do sistemas exercentes de funções de controle (*v.g.*, ministério público, tribunais de contas, defensoria pública e cidadãos), condiciona-os não apenas à análise de suas consequências práticas (art. 20[98]), mas igualmente que se observem os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo (art. 22[99]).

---

[98] Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo Único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

[99] Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os

Conforme coloca Eduardo Jordão (2018, p. 69-70), trata-se de um “pedido de empatia” legislativo aos órgãos de controle junto à realidade vivida pela gestão pública como um todo: em não se ignorando a necessidade de dar cumprimento às diretrizes do ordenamento jurídico materializadas em políticas públicas cuja finalidade apresenta-se inarredável e deve ser cumprida, o Poder Judiciário e demais órgãos de controle devem não apenar revisar e quiçá censurar as decisões e escolhas do gestor público; se quer-se colocar na posição de tomar ou de substituir decisões administrativas, faz-se preciso que enfrentem os ônus que o gestor público enfrenta, ter maior atenção a suas agruras e dilemas.

Oportunas as considerações de Irene Patrícia Nohara e de Fabrício Motta (2019, p. 61):

> É sempre mais fácil julgar as decisões dos demais quando aqueles que julgam não enfrentaram as mesmas dificuldades. Contudo, se houver um exercício alteridade maior no julgamento, será muito provável que, considerando as dificuldades enfrentadas, muitas decisões que seriam questionadas se revelem como as únicas possíveis a serem tomadas, isto é, melhores em face do contexto enfrentado e dos obstáculos existentes.

Busca-se, assim, que o controlador se envolva em um “diálogo” com o gestor, atentando para as dificuldades por ele vivenciadas; caso estas dificuldades não tenham sido explicitadas na motivação do ato sindicado – ou caso se trate de controle de uma suposta omissão estatal – o controlador pode exigi-las do gestor, para fins de aplicar adequadamente o controle (JORDÃO, 2018, p. 73), avaliando se as dificuldades ou os obstáculos declarados foram de fato “reais”, se tiveram um efeito tão limitador quanto o alegado.

Conforme coloca Fábio Martins de Andrade (2019, p. 190):

> Pretende-se abrir um canal de diálogo do revisor com o gestor ou administrador. Não há no dispositivo qualquer enfoque voltado à condescendência ou leniência em relação ao gestor, sobretudo o mau; mas, voltando o enfoque ao lado contrário, a lei dispõe apenas e tão somente que tais dificuldades sejam consideradas, especialmente quando se tratar de um bom gestor. Afinal, foi intenção declarada do texto legal buscar prestigiar os bons gestores no desempenho regular de suas atividades administrativas.

---

antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

O artigo 22, *caput* (focado na interpretação) e § 1º (focado no controle), impõe que se observe a contextualização do agir do gestor público em seu manejo das normas (regras e princípios) aplicáveis junto à política pública por ele implementada ou diretamente exercida, isto é, com atenção às circunstâncias dos casos concretos, de modo a evitar que os enunciados sejam lidos ou aplicados de forma indiferente aos fatos e condições relevantes (JORDÃO, 2018, p. 70-71), entendidos aqui como os que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público (artigo 8º, § 1º, Decreto Federal n. 9.830, de 10 de junho de 2019[100]), e de aplicabilidade universal junto às instâncias administrativa, controladora e jurisdicional, isto é, a qualquer intérprete das regras e princípios de direito público, sejam os controladores, sejam os próprios gestores públicos, a quem fica vedada uma interpretação descontextualizada das leis que regem sua atuação (JORDÃO, 2018, p. 71-72).

Ainda que abertas à interpretação como é próprio de enunciados dotados da característica de textura aberta, as expressões genéricas utilizadas pelo legislador, sejam regras ou princípios, não correspondem a um "vale-tudo" interpretativo, a um cheque em branco para que autoridades administrativas e julgadores façam o que bem lhes apeteça. Não basta alegar a aplicação de um conceito jurídico indeterminado ou de um princípio geral, é necessário ir além e justificar a escolha e a decisão realizadas à luz de outros princípios, de outros conceitos e das consequências concretas visadas pela decisão, isto é, se os fatos tomados em seus efeitos concretos realmente ensejam a aplicação da respectiva norma jurídica (PEREZ, 2020, p. 196).

Conforme coloca Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes (CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND, 2019, p. 182):

---

[100] Este decreto veio a regulamentar e a esclarecer diversos pontos dos dispositivos introduzidos pela Lei Federal n. 13.655/2018, sobretudo na esfera federal, sendo que o artigo 8º disciplina especificamente o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*: Interpretação de normas sobre gestão pública. Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público. § 2º A decisão a que se refere o § 1º observará o disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

> Assim, uma das principais finalidades da alteração legislativa de 2018 na LINDB foi incutir na apreciação e julgamento dos atos do gestor público a avaliação contextual. Trata-se de importante indicação normativa que evita arbitrariedades embasadas em interpretações que suscitam valores abstratos ou fatos arbitrariamente pinçados, sem levar em conta a complexidade do contexto fático subjacente às decisões administrativas. Neste sentido, passa a ser dever do intérprete fundamentar suas decisões com base numa análise dos "obstáculos" e das "dificuldades reais" do gestor, bem como das "exigências das políticas públicas" a cargo deste, sem prejuízo dos "direitos dos administrados". Com tal dever, se poderá contornar a "tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-políticas" e impedir que as autoridades extraiam superficialmente consequências concretas das normas indeterminadas.

No que é complementado por Georghio Tomelin (*apud* CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND, 2019, p. 167):

> A partir disso, fica estabelecido na Lei Geral de Interpretação (LINDB) que as normas sobre gestão pública, de quaisquer formas ou espécies, devem olhas para a realidade. Assim, o que a LINDB faz é olhar para decretos, instruções, portarias, resoluções, ordens de serviço, circulares, contratos administrativos, e quejandos, no sentido de que sua interpretação não leve a ferro e fogo soluções impossíveis para a lógica do local onde o direito é aplicado. O pêndulo decisório, antes formal, amplifica-se e desloca-se agora para uma visão pautada no devido processo legal substantivo.

Trata-se do "primado da realidade" como condicionador da interpretação e aplicação de regras e de princípios de direito público tanto por gestores públicos quanto pelo Poder Judiciário e demais órgãos de controle. Conforme coloca Eduardo Jordão (2018, p. 72), trata-se de uma exortação à responsabilidade junto a gestores, julgadores e a todos os agentes do sistema que atuam e interagem na concretização do plano derivativo que perpassa a implementação da política pública materializadora, devendo ser consideradas dificuldades de natureza orçamentária (falta de verbas), técnica (falta de infraestrutura mínima de trabalho), de pessoal (déficit de pessoal e baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis), material (deficiências de material de escritório) e temporal (tempo escasso para planejar e executar a ação), entre outras, não se admitindo soluções impensadas e populistas que tenham efeitos maléficos na implementação de políticas públicas.

Oportunas, mais uma vez, as considerações de Irene Patrícia Nohara e de Fabrício Motta (2018, p. 62):

> Por conseguinte, deve-se considerar que as dificuldades enfrentadas trazem ao gestor situações dos problemas concretos que ele se depara. Por exemplo, a Constituição determina que é assegurado o direito à saúde e também ao tratamento na rede pública, contudo, diante das dificuldades financeiras de algumas localidades, como o Hospital da Criança e do Adolescente, em Macapá, em vistoria feita pelo Ministério Público, indicava que os médicos eram obrigados, na prática, a escolher quais crianças iriam viver ou morrer, pois faltava aparelho respiratório para a demanda de crianças internadas, conforme relatado pelo promotor: "é bastante provável que crianças venham a óbito em razão dessa situação. Imaginamos que os médicos estejam obrigados a escolher quem vai sobreviver em relação à falta de respiradores", por isso o promotor classificou a unidade como um "hospital de guerra".
> Não se pode julgar o médico de tal hospital, como alguém que se omite diante da necessidade de tratamento, pois, se ele enfrenta uma situação em que não há recursos materiais e estrutura suficiente para ele desenvolver sua atividade da forma como deveria, sendo obrigado faticamente a decidir entre a vida e a morte de pessoas, ele é levado a fazer em função do obstáculo real com o qual ele é desafiado e não por sua negligência, imprudência ou imperícia em relação à vida humana.

Não se trata aqui de mera retórica: conforme insistentemente exposto ao longo deste estudo, em defendendo-se a intepretação e a aplicação do Direito dentro do âmbito do ponto de vista interno ou do programa da norma estabelecido pelo manejo conjunto dos enunciados semânticos do texto legislado (premissa maior) e das circunstâncias fáticas (premissa menor), chega-se à decisão que materializará/concretizará a norma jurídica. O Direito não deve e não tem como apartar-se da realidade, sob pena de restar simplesmente desconsiderado ou, pior, inaplicado por fim.

Oportunas as considerações de Konrad Hesse (1998, p. 65):

> (...) a mera interpretação do texto ainda não possibilita concretização precisa suficiente. Aqui, o destacamento relacionado com o problema de pontos de vista do "âmbito da norma" é irrenunciável: como para as normas da Constituição é importante a realidade a ser ordenada dos fatos da vida concretos, é necessário compreendê-los na colocação da questão, determinada pelo programa da norma, na sua configuração e peculiaridade material, muitas vezes, também na sua configuração e peculiaridade juridicamente moldada (...) Esse avanço fornece não só elementos adicionais de concretização mais pormenorizada, assim como de fundamentação racional e controlável, mas ele afiança também (...), em uma parte essencial, resolução do problema apropriada; ele significa, portanto, o contrário de um "normativismo" unilateral e cego, frequentemente censurado aos juristas. Em especial, ele possibilita, finalmente, nos frequente casos, nos quais se trata da relação entre várias normas (por exemplo, na limitação de direitos fundamentais), uma resolução sobre a base da coordenação material das respectivas condições de vida ou âmbitos de vida e uma exposição dos pontos de vista materiais que sustentam essa coordenação; nesse aspecto, ele tem caráter sistemático, que ultrapassa o ponto de vista sistemático na

> interpretação dos textos da norma, naturalmente está relacionado estreitamente com este.

No que é complementado por Carlos Blanco de Morais (2018, p. 18):

> (...) Constituição que tenha alguma pretensão de durabilidade, deve ajustar-se à natureza do Estado, reger a factualidade do tempo presente e integrar a sua diversidade. A realidade que emerge da prática política, das exigências de uma sociedade pluralista e dos imperativos da economia influem sobre a interpretação e a aplicação da Constituição. Caso as normas constitucionais não logrem assegurar sua efetividade aplicativa e contribuir para a unidade política, numa realidade política e social em mudança, elas definham, nominalizam-se em causa quer a sua própria legitimidade, quer a sua função legitimadora.

À luz das considerações acima, uma compreensão adequadamente jurídica do conceito de “primado da realidade” confunde-se com os sentidos de que se reveste a cláusula ou teoria da reserva da possível: o exame do contexto em que se insere o gestor e delineado pelo plano derivativo materializado pela política pública é entendido paralelamente às limitações e dificuldades de ordem financeira, técnica, lógica, política e jurídica porventura incidentes sobre a atividade pública empreendida.

A incidência dos obstáculos e dificuldades reais geralmente acarreta omissões estatais, sendo que, conforme assevera Mártin Haeberlin (DUQUE; RAMOS, 2019, p. 90), seriam notadamente aquelas referentes à equação entre uma necessidade quase infinita de bens que o Estado deve prover e os recursos finitos desse mesmo Estado para prover esses bens.

O “primado da realidade” aqui é visto e deve ser compreendido sob o prisma da escassez, matéria-prima do planejamento social prévio materializado em um ordenamento jurídico que reconhece a reserva do possível como um elemento fático limitador da aplicação de regras e de princípios originadores de direitos subjetivos a serem demandados junto ao Estado gerenciador. A realidade a que se refere o legislador é a da mui concreta dificuldade do gestor público em tutelar plenamente o direito prestacional estabelecido mesmo constitucionalmente e seu reconhecimento e consideração, antes de denotar uma baixa normatividade ou um caráter meramente “simbólico” da norma jurídico-constitucional, implica o reconhecimento do núcleo duro de certeza e de inderrogabilidade pelo qual se pode demandar a efetividade do direito junto aos gestores públicos e efetivamente coagi-

los a cumprir as diretrizes do planejamento jurídico e da política pública que o materializa. Conforme já dito em outro momento deste estudo, antes de identificar suas limitações, a reserva do possível reconhece as possibilidades do gestor público.

Conforme coloca Irene Patrícia Nohara (2018, p. 33):

> É delicado pretender afastar a aplicação de uma dada regra em função das dificuldades práticas de seu cumprimento, hipótese em que o regular e igualitário cumprimento do direito será problematizado, conforme dito. Logo, que o primado da realidade não seja obstáculo à realização do direito, mas que seja aplicado para que se considere também a circunstância contextual de exigência de cumprimento da determinação contida no texto normativo.

No que é complementada por Mártin Haeberlin (DUQUE; RAMOS, 2019, p. 91-92):

> O art. 22 da LINDB, note-se, não desobriga a Administração Pública do provimento de bens e serviços públicos. Tampouco exime o agente público de agir com denodo, inteligência e planejamento na adoção dos meios (notadamente o orçamento) para o atingimento dos fins constitucionais. Porém, determina atenção para o fato de que o agente público não possui a condição de torcer o espaço-tempo, modificando a realidade. Como tudo, e como todos, o agente é limitado à sua realidade.

5.2.2 “Reserva do Possível” como Sobrenorma ou Postulado Normativo Aplicativo: Respeito do Controlador à Discricionariedade do Gestor e Consenquencialismo Jurídico (Artigo 20, LINDB)

O legislador constituinte delineou no Texto Constitucional os parâmetros para a arrecadação de recursos e sua despesa, a serem observados pelos poderes constituídos. Baliza-se a conduta dos destinatários da norma constitucional de maneira que realizem o mínimo que deverá ser gasto pelo Poder Público com a realização das tarefas impostas para a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos no Texto Constitucional. De fato, é do papel precípuo do gestor público-administrativo a implementação das políticas materializadoras das diretrizes do ordenamento jurídico-constitucional.

Nesse ponto, o *caput* do artigo 22, ao colocar que deverão ser consideradas as dificuldades “reais” pelo controlador, se estas considerações se

confirmarem, haverá nítido impacto no controle. Conforme coloca Eduardo Jordão (2018, p. 78), o controlador deverá cogitar acerca de qual seria o leque de opções interpretativas razoáveis dentre as quais poderiam ser adotadas pelo gestor público e, por conseguinte, limitando-se a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público, deverá prestar deferência a esta escolha, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio faria se lhe coubesse.

No direito comparado, a doutrina da deferência é conhecida com o nome de *intelligible principles doctrine* (Doutrina “Chevron” ou “Chenery”) e originada de construção da Suprema Corte Norte-americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo formalmente bem conduzido com a tomada de decisão administrativa bem fundamentada e com a escolha pelo gestor de uma interpretação, dentre várias opções plausíveis, do ato normativo, não deve o Poder Judiciário e demais órgãos de controle substituir essa intepretação pela que melhor lhe convém, salvo se a intepretação não for a mais razoável. Parte-se da premissa de que, em existindo atos administrativos de natureza técnica e cuja competência é privativa da Administração Pública, esta competência não pode ser substituída nessa tarefa por outra entidade detentora de poder mesmo que no exercício de funções de controle (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 34). Encontra-se explicitamente adotada como critério interpretativo pelo artigo 13 do Decreto Federal n. 9.830/2019[101] ao colocar que o exercício do controle pelas entidades com atribuição para tanto não substitui o agir e as escolhas do gestor público.

É válida a referência às explicações de Floriano de Azevedo Marques Neto e de Rafael Véras de Freitas acerca do caso “Chevron” ou “Chenery” (2019, p. 35-36):

> No célebre caso “Chevron”, um precedente acidental cunhado pela Suprema Corte Estaduinense, mas que acabou se tornando seu mais citado precedente, restou fixado que, ao rever as interpretações das agências reguladoras, os Tribunais deveriam adotar uma abordagem em

[101] Decreto Federal n. 9.830, de 10 de junho de 2019: Análise de regularidade da decisão. Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas. § 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores. § 2º A eventual estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos.

> dois passos: (i) verificar a existência de espaços e lacunas para a atuação da Administração Pública, isto é, a existência de um espaço que indique uma delegação legislativa; e (ii) avaliar se o ato administrativo praticado estaria coerente com o dispositivo legal interpretado, isto é, se este seria uma resultado razoavelmente esperado da interpretação do mesmo, ou se a interpretação dada pela Administração extrapolou os limites do dispositivo. Desse modo, desde que a interpretação conferida pela agência à norma legal seja razoável e não contrarie claramente a legislação, o Poder Judiciário deverá tributar-lhe deferência. As decisões das agências deveriam, portanto, ser preservadas pelo Judiciário, salvo a hipótese de erro evidente.
> Tudo isso levando em conta a premissa de que, como as entidades técnicas seriam capazes de alcançar uma profundidade técnica maior do que a possível em sede judicial, estariam elas em melhor posição para tomar decisões regulatórias que assim demandassem. Por consequência, o Poder Judiciário deveria adotar uma postura de *judicial deference* (deferência institucional) à atuação da Administração Pública. O dever de deferência, pois, limita a atuação do julgador, nos casos em que este é provocado a alterar os juízos de ponderação (técnica, econômicos, sociais e jurídicos) realizados pela autoridade administrativa, que dispõe de formação adequada para tanto. Nessas hipóteses, a sindicabilidade do ato envolve o exame limitado dos elementos do ato administrativo, mediante a aferição da regularidade do procedimento pelo qual foi cunhado.

Logo, a doutrina “Chevron” estabelece “dois passos”: primeiramente, busca-se identificar a existência de lacuna legislativa que permita ambiguidade ou indeterminação a propósito de uma questão específica, isto é, o controlador verifica acerca da existência de dificuldades jurídicas reais; em seguida, em confirmando-se esta indeterminação ou ambiguidade, o controlador se limita a aferir a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pelo gestor público (JORDÃO, 2018, p. 79).

Exemplo de adoção da “doutrina Chevron” se teria apresentado no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF[102], na qual se apreciou a constitucionalidade da liberação legislativa da “pílula contra o câncer”. Frente à tremenda especulação científica e midiática envolvendo este produto, o Supremo Tribunal Federal optou por prestar “deferência” ao entendimento dos órgãos fiscalizadores que lhe negavam qualquer certeza científica com o devido registro autorizativo. Ignorar o entendimento técnico da agência reguladora responsável – no caso, a agência nacional de vigilância

[102] SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO. Surge relevante pedido no sentido de suspender a eficácia de lei que autoriza o fornecimento de certa substância sem o registro no órgão competente, correndo o risco, ante a preservação da saúde, os cidadãos em geral. (STF – Tribunal Pleno, ADI 5501 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.5.2016, por maioria, DJe 31.7.2017, divulgado em 1º.8.2017).

sanitária – por parte de legisladores e de julgadores implicaria proteção deficiente do direito à saúde.

É válida a referência ao seguinte trecho do voto do ministro relator:

> (...) a atividade estatal do controle de medicamento é indispensável para a proteção do direito à saúde. As razões apresentadas pela requerente no âmbito dessa ação direta referem-se precisamente à violação do direito à saúde, consubstanciado nas garantias de controle de registro de substâncias previstas no art. 16 da Lei 6.360/76. Trata-se, como visto, de competência própria da Anvisa, que possui assento constitucional.
>
> A questão chave que se coloca, portanto, é saber se o Congresso poderia autorizar a produção de substância que potencialmente pudesse afetar a saúde humana, dispensando o registro. A resposta é condicional.
>
> A competência atribuída à agência não é privativa, porquanto, nos termos do art. 200, caput, da Constituição Federal, é exercida nos termos da lei. Noutras palavras, a concretização da proteção à saúde é feita pelo poder legislativo. A constituição de agência própria para realizar as atribuições controle é, nessa perspectiva, faculdade do legislador, ou, como prefere parcela expressiva da doutrina nacional, a legitimidade da atuação regulatória deve ser exercida intra legem.
>
> Sob essa perspectiva, não haveria impedimento para que determinada substância viesse a ser regulada por meio de lei. A Anvisa não detém competência privativa para autorizar a comercialização de toda e qualquer substância. Ocorre, no entanto, que a liberação da produção e comercialização de qualquer substância que afete à saúde humana deve ser acompanhada de medidas necessárias para garantir a proteção suficiente do direito à saúde.
>
> (...)
>
> Por essa razão, a concretude estabelecida pelos ditames da Lei 6.360/76 assim como as Resoluções aprovadas pela agência reguladora consubstanciam verdadeiras conquistas relativamente à proteção à saúde, razão pela qual não podem ser suplantadas sem que norma que lhe venha a derrogar não garanta igual proteção. Incide, neste ponto, o chamado princípio da proibição do retrocesso
>
> (...)
>
> Assim, embora não seja, em tese, obstado ao Poder Legislativo regulamentar a comercialização de determinada substância destinada à saúde humana, é preciso que, sob pena de ofensa à proibição de retrocesso, haja minudente regulamentação, indicando, por exemplo, formas de apresentação do produto, disposições relativas à sua validade e condições de armazenamento, dosagem máxima a ser administrada, entre outras.
>
> Ao deixar de atribuir a essa substância as mesmas garantias de segurança porque passam os demais produtos destinados à saúde humana, haveria, aqui, em tese, inconstitucionalidade material, ante a proteção insuficiente do direito à saúde.
>
> (...) Assim, embora não seja, em tese, obstado ao Poder Legislativo regulamentar a comercialização de determinada substância destinada à saúde humana, é preciso que, sob pena de ofensa à proibição de retrocesso, haja minudente regulamentação, indicando, por exemplo,

> formas de apresentação do produto, disposições relativas à sua validade e condições de armazenamento, dosagem máxima a ser administrada, entre outras. Ao deixar de atribuir a essa substância as mesmas garantias de segurança porque passam os demais produtos destinados à saúde humana, haveria, aqui, em tese, inconstitucionalidade material, ante a proteção insuficiente do direito à saúde.

Outro exemplo de adoção explícita da “doutrina Chevron” ou “doutrina Chenery” se apresentaria nos autos de Agravo Interno no Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2.240/SP[103] por parte do Superior Tribunal de Justiça.

---

[103] AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. I) DISCUSSÃO DE QUESTÕES REFERENTES AO MÉRITO DA CAUSA PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA SUSPENSIVA VOCACIONADA A TUTELAR APENAS A ORDEM, A ECONOMIA, A SEGURANÇA E A SAÚDE PÚBLICAS. II) GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO PODER PÚBLICO QUE PREVALECE ATÉ PROVA DEFINITIVA EM CONTRÁRIO. DETERMINAÇÃO GOVERNAMENTAL QUE DEVE SER PRESTIGIADA TAMBÉM PARA MITIGAR A PROBLEMÁTICA DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DOUTRINA CHENERY. DIFICULDADE DE O JUDICIÁRIO CONCLUIR SE UMA ESCOLHA CUJA MOTIVAÇÃO É ALEGADAMENTE POLÍTICA SERIA CONCRETIZADA CASO A ADMINISTRAÇÃO EMPREGASSE SOMENTE METODOLOGIA TÉCNICA. IMPOSSIBILIDADE DE AS ESCOLHAS POLÍTICAS DOS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS SEREM INVALIDADAS PELO JUDICIÁRIO, CASO NÃO SEJAM REVESTIDAS DE RECONHECIDA ILEGALIDADE. VEDAÇÃO ÀS PRESIDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À APRECIAÇÃO DE PEDIDO DE CONTRACAUTELA À LUZ DE DIREITO LOCAL. III) MANIFESTA VIOLAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA QUE O ESTADO DE SÃO PAULO CUSTEIE AS VULTOSAS DESPESAS DECORRENTES DA MANUTENÇÃO DA HARMONIA ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS PELO PODER PÚBLICO COM AS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE PÚBLICO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado na ação popular originária para suspender o aumento das tarifas cobradas de usuários da integração entre metrô, trens e ônibus municipais em terminais metropolitanos da Grande São Paulo, a partir de 8 de janeiro de 2017, baseado essencialmente em dois fundamentos: a) injustiça no fato de que a tarifa de metrô foi mantida em R$ 3,80, por tratar-se de medida "mais benéfica para quem reside em locais mais centrais" e utiliza unicamente aquele modal, enquanto é "gravosa a quem reside em locais mais distantes e se utiliza do trem e do metrô, cuja tarifa integrada foi aumentada acima da inflação" (fl. 264); e b) suposta motivação política na adoção da novel política tarifária. 2. Na via suspensiva, por vezes, para que se verifique a violação de um dos bens tutelados na legislação de regência (Leis n.os 8.437/92, 9.494/97, 12.016/09), faz-se necessário proceder a um "juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo da contracautela". (STF, SS n.º 5.049/BA-AgR-ED, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente -, Tribunal Pleno, julgado em 20/4/2016, DJe de 13/5/2016). Todavia, em análise de controvérsia sobre estipulação de remuneração pelo uso de transporte coletivo, o Supremo Tribunal Federal consignou que "o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário" (RE n.º 191.532/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 27/5/1997, DJ de 29/8/1997). 3. Cármen Lúcia Antunes Rocha leciona que a discriminação tarifária torna possível, "nessa distinção de usuários em condições econômicas e sociais desiguais, a efetivação da igualdade jurídica e da

Neste precedente, ao suspender a eficácia de decisão judicial que determinou a suspensão do aumento das tarifas cobradas de usuários pela fruição dos serviços de integração entre metrô, trens e ônibus municipais em terminais metropolitanos da Grande São Paulo, a partir de 8 de janeiro de 2017, sendo que esta se valeu de argumentos extrajurídicos (sociais e políticos) para tal deliberação,

---

concreta justiça social" (Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101). Na mesma obra, contudo, ressalta a dificuldade de se fixar tarifa pública com fundamento no princípio da isonomia. 4. Assim, a evidente sofisticação da demanda ventilada na causa principal impede que a Presidência do Superior Tribunal de Justiça julgue questões relativas ao mérito do reajuste determinado pelo Poder Público - notadamente para concluir sobre discriminação ou injustiça na fixação de preço para uso de transporte público. O incidente suspensivo, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente a ordem, a economia, a segurança e a saúde públicas, não podendo ser analisado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examinem questões relativas ao fundo da causa principal. 5. A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola gravemente a ordem pública. A legalidade estrita orienta que, até prova definitiva em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público (STF, RE n.º 75.567/SP, Rel. Ministra DJACI FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 20/11/1973, DJ de 19/4/1974, v.g.) - mormente em hipóteses como a presente, em que houve o esclarecimento da Fazenda estadual de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica. 6. A cautela impediria a decisão de sustar a recomposição tarifária estipulada pelo Poder Público para a devida manutenção da estabilidade econômico-financeira dos contratos de concessão de serviço público. Postura tão drástica deveria ocorrer somente após a constatação, estreme de dúvidas, de ilegalidade - desfecho que, em regra, se mostra possível somente após a devida instrução, com o decurso da tramitação completa do processo judicial originário. 7. Não compete às Presidências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça julgar pedido suspensivo à luz de direito local (precedentes). Dessa forma, não há como analisar eventual ofensa à legislação estadual, qual seja, a Lei do Estado de São Paulo n.º 9.166/95. 8. O Magistrado Singular concluiu que os reajustes tarifários seriam discriminatórios, por deixar de atingir parte dos usuários e incidir sobre outros. Estimou que estava a adotar, assim, a medida que reputou mais justa. Não se pode esquecer, entretanto, que o exercício da ponderação exige critérios, entre os quais, a adoção de solução que reduza "a tensão gerada pela falta de legitimidade representativo-democrática do juiz para realizar opções normativo-axiológicas", conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305). Dessa forma, o ato administrativo editado pelo Estado de São Paulo deve ser prestigiado também para mitigar a problemática do déficit democrático do Poder Judiciário. 9. Eventual intento político da medida não poderia ensejar a invalidação dos critérios tarifários adotados, tout court. Conforme leciona Richard A. Posner, o Poder Judiciário esbarra na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina Chenery - a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América -, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário. 10. Impedir judicialmente o reajuste das tarifas a serem pagas pelos usuários também configura grave violação da ordem econômica, por não haver prévia dotação orçamentária para que o Estado de São Paulo custeie as vultosas despesas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos acordos administrativos firmados pelo Poder Público com as concessionárias de transporte público. 11. Agravo interno desprovido. (STJ – Corte Especial, AgInt no AgInt no SLS 2.240/SP, rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 7.6.2017, v.u., DJe 20.6.2017)

ficou enfatizado o entendimento de que o Poder Judiciário encontra-se impedido de adotar fundamentos diversos daqueles adotados pelo Poder Executivo, notadamente em questões técnicas e complexas nas quais não tem a expertise necessária para concluir se os critérios do gestor público foram os corretos. Salvo se houver manifestar ilegalidade, tais escolhas e decisões administrativas não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

Com a devida vênia, a doutrina norte-americana acima exposta enquadra-se com rara perfeição à luz das considerações expostas neste estudo. O primeiro passo nada mais é que a identificação da textura aberta a caracterizar a norma jurídica aplicável ao caso, isto é, se há liberdade ao aplicador institucionalmente autorizado (no caso, o gestor público), o grau e extensão dessa liberdade e a incidência dos limites substanciais e procedimentais (dever de segurança jurídica, regime de economia de confiança, observância do devido processo legal e dever de fundamentação) que delimitariam esse grau e extensão; em suma, questiona-se a existência ou não de discricionariedade jurídica. Em seguida, o segundo passo corresponde à construção do quadro fático vivido pelo gestor público, de modo a verificar se as hipóteses configuradoras de reserva do possível (financeira, técnica, institucional, política e jurídica) se apresentariam na espécie, de modo a permitir o respeito à discricionariedade do gestor público, vez que sua escolha interpretativa não acarretou uma violação da lei, mas uma interpretação inteligente e adequada da mesma. É forçoso colocar que a “doutrina Chevron ou Chenery” não é nenhuma novidade nas discussões científicas e na prática jurídica brasileira.

Conforme colocam Irene Patrícia Nohara e Fabrício Motta (2019, p. 65-66):

> Aqui existe um certo respeito, isto é, uma certa “deferência” acerca da melhor decisão administrativa, sendo pressuposto que essa competência discricionária pertence ao gestor, que irá sopesar a aplicação normativa diante das características e das dificuldades concretas, optando pela decisão que melhor atenda ao interesse público.
> Contudo, se o controlador imputar alguma irregularidade à conduta do gestor, será necessário que ele traga quais são os argumentos que indicam que o ato é inválido, sendo também cotejada a invalidez com a oportunidade de o gestor aduzir as razões para sua ação, considerando, então, que haja condições de reagir e de dialogar sobre as dificuldades práticas enfrentadas concretamente, de acordo com o que determina LINDB. Quando se fala em diálogo necessário e completo, se faz alusão ao contraditório e à ampla defesa.

No entanto, é preciso esclarecer: deferência ao entendimento do gestor público, sim; imunidade desse entendimento a quaisquer críticas ou revisões, não.

As políticas públicas, embora permitam um espaço de liberdade para sua execução e custeio pelo administrador como programas normativos prenhes de textura aberta, atendendo às particularidades do caso concreto, devem ter sua finalidade constitucional estritamente observada não apenas pelo poder estatal responsável pela mesma, mas igualmente pelos demais poderes públicos, irmanados e vinculados que estão ao dever de cumprimento do Texto Constitucional e, sobretudo, à proteção e promoção de direitos fundamentais.

O afastamento da cláusula da reserva do possível, agora positivada no seio do artigo 22 da LINDB, frente ao atendimento de infinitas necessidades humanas, não poderá ser a regra, mas sim a exceção. Daí a importância de se falar em necessidades humanas fundamentais (as quais não admitiriam *a priori* as restrições impostas pela reserva), mesmo que estas estejam ou não ao gosto do intérprete. Impõe-se um ônus argumentativo aos poderes estatais pelo que deve tomar-se como elemento chave da *ratio decidendi* o fornecimento de prestações materiais que assegurem o mínimo necessário à dignidade humana, a prevalecer diante de decisões políticas e plenas de juridicidade.

O campo de decisão para o legislador e para o administrador público apresenta-se bem delimitado sob tal ordem de considerações. Relativamente ao Poder Judiciário e demais órgãos de controle, sua ação é essencialmente defensiva, mesmo que defensiva de direitos políticos dos membros da comunhão política. Deve supervisionar a implementação de políticas, não se substituindo aos poderes estatais competentes em sua aplicação direta. Cria-se um processo de negociação fora da instância parlamentar e/ou executiva. Mas isto não transfere para o Judiciário a formulação pura e simples dos planos: ele instaura um novo local de deliberação republicana, em que o administrador propõe as mudanças sob a égide mais explícita dos direitos fundamentais (LOPES, 2008, p. 179).

Assevere-se que, do ponto do de vista do Poder Judiciário, afigura-se legítima a intervenção sobre injustiça generalizada por conta de alocação orçamentária destoante dos fins constitucionais e não a mera intervenção sobre as prévias escolhas alocativas orçamentárias pontuais realizadas pelo legislador e implementadas pelo gestor público, porque qualquer alocação de recursos violará,

no mínimo, um valor individual dentro do natural conflito de valores e ponderação de princípios próprio do debate parlamentar; nesse caso, não será o Poder Judiciário quem banirá a tragédia da decisão, vez que, além de não haver previsão constitucional para controle judicial de tais escolhas, quando assim o faz, outras escolhas serão feitas (LEITE, 2011, p. 114) e outros interesses serão violados.

Nesse ínterim, de modo a ter a deferência judicial nesta relação essencialmente dialógica, impõe-se que o gestor público realize a intepretação mais equilibrada possível no contexto de indeterminação jurídica ou, na expressão da lei, no contexto de "dificuldade jurídica", a partir da adequada e específica motivação, que permita ao julgador e ao controlador ter um espelho mais completo possível da situação vivenciada pelo gestor público, para que se possam lastrear as dificuldades e os obstáculos enfrentados e considerar a situação fática a permitir um respeito à liberdade de escolha interpretativa do gestor, em sendo a escolha razoável e dentro das possibilidades do ordenamento (NOHARA; MOTTA, 2019, p. 69).

À vista dessas considerações, o "mínimo existencial", embora controverso acerca de seu efetivo âmbito de aplicação[104], serviria de baliza como os direitos diretamente tutelados pelo princípio constitucional positivo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição da República[105]) para delimitar o âmbito de incidência da cláusula da reserva do possível. Em sendo necessário para atender às necessidades essenciais à dignidade dos indivíduos, não poderá o "mínimo existencial" ser objeto de ponderação quando contraposto à proteção de outros bens jurídicos, tais como os recursos financeiros. Ou seja, a reserva do possível não poderia ser arguida pelos poderes públicos, quando lhes fosse pleiteada determinada prestação necessária à garantia do mínimo existencial do demandante (PEREIRA, 2014, p. 181).

Tal assertiva se fundamenta porque a própria ideia de "mínimo existencial" sempre foi apresentada como uma resposta à tese da "reserva do possível": se

---

[104] Este estudo se filia ao entendimento de Ana Paula de Barcellos (2011), o qual considera como direitos abarcados pelo "mínimo existencial" o direito à saúde básica, o direito à educação básica, a assistência aos desamparados e ao acesso à justiça.

[105] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

nem todos os direitos fundamentais são passíveis de efetivação pelos poderes públicos, somente aqueles essenciais para a preservação da dignidade humana deverão ser resguardados, não lhes podendo ser oposto o argumento de ausência de recursos orçamentários.

Como assevera Ana Paula de Barcellos (2011, p. 287-288):

> Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Nada obstante a utilização exaustiva do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que acabou por gerar certa reação de descrédito, é preciso não ignorar o assunto, sob pena de divorciar o discurso jurídico da prática de tal forma que o jurista que o jurista pode até prosseguir confiante, quilômetros de distância, até olhar para trás e para os lados e perceber que está sozinho. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. Como se vê, o mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

No que é complementada pelas colocações de Ricardo Lobo Torres (2008, p. 81-82):

> A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.
> Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

A arguição da tese do “mínimo existencial” esbarra em duas fraquezas: primeiramente, sua relativa indeterminação conforme já acima dito, pois mesmos os bens fundamentais diretamente legados ao princípio constitucional da dignidade humana não se encontram especificados, passíveis de definição que se encontram ao gosto e à ideologia do intérprete; por outro lado, a despeito desta

indeterminação, sua utilização casuística como mero “argumento de autoridade”, impeditivo da arguição da cláusula da reserva do possível, mas sem força para sobrepor-se ao fato da pura e simples inexistência de recursos e de meios para a tutela do bem fundamental pleiteado. O que poderia ser feito se não houver como ser feito? Não se trata de uma questão impertinente.

Igualmente se questionaria se o postulado de vedação ao retrocesso não se apresentaria como óbice suficiente à aplicabilidade do artigo 22 da LINDB e, por conseguinte, da reserva do possível. Nesse ponto, este encontra melhor guarida no dever de segurança jurídica pelo qual se devem nortear o legislador, o agente público e o julgador na tutela de direitos fundamentais sociais. Conquistas legislativas, prestacionais ou jurisdicionais já abarcadas pela coisa julgada devem ser mantidas em sua autoridade e não afastadas, mesmo que ao prejuízo de outros interesses legítimos na destinação de recursos. Caracteriza-se, a partir de tal presunção de legitimidade, o dever de segurança jurídica, como limite substancial da discricionariedade jurídica e postulado normativo aplicativo, no aspecto da proteção da confiança, pela qual o administrado e jurisdicionado confia, pelo próprio e inexorável decurso do tempo, que sua situação está devidamente consolidada e passível de pleno respeito pelos poderes públicos.

A vedação ao retrocesso, sob essa linha de argumento, configuraria limite à incidência da reserva do possível na medida em que, embora presentes limitações de ordem econômica, política ou jurídica, o Estado não poderá deixar de fornecer prestações, sob o fundamento da reserva orçamentária, quando atingido o limiar em que a proteção dos direitos não pode retroceder. Sob o fundamento da reserva do possível, a medida retrocessiva não poderá violar o princípio da vedação ao retrocesso, suprimindo conquistas políticas e jurídicas já alcançadas em favor do atendimento de necessidades humanas fundamentais mediante realização de direitos fundamentais, notadamente os sociais (PEREIRA, 2014, p. 200-201).

Por fim, relativamente ao postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, as normas de direitos fundamentais prestacionais são deveras indeterminadas – com um alentado campo de “textura aberta”, – permitindo que a sua efetivação se dê em diferentes graus e conforme a discricionariedade permitida ao legislador, ao administrador e ao julgador, e observando-se os limites econômicos, políticos e jurídicos identificados que compõem o ponto de vista

interno daquele ordenamento jurídico. Assim, haverá o exame da proporcionalidade pelo administrador ou legislador e igualmente pelo julgador. Serão sopesados os bens jurídicos em jogo e será escolhida a conduta a ser adotada pelo Estado para atender à prestação exarada da norma de direito fundamental mediante da análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da decisão a ser tomada. A ponderação aqui se apresenta necessária e não apenas contingente, incidindo na construção do quadro fático que incidirá sobretudo na avaliação da adequabilidade da escolha administrativa realizada.

O conjunto dessas três submáximas configura a proporcionalidade em sentido lato, ou a proibição de proteção insuficiente. Essa análise da proporcionalidade no sentido de proibição da proteção insuficiente será necessária tendo em vista que, se há a exigência da máxima realização dos direitos fundamentais, deverá haver também a escolha do meio adequado a essa máxima intensidade em favor do bem fundamental. E a ponderação é necessária justamente para que haja a escolha do meio que será adotado para a realização do comando constitucional. Isso porque, dependendo do meio que for eleito, por conta da ponderação, haverá prejuízo de bem jurídico tutelado constitucionalmente, em favor da otimização de outro bem jurídico igualmente protegido (PEREIRA, 2014, p. 191).

Nesse ponto, a supremacia normativa da Constituição é o ponto comum, ou ponto de partida para a análise acerca do cabimento ou não do argumento da reserva do possível (PEREIRA, 2014, p. 167).

Se a interpretação do Texto Constitucional permite que se extraiam tanto argumentos favoráveis quanto contrários à teoria da reserva do possível, deve-se manter incólume o compromisso com a realização ou promoção dos direitos fundamentais e assumido pela comunidade política como um todo. Todas essas considerações levam à conclusão de que a reserva do possível não é mais uma teoria ou cláusula à procura de uma tipificação juridicamente mais adequada – conforme trabalhado à exaustão no capítulo anterior – mas, pelo contrário, ganhou a dignidade de norma jurídica por meio da explícita positivação que lhe conferiu o artigo 22 da LINDB.

Melhor dizendo: tornou-se uma espécie de meta-norma ou postulado normativo aplicativo específico na linha da teoria esposada por este estudo,

adicionando um viés realista à interpretação de regras e de princípios de direito público pelo Poder Judiciário, pelos órgãos controladores e pelos próprios gestores públicos, impondo parâmetros concretos para a avaliação de condutas, de modo que os controladores não se limitem a interpretar e aplicar as regras e princípios postos pelo ordenamento jurídico a partir tão somente (mas sempre necessariamente) dos parâmetros semânticos do texto normativo legislado, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas, envolvendo não apenas o dever de atender as demandas sociais dirimidas pelo planejamento social prévio da comunidade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade de escassez de recursos intermitente (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 59).

A reserva do possível, antes tomada essencialmente como uma circunstância fática delimitadora e limitadora durante o estabelecimento do quadro fático no curso do processo de construção da premissa menor da tomada de uma decisão jurídica, igualmente foi alçada como parte do processo de construção da premissa maior ao condicionar o modo de aplicação dos enunciados normativos incidentes. Exerce aqui um duplo papel que não pode ser ignorado pelo intérprete, o qual deverá, tomando-se as diretrizes do planejamento jurídico por meio dos parâmetros das políticas públicas materializadoras do plano-mestre e dos respectivos planos derivativos, avaliar a falta ou falha do serviço ou da atividade administrativa analisando efetivamente os contornos fático-jurídicos da decisão técnica do gestor público com a qual se pode ou não concordar, mas nunca censurar ou imputar *a priori* e primitivamente como ilícita (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 60).

Oportunas as considerações de Georghio Tomelin (CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND, 2019, p. 170-171):

> O importante é que agora temos uma sobrenorma que irá orientar a interpretação e o julgamento das condutas da administração pública (a ser promovida pelas controladorias, pelo ministério público e pelo judiciário). Some-se a isto o fato de que tudo o que a administração faz, simplesmente tudo, dá margem para o ajuizamento de ações de improbidade (e os tipos legais em improbidade são muito abertos). Basta assim que um promotor de justiça e um Juiz “leiam” de modo diverso uma dada norma ou contrato administrativo e já poderá ser considerada ilegal uma dada conduta (o resto é carregar das tintas e o medo da divulgação na mídia).
> Com a nova LINDB e seus dispositivos voltados para o direito público, todos nós estamos agora obrigados a olhar com cuidado a realidade local

> e o que é possível ou não diante de um quadro material de fatos substantivos. Quer-se assim evitar que sejam tiradas conclusões precipitadas sobre a aplicação do ordenamento legal, tachando com incorreções ou falhas quaisquer condutas ou "erros" administrativos não grosseiros ou não dolosos. Consagra-se aqui o que a doutrina dos vários tribunais já havia placitado: não ser bom administrador não importa automaticamente em dever ser qualificado como agente ímprobo.

Impõe-se que seja repensada a própria forma de tutela jurisdicional de modo que a atividade-fim de resolução de conflitos mude de patamar e assuma um caráter gerencial. Explique-se: não mais se limite ao tudo-ou-nada mediante decisão ou sentença, mas que esta se apresente como um verdadeiro programa de ação, estabelecendo metas e medidas que atendam o caráter progressivo dos direitos fundamentais que deve igualmente ser observado pelo Poder Judiciário, provimento este que resultará de relação jurídica desenvolvida de forma cooperativa entre o Poder Judiciário e as partes em conflito (Estado/gestor público, órgãos de controle e cidadãos jurisdicionados) conforme preconiza do artigo 6º do Código de Processo Civil[106].

O provimento jurisdicional estabelecerá um programa ou calendário de execução da atividade administrativa de modo que seja tutelado o direito jusfundamental, se não imediatamente, mas em futuro próximo. Por conta das diversas limitações de ordem econômica, política e jurídica, não se apresentaria possível a tutela do bem da vida no momento imediato; poderá sê-lo em breve tempo mediante a devida supervisão judicial seja com a inclusão do recurso no orçamento do exercício financeiro seguinte, seja com a contemplação do demandante nos programas de políticas públicas prestados pelo Poder Público (*v.g.*, inclusão em programa de tratamento de saúde de fora do domicílio), dentre outras medidas.

Conforme arremata José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 189-190):

> (...) há um aprendizado a ser feito no Brasil. Trata-se de fornecer como resposta judicial, como decisão ou sentença, não o tudo-ou-nada, mas um verdadeiro programa. Leiamos com atenção o art. 196 da Constituição Federal: a garantia do direito à saúde é dada por "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença...". Políticas são conjuntos integrados de caráter coletivo que se avalia pela redução do risco. Isto é, uma solução que me aprece adequada e que contornaria com

[106] Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil: Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

> bastante racionalidade a decisão tudo-ou-nada é a decisão progressiva, pela qual o juiz, à semelhança do que já faz nos processos de falências, de recuperação judicial de empresas ou mesmo de alimentos, permite às partes chegarem a um acordo em que aos poucos se ajusta a conduta do Estado ao pedido.
> Isto desmerece em nada a decisão: são frequentes a fórmula de acordos em que há parcelamento das dívidas. Por que não incorporar essa mesma idéia aos casos de políticas sociais? Reconheça-se que são devidas, que a atual forma do orçamento ou do programa estatal não responde adequadamente aos direitos sociais envolvidos, mas se permite que o Estado se adeqúe durante algum tempo, fixando a decisão os prazos e as metas a serem atingidas, sob as diversas penas da legislação. Tudo isto me parece perfeitamente factível e aceitável, e em parte já se faz nos acordos de ajustamento de conduta no âmbito dos inquéritos civis. Ora, se isto é a solução adequada, buscada mesmo pelos interessados, por que não ter isso como ideal numa demanda judicial. Pode ser a solução acordada, mas pode também ser a solução decretada pelo juiz ou pelo Tribunal.
> Ora, a impossibilidade econômica – isto é, a escassez – pode ser transitória ou temporária. Muitas vezes a impossibilidade econômica existe porque não houve previsão orçamentária no ano em curso, mas podem bem haver no ano seguinte. Neste caso, é perfeitamente possível dizer que é impossível aqui e agora conceder certa pretensão, mas será perfeitamente possível concedê-la no futuro próximo e imediato. Para tais casos, seria aceitável que a decisão consistisse em exigir um novo programa, com prazos, investimentos e mudanças que se adeqúem à política.

No que é complementado por Tatiana Machado Alves (2019, p. 68-69):

> No processo cooperativo, a preocupação não é apenas com a repartição equânime das funções processuais entre juiz e partes, senão também se almeja uma integração na atuação deste atores, estabelecendo uma comunidade de trabalho no processo cuja finalidade (comum a todos os participantes) é a entrega da prestação jurisdicional de forma efetiva, tempestiva e adequada. Nesse contexto, de simples usuárias do sistema de justiça civil, as partes passam a efetivas colaboradoras que exercem um papel fundamental para o exercício da atividade jurisdicional.

Nesse ponto, tanto o rito procedimental quanto a própria forma de tutela jurisdicional poderão ser adequadas pelo órgão julgador conforme o caso concreto e com vistas ao objetivo de suprir o bem jurídico fundamental violado, podendo esta adaptação dar-se de forma típica ou atípica, variando conforme exista ou não regulamentação expressa na lei (REDONDO, 2017, p. 133).

Tais considerações encontram fundamento no artigo 20 da LINDB, o qual estabelece a vedação de que a decisão jurídica se apresente com justificativas genéricas e sem considerar as consequências concretas, de modo a produzir uma decisão mais equilibrada e sensata, sendo considerados os efeitos que irá produzir. Antes de pautar-se por argumentos ético-valorativos, a decisão deverá pautar-se

por argumentos de índole pragmático-consequencial (NOHARA; MOTTA, 2019, p. 31). O dispositivo não estabelece como nem com que efeitos devem ser consideradas as consequências práticas da decisão, apenas que sejam “consideradas” (ÁVILA, 2019c, p. 614).

O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisões baseadas em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 32). Conforme coloca Rafael Maffini, não se impede que o gestor público ou o controlador se valham do onipresente “interesse público” (ou suas derivações, como “bem comum”), mas o artigo 20 da LINDB inviabiliza que esse seja o fundamento único e descompromissado de suas decisões jurídicas, impondo-se que sejam exteriorizadas as razões pelas quais tal valor jurídico é incidente no caso concreto, bem como as repercussões práticas da noção abstrata, inclusive quanto às necessidades e adequação da medida imposta (DUQUE; RAMOS, 2019, p. 49-50).

Uma intepretação consequencialista pode ser compreendida como uma estratégia argumentativa por meio da qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do Direito conforme as consequências práticas que pretenda evitar ou promover, mesmo que ao custo de ignorar a estrutura normativa diretamente aplicável, os efeitos diretamente produzidos nos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais imediatamente aplicáveis no caso concreto (ÁVILA, 2019c, p. 619).

Esta concepção, todavia, não é aceitável, sob pena de subverter o planejamento social prévio que originou o Texto Constitucional e, por conseguinte, o ordenamento jurídico. O uso das consequências, como critério de decisão, deve ocorrer quando a indeterminação ou ambiguidade da norma jurídica admitir mais de uma solução possível, mas dentro dos limites traçados pela textura aberta. Nesse ponto, o artigo 20 da LINDB coloca que, dentre mais de uma solução possibilitada pelo ordenamento jurídico e pela norma jurídica, deverá ser proferida a decisão que gerar as melhores consequências (MAIA ALVES, 2019, p. 140).

Humberto Ávila (2019c, p. 614-615) enumera os seguintes aspectos pelos quais podem ser compreendidas as consequências de uma decisão. São eles:

> Material – consequências práticas em que sentido: como efeitos concretos ou abstratos; passados, presentes ou futuros; internos ou externos ao ordenamento jurídico; positivos ou negativos; primários ou secundários?
> Subjetivo – consequências práticas para quem, na visão de quem e por meio de quem; de alguns, da maioria ou de todos; do decisor, do administrador, do legislador ou do administrado?
> Temporal – consequências práticas quando: no momento da edição da medida, no momento da decisão e em outro momento, e avaliadas *ex ante* ou *ex post*?
> Quantitativo – consequências práticas em que medida ou com que peso: como elemento exclusivo, preponderante ou coadjuvante da decisão?
> Demonstrativo – consequências práticas aferidas como: por meio de exame de possibilidade, probabilidade (alta, média ou baixa) ou certeza, e a ser demonstrado por meio de que tipo de prova (documental, pericial, testemunhal) e a ser juntada ou apresentada quando (no início do processo, na sua fase instrutória, no seu final) e requerida ou apresentada por quem (pelas partes, pelo julgador)?
> Justificativo – consequências práticas com fundamento em que: no ordenamento jurídico (em quais normas, princípios ou regras, normas imediatamente aplicáveis ou mediatamente aplicáveis), na Ética, na Economia, na Política? Com valor funcional ou instrumental, e, neste caso, como meio de promoção de qual fim?

As questões acima ganham contornos mais concretos (e dramáticos) frente à crua realidade: conforme coloca Luciano Timm, qual a consequência de uma determinada decisão sobre um plano de saúde na cadeia de beneficiários do plano? Qual o impacto de uma decisão sobre o sistema de saúde como um todo e seu orçamento? Quanto vai custar um tratamento de saúde determinado pelo julgador? Como se fará a alocação orçamentária disso? O medicamento custará um valor X, mas qual é a consequência disso para o hospital ou unidade básica de saúde localizados na periferia (CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND, 2019, p. 83)?

Não há como simplesmente ignorar tais questionamentos.

O artigo 20 da LINDB, portanto, estabelece um racional decisório consequencialista às decisões principiológicas, obstando-se que julgadores e controladores simplesmente substituam gestores públicos sem que deem a devida atenção aos aspectos que seriam analisados e ponderados pela autoridade administrativa originalmente competente para a prática do ato. Segundo colocam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael de Véras Freitas (2019, p. 37), estabeleceu-se um devido processo legal decisório, amparado nos fatos e pelo qual os decisores deverão explicitar se:

> (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que

> será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predicadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.

Em tal contexto, o postulado da reserva do possível influencia certamente nas consequências práticas da decisão jurídica a ser tomada, podendo limitar temporalmente o trabalho do legislador e administrador em cumprirem as obrigações estabelecidas pela Constituição, por causa da escassez de recursos; não poderá, todavia, jamais desvinculá-los de suas tarefas (PEREIRA, 2014, p. 159).

Julgadores, controladores e gestores deverão estar atentos a isso, estabelecendo bases de cumprimento da decisão frente a essa realidade.

Ela delimita as consequências práticas da decisão jurídica a ser tomada, que não poderá ser simplesmente ao gosto e segundo os desejos do intérprete, mas seguir a dinâmica da realidade e das dificuldades vividas pelo campo de trabalho jurídico e do programa normativo que se desenvolveu a partir das diretrizes estabelecidas pelo ordenamento e conforme o contexto originado pelo prévio planejamento social. Não pode o julgador substituir todo este campo de trabalho e ambiente normativo, com base em uma finalidade que considere importante, por consequências estranhas a esta dinâmica (ÁVILA, 2019a, p. 62).

Nesse ponto, eventuais mudanças fáticas, notadamente em situações de crise, implicam a mudança do peso dos princípios conflitantes, findando-se por serem admitidas soluções não imagináveis em tempos de normalidade. Por exemplo, em tempos de crise econômico-financeira, admitem-se restrições aos direitos prestacionais que não seriam admissíveis em outro momento, o que não importa em desprestígio do Texto Constitucional e tampouco que ele deixe de estar em vigor (MIRANDA, 2019, p. 518-519).

Conforme assevera Carlos Blanco de Morais (2014, p. 83-84), embora refletindo sobre a dinâmica própria do ambiente sócio-político e do ordenamento constitucional português durante o período de “estado de emergência econômico-financeira”:

> Interpretar evolutivamente a Constituição é adequar o sentido da norma à realidade do tempo presente, ajustá-la ao seu “ambiente normativo” (onde o contexto da necessidade financeira assume uma importância central) e descobrir a sua relação objetiva de significado, tomando como base o seu

> programa interpretativo (o qual resulta de uma dialética entre texto, elemento lógico-sistemático, elemento histórico e elementos finalístico). Sendo, para os teóricos da unidade dogmática, perfeitamente claro o sentido do programa normativo haverá que concluir que também deveria ser o contexto em que a interpretação se realiza no tempo presente: e esse contexto é o da reforma do Estado Social e da *capitis diminutio* dos direitos sociais por imperativos financeiros, a qual é uma realidade incontornável desde a Holanda a Espanha, passando por Portugal.
> Pretender que o Tribunal Constitucional ignore o programa normativo e a realidade jurídica e política inerente ao "ambiente normativo" ao qual se aplica e incentivar o juiz-intérprete a retorcer o enunciado normativo, à medida das pré-compreensões jurídicas ou até ideológicas que subjazem aos defensores da unidade dogmática, equivalerá a um apelo disfarçado a uma ruptura constitucional cosmeticamente operada sob o austero manto da autoridade de um Tribunal Constitucional, investido na função de guardar a Lei Fundamental.

Não por acaso, esse tenso *dubium* conflitivo e dialógico deverá ser fundamentadamente exposto na decisão jurídica a ser tomada; a própria aplicação do postulado da reserva do possível, como modo de aplicação *per se* de regras e de princípios abstratos, deverá ser fundamentadamente exposta, vide os artigos 2º a 4º do Decreto Federal n. 9.830/2019[107], referido diretamente pelo artigo 8º, § 2º, do mesmo diploma regulamentar.

---

[107] Decreto Federal n. 9.830, de 10 de junho de 2019: Motivação e decisão: Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. § 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa. § 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram. § 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão. Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos: Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração. § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.
§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade. Motivação e decisão na invalidação: Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas. § 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação. § 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. § 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. § 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado: I - restringir os efeitos da declaração; ou, II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido. § 5º A modulação dos efeitos da

Conforme coloca Marçal Justen Filho (2018, p. 29):

> A previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. (...) o valor em sua dimensão abstrata comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada.
> A previsão dos efeitos práticos da solução adotada é indispensável para verificar a compatibilidade entre a dita decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato.
> Em outras palavras, o processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão.

A dinâmica da realidade não se sobrepõe ao dever de cumprimento das finalidades constitucionais. O postulado da reserva do possível não exime gestores, legisladores, julgadores e controladores desse mister; apenas permite que o Texto Constitucional se cumpra pela forma institucionalmente adequada e menos custosa.

5.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Ao apresentar duas temáticas aparentemente díspares – uma concernente à teoria do Direito e outra concernente à específica dogmática do direito público, ainda que no âmbito do que poderia ser tratado como sua “teoria geral” – o presente capítulo objetivou exprimir as significativas modificações proporcionadas pela Lei Federal n. 13.655/2018 e como poderiam e deveriam ser manejadas na prática jurídica, especialmente quanto ao tortuoso campo da efetividade dos direitos prestacionais.

Com efeito, em reconhecendo anteriormente este estudo a teoria da reserva do possível como uma circunstância fática delimitadora no curso do processo argumentativo de tomada da decisão jurídica durante a etapa de construção dos enunciados fáticos constituintes da premissa menor, é de rigor concluir que, com a introdução do artigo 22, notadamente em seu *caput* e § 1º, do Decreto-lei n. 4.657/1942, conferiu-se assento normativo à mesma.

---

decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

Não se trata aqui de uma mera formalidade ou de mudança sem maiores consequências: antes tida como uma circunstância fática deveras relevante, mas sujeita ao processo intelectual empreendido pelo intérprete autêntico, seja o julgador ou demais órgãos de controle, seja o gestor público, podendo ser simplesmente afastada dispensando-se de mui intensos ônus argumentativos para tanto, tornou-se a reserva do possível norma estruturante de interpretação e de aplicação da incidência de regras e de princípios de direito público que não pode ser ignorada – sob pena de nulidade ou anulabilidade da decisão – e que deve ser correta e adequadamente aplicada – sob pena de reforma e/ou rescindibilidade da decisão. A reserva do possível tornou-se instrumento tecnológico que pode ser minimizado, mas não afastado, do campo de trabalho ou programa normativo pelo qual transitam os agentes do sistema.

A questão que se apresenta efetivamente reside em saber qual a tipificação normativa adequada a conferir-se à reserva do possível, oportunidade em que, em atenção aos estudos empreendidos por Humberto Ávila sobre as normas jurídicas e de inegáveis méritos metodológicos, pode ser enquadrada como postulado normativo aplicativo específico, estruturando a interpretação e a aplicação de regras e de princípios envolvendo não apenas a efetividade de direitos sociais, mas todas as demandas individuais e coletivas que versem sobre uma prestação positiva (envolvendo ou não direitos fundamentais) exigível junto à Administração Pública.

A categorização como postulados normativos aplicativos específicos ou condicionais dá-se porque claramente influenciam na compreensão concreta do Direito frente à casuística do caso sob análise, tendo como elementos de sua incidência a observância da necessidade de análise das dificuldades (fáticas e jurídicas) reais do gestor e das diretrizes estabelecidas pelas políticas públicas cujo cumprimento se busca, conforme expressa e inarredável previsão do artigo 22 da LINDB.

A forma de relação entre esses elementos variará conforme o tipo de conflito a ser dirimido: se o conflito dar-se entre regras jurídicas (por exemplo, conflito entre a regra de dever específico de lotação de defensores públicos na comarca para fins de efetivação da política pública de assistência judiciária gratuita e a regra de garantia da inamovibilidade dos defensores públicos), a forma de

relacionamento se dará *a priori* mediante interpretação e aplicação sistemáticas com os postulados da ponderação e da razoabilidade, reconhecendo-se pela "derrotabilidade" de uma das regras em conflito, pela declaração de invalidade da regra prestacional individual pleiteada por conta de absoluta impossibilidade de seu objeto ou pelo reconhecimento de uma exceção que conste do enunciado normativo.

Por outro lado, em caso de conflito entre princípios (por exemplo, direito fundamental à saúde frente ao da legalidade orçamentária), a forma de relacionamento se dará *a priori* mediante interpretação e aplicação sistemáticas com os postulados da ponderação e da proporcionalidade, sopesando os princípios que possam resguardar o mínimo de eficácia ao direito fundamental cuja tutela se pleiteia na espécie. Sem a necessidade de declaração de sua invalidade, o direito fundamental poderá ceder casuisticamente frente à absoluta impossibilidade jurídico-institucional para aquele momento.

O relacionamento junto a regras e princípios ordinariamente postos como superadores do até então "argumento" da reserva do possível – notadamente os princípios constitucionais da proteção ao mínimo existencial e da vedação ao retrocesso – necessita ser repensado: em reconhecendo-se sua natureza de postulado, cabe concluir que a reserva do possível passa a estruturar a interpretação e aplicação dos mesmos em face de outras espécies normativas colidentes.

Não se trata mais de ser pura e simplesmente afastada em uma operação simplória de subsunção ou de ponderação despidas do adequado exercício do ônus argumentativo: a reserva do possível impõe não apenas ao julgador como a todos os sujeitos envolvidos no conflito jurídico que exponham, argumentem e impugnem todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que dificultem o exercício da atividade administrativa.

Não se trata igualmente de sobrepor o postulado da reserva do possível em seus diversos aspectos (financeiros, técnicos, lógicos, institucionais, políticos e jurídicos) frente ao direito subjetivo fundamental cuja tutela se requer: ela sempre será observada pelo intérprete, estabelecendo os parâmetros pelos quais se definirá e até que grau poderá ser buscada a finalidade estabelecida pelo princípio e se poderá ser integralmente ou não aplicável a regra junto ao caso concreto.

Operações de interpretação de afastamento sumário e despido da devida fundamentação estão sujeitas a um controle ou juízo de censura objetivos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

As implicações da incidência da reserva do possível como espécie normativa inarredável da prática jurídica impõem igualmente repensar a forma de exercício da tutela jurisdicional: frente a um ordenamento jurídico-processual que preconiza uma postura de cooperação entre o Poder Judiciário e as partes em conflito (Estado/gestor público, órgãos de controle e cidadãos jurisdicionados), tanto o rito procedimental quanto a forma de tutela jurisdicional podem ser adequados, de modo a permitir o suprimento do bem jurídico violado.

A questão que se apresenta é a obrigatoriedade de que o intérprete observe o âmbito normativo ou ponto de vista interno no qual se insere o caso jurídico então sob análise: se as condições fático-jurídico encontram-se ou não em circunstâncias de normalidade que permitam a censura da ação ou omissão estatal, se o gestor público encontra-se descumprindo as diretrizes da política pública pela qual deve zelar e cujo cumprimento se encontra a seu cargo e, reconhecida esta responsabilidade pública, se as dificuldades reais que obstariam o devido cumprimento dessas finalidades encontram o devido suporte fático no campo de trabalho ou programa normativo na espécie.

É um terreno novo e que ainda cabe frutificar em um campo de trabalho permeado por vícios de argumentação e de postura difíceis de superar. Mas que não pode ser ignorado frente a um progressivo contexto de escassez de recursos cujo papel de gerenciamento cabe inequivocamente ao Estado como produto do prévio planejamento social formulado pela comunidade. Deve ser compreendido e superado.

CONCLUSÃO

Todo trabalho acadêmico é um pretenso caminhar que busca sobretudo refletir ao final as ambições de seu autor. Compõe-se de avanços e de recuos e nem sempre certas premissas ou metodologias inicialmente imaginadas e adotadas seguirão durante seu percurso, podendo ser guardadas para outros momentos ou estudos ou simplesmente abandonadas vez que inviáveis. Importa que determinados pontos de partida cuja resposta se busca se reflitam na linha de chegada, seja encontrando suas respostas, seja formando por si novos pontos de partidas, de modo a responder novas perguntas, pretendendo-se não poucas vezes que o estudo empreendido limite-se a ser o mais completo possível para aquele momento.

Buscou-se entender e trabalhar com o conceito de limite na atividade estatal, inicialmente centrando-se na atuação do Poder Judiciário, quando se verificou ser imprescindível que fosse estendida a todo o espectro das atividades públicas – administrativas, legislativas e jurisdicionais. É equivocado pensar que a discricionariedade seja um tema exclusivo do direito público-administrativo ou do direito processual civil – melhor considerá-la como um conceito da teoria do Direito relativamente à teoria da decisão ou da interpretação jurídica – vez que seus conceitos e perplexidades se refletem em todo empreendimento intelectual interpretativo que se reflita na aplicação do Direito. Discordâncias metodológicas ou quiçá científicas à parte, a dogmática jurídica necessita ser compreendida de forma sistemática de modo que alcance o rigor científico tantas vezes almejado e por vezes olvidado frente à necessidade de defrontar-se com a casuística dos conflitos humanos.

Por outro lado, este estudo amparou-se deliberadamente na metodologia positivista e sob esta posição (sim, ideológica) expôs seus conceitos e definições, malgrado tenha feito referência a contribuições técnicas características do moralismo jurídico (notadamente a espécie normativa dos princípios), reconhecendo-se seus méritos, mas não aderindo a seus preceitos essenciais.

Nesse ponto, frente às premissas básicas do positivismo jurídico – o Direito como produto de fontes sociais e separado ou separável da moralidade – seja de matriz hermenêutica ou hartiana, seja de matriz normativista ou kelseniana,

enfatizou sua opção de que qualquer ponto de partida do intérprete autêntico deverá ser a partir do texto normativo ou da fonte do Direito devidamente autorizada, nem mais nem menos. Uma opção de pesquisa não indene a críticas, mas consciente frente ao intento de limitar várias possibilidades da dogmática jurídica analítica que reputamos ilegítimas e optando por delimitar-lhes contornos realistas e institucionais, jamais idealistas ou não mais que utópicos.

Por outro lado, a remissão às construções teóricas de Scott J. Shapiro e de Humberto Ávila, malgrado seus inegáveis méritos, deve ser compreendida como uma opção circunstancial e contingente; apresentaram-se como as mais adequadas para este momento e para os fins deste estudo: a concepção de Shapiro acerca do Direito como atividade compartilhada e resultado de prévio planejamento em contexto de progressiva complexificação social, observando-se o contexto em sua concretização mediante o grau de credibilidade e de confiança outorgado aos agentes do sistema, é uma construção teórica deveras atraente, na medida em que consubstancia uma adequada argumentação a justificar a ideia das fontes sociais do Direito e, por conseguinte, a identificação da densidade normativa que se pode extrair das fontes formais primárias do Direito – o texto legislativo dotado de autoridade *a priori*.

A concepção teórica de Ávila igualmente tem méritos substanciais, vez que, centrando seus estudos na interpretação e aplicação do Direito, conferiu tipicidade normativa e assento dogmático a técnicas adjudicatórias tradicionalmente manejadas e que bem se adequaram como espécies normativas nominadas pelo autor como postulados. Não se trata de uma ideia indene a reparos – bem colocados na falta de uma abordagem mais firme da relação entre texto normativo e norma jurídica e um exagerado empoderamento da figura do intérprete autêntico – mas satisfatória para os objetivos deste trabalho.

À vista destas considerações e ao longo dos capítulos expostos, procurou este estudo pautar-se por três premissas que o alimentaram e o motivaram, “linha de chegada” a que se alcançou e cuja resposta se ambiciona responder ou propiciar. São elas: (i) limite e limitações; (ii) realidade e (iii) responsabilidade.

Relativamente a esta primeira premissa, a liberdade adjudicatória dos intérpretes autênticos dos ordenamentos jurídicos é um dado político-institucional e social incontornável da modernidade. A complexificação da vida social refletiu e

reflete-se a todo instante nas estruturas político-representativas que, não se sentindo aptas ou não desejando assumir tal ônus, optaram pela resolução dos anseios e dos conflitos da comunidade mediante a edição de documentos genéricos, deliberadamente imprecisos e estabelecendo que a pacificação social se dê conforme a casuística dos conflitos apresentados junto a julgadores e oficiais do sistema aplicadores do Direito institucionalmente autorizados (advogados públicos e privados, defensores públicos, membros do Ministério Público, árbitros, conciliadores e mediadores, gestores públicos).

A técnica pela qual se optou por viabilizar a liberdade do aplicador do Direito consiste na incrementação ou agravamento de uma característica desde o início presente nos enunciados normativos como espécies de enunciados linguísticos: a textura aberta (*open texture*) do texto normativo legislado ou da fonte do Direito institucionalmente autorizada, por onde se pode identificar uma área ou zona clara do enunciado normativo incontornável ao intérprete (*core of meaning*), mas sempre se pode verificar uma área ou zona de penumbra aberta à conformação e à contemplação das “coisas do mundo”, cabendo ao intérprete autêntico buscá-las no curso da atividade intelectual interpretativa concretizadora que resultará na norma jurídica. A textura aberta se materializa em figuras tanto de nomenclatura diversa (conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, etc.) quanto de efeitos e de consequências similares – instituem e quiçá estendem e aprofundam o campo de liberdade interpretativa do aplicador do Direito institucionalmente autorizado a dirimir conflito que lhe é posto.

A liberdade adjudicatória do aplicador do Direito é uma decorrência da dinâmica do desenvolvimento do tecido social e instituída no curso do prévio planejamento social que instituiu e constrói continuamente o ordenamento jurídico. Em fundando-se em fatores extrajurídicos (histórico-políticos e filosóficos) que levaram à institucionalização e juridificação da sociedade, estabeleceu-se *ab initio* sua liberdade interpretativa inescapável frente ao caráter indeterminado das normas jurídicas. A extensão desta liberdade, podendo alcançar até mesmo sentidos não imediatamente abarcáveis pela textura aberta do texto normativo, denota a discricionariedade jurídica em seus diversos aspectos e sentidos.

O grau e a extensão da liberdade concedida ao aplicador do Direito definem a identificação ou não de discricionariedade jurídica, a qual reside desde lidar com

conflitos aos quais não se apresentam desde uma solução jurídica clara ou imediatamente aplicável a questões em que simplesmente não há qualquer solução assentada especificamente no texto normativo legislado – respectivamente, os sentidos “fraco” e “forte” de discricionariedade aludidos por Ronald Dworkin. Não necessariamente a solução em si de tais conflitos, mas a sua forma de tratamento, isto é, o desenvolvimento de tais questões encontra-se previsto pela ordem jurídica como decorrência da atividade intelectual interpretativa que se outorgou aos aplicadores do Direito institucionalmente autorizados. Em sendo uma construção jurídica tremendamente maleável vez que sujeita aos subjetivismos do intérprete, a discricionariedade pode degradar-se em arbitrariedades (caso de legisladores, gestores públicos e demais oficiais autorizados do sistema) ou em ativismo judicial substantivo generalizado (“Juristocracia”).

Ora, não se vislumbram apenas por si limites estruturais à incidência e às possibilidades da liberdade adjudicatória, salvo os decorrentes dos (por vezes) simplórios enunciados semânticos do texto normativo. De fato, não cabe ao intérprete extrair sentidos de onde simplesmente não é possível (“plenamente” em vez de “parcialmente”, “exclusivamente” em vez de “exemplificativamente”), mas é forçoso colocar que, frente à área ou zona clara que se ponha, seus limites terminam aí. Não há limites ontológicos à discricionariedade jurídica; urge que seja conformada e condicionada por limitações.

Limitações estas que são construções igualmente jurídicas, necessariamente externas e devem ser buscadas pela análise do conjunto institucional do ordenamento jurídico sob os parâmetros do planejamento social que o originou e lhe rege a dinâmica, seguindo-se os critérios e técnicas oriundos da teoria do Direito. A liberdade adjudicatória dos aplicadores do Direito institucionalmente autorizados é um fato inarredável e paralelo à construção do ordenamento jurídico; a discricionariedade decorre dessa construção e as limitações que lhe são postas o são pelo ordenamento, constrangendo o intérprete autêntico de forma institucionalizada e não se limitando a confiar tão somente em seu bom senso e em uma postura de autocontenção, olvidando a falibilidade da natureza e da experiência humanas.

O ordenamento se desenvolve sob uma concepção de que, em sendo inevitável a ocorrência de patologias durante o processo de tomada de decisões

jurídicas, esse risco deve ser reduzido ao mínimo aceitável, aspirando-se a uma resposta jurídica correta ou adequada ou, ao menos, algo aproximado desse anseio. Sob o prima de uma concepção de justiça procedimental imperfeita ou impura, a certeza da adoção da resposta certa é uma utopia, antes se buscando uma resposta que propicie pacificação social, conforme justas expectativas, satisfação as partes em conflito e seja aceita pela sociedade destinatária do Direito.

Relativamente à premissa da realidade, a dinâmica social se pauta e se orienta pela tensão entre a escassez de recursos de toda ordem (financeiros, técnicos, lógicos, político-institucionais, jurídicos) disponíveis aos membros de qualquer comunidade e a necessidade do atendimento de infinitas necessidades humanas. É de rigor reconhecer acerca da impossibilidade ontológica de que todos tenham direito a infinitas possibilidades e variedades de recursos, levando ao necessário entendimento de que todos tenham direito a determinado montante e variedade de recursos conforme as possibilidades comunitárias e de forma razoável. Busca-se o “possível”, não o ideal em uma sociedade.

Esta tensão é um fato das relações e dos conflitos sociais e perpassa o prévio planejamento social que constrói a ordem jurídica. A escassez se reflete em falta ou em impossibilidade de recursos e suscita sua atenção não apenas durante o curso desta construção, mas igualmente durante seu desenvolvimento. A regra é a escassez, não a abundância de recursos.

O Direito – entendido aqui como ordenamento jurídico ou direito positivo – é não apenas construído e compreendido sob esse prisma, mas igualmente se desenvolve (interpretação e aplicação) sob essa ótica: tal qual a concepção de Estado, a escassez de recursos estabelece não os limites de atuação do Direito, mas as suas efetivas possibilidades, sob pena de comprometer sua própria eficácia, sendo de rigor que sempre considere a escassez de recursos em todas as suas facetas, o que deve ser tido e reconhecido igualmente por julgadores, intérpretes autorizados e demais agentes do sistema como um todo.

Estabelecidos seus limites, identifica-se o campo pelo qual se pode demandar a efetiva atuação estatal, pelo qual se pode buscar no Direito e por meio do Direito o cumprimento das finalidades estabelecidas pelo prévio planejamento social, criando e aplicando os complexos normativos, institutos e pressupostos

requeridos para um exercício efetivo dos direitos fundamentais, delimitando as fronteiras inderrogáveis de seu conteúdo mínimo.

O quadro acima traz à tona a premissa de responsabilidade. Frente a um quadro de empoderamento do intérprete autêntico e tendo o dever de compreender o quadro de escassez de recursos ao qual não pode restar indiferente, o resultado de sua atividade adjudicatória não apenas concretiza a norma jurídica, mas, ao dirimir o conflito imediato cuja pacificação não foi encontrada na edição do enunciado normativo legislado, confunde-se com a compreensão do que é o Direito. Não mais importa tanto saber o que o Direito seja, mas que seja cumprido, efetivando-se e materializando-se nos diversos dramas da vida real.

Empoderado, o aplicador do Direito institucionalmente autorizado tem suas responsabilidades incrementadas, sendo de rigor que se estabeleçam constrangimentos a esta atividade, restringindo e não aumentando o âmbito de subjetivismo inerente a todo empreendimento intelectual interpretativo, falho por ser naturalmente humano.

A teoria da reserva do possível, antes uma circunstância fática delimitadora e presente desde o planejamento social prévio, insere-se naturalmente no seio da ordem jurídica, fazendo parte mesmo da concepção do Direito e estabelecendo-lhe as possibilidades concretizadoras, integrante do ponto de vista e/ou programa normativo e/ou campo de trabalho por que perpassam, interagem e dialogam todos os agentes do sistema. Encontrou assento natural na seara dos direitos fundamentais sociais no sentido de busca da efetividade das prestações estatais positivas, sendo que sua origem na práxis e seus sentidos são extraídos do manejo no campo de trabalho próprio a estas demandas e no âmbito normativo que as abarca.

A fragilidade desta condição – exposta ao longo deste estudo – sempre residiu em sua inadequada posição no processo argumentativo racional de tomada de decisões jurídicas: antes de ser apresentada como delimitadora prévia do enunciado fático (premissa menor) a conformar e limitar a aplicabilidade imediatamente posterior dos enunciados normativos – regras ou princípios – e que não poderia ser em tese ignorada, via-se colocada em um falso confronto com estas espécies normativas e afastada não poucas vezes por “argumentos de autoridade”

lastreados em valores abstratos ou em meros lampejos emocionais, quando na verdade compunha um quadro fático que simplesmente não é possível olvidar.

Como tutelar direitos em não havendo dinheiro (limites financeiros), em não havendo tecnologia disponível (limites técnicos), em sendo impossível (limites lógicos), em não se podendo captar e selecionar arbitrariamente e de forma legítima os anseios sociais (limites políticos) e em não se podendo descumprir a legislação aplicável (limites jurídicos)? Em havendo uma obrigação jurídica impossível, como cumpri-la? O resultado se apresenta em decisões jurídicas que mal disfarçam sua natureza de “apelos morais” que só têm eficácia pelo caráter autoritativo dos pronunciamentos do emissor intérprete autêntico.

Não se trata de quadro patológico que possa ser imputado exclusivamente ao julgador: a remissão falaciosa ao argumento da “reserva do possível”, desprovido da exposição fundamentada e racional de elementos probatórios que permita à relação dialógica formalizada em processos jurisdicionais ou administrativos construir adequadamente o complexo quadro fático sobre o qual se debruçam conflitos jurídicos desta espécie, degenera a relação eminentemente institucional em um diálogo inconsequente, em que há apenas emissão vazia de assertivas carentes de suporte fático, não se compartilhando em verdade fatos e argumentos que contribuam para a efetiva tutela da ordem jurídica; há tese e antítese apenas, nunca se chegando a uma síntese. Uma prática tortuosa e torturante na seara do ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, introduzido a partir da vigência da Lei Federal n. 13.655/2018, alterou substancialmente este quadro ao conferir tipicidade normativa à reserva do possível. Não se trata de aqui de impor um preceito de “primazia à realidade” nas considerações dos agentes do sistema, mas de compreender que, em permeada essa mesma realidade pela escassez de recursos materializada em dificuldades “reais” fáticas e jurídicas do gestor e não se olvidando a necessidade sistêmica de dar cumprimento à ordem jurídica observando-se as diretrizes das políticas públicas, a interpretação e aplicação das regras e princípios de direito público resta condicionada pelos ditames entendidos e materializados do agora postulado normativo aplicativo específico da reserva do possível, espécie normativa com o devido assento no texto legislado dotado de autoridade *a priori* e não mais como

elemento probatório ou circunstância fática que poderia ser simplesmente ignorada conforme o gosto e os anseios ideológicos do aplicador do Direito sem os mesmos ônus argumentativos.

Sua observância se impõe não apenas ao julgador, mas a todos os sujeitos participantes do conflito sob análise: demandantes devem ter ciência das dificuldades reais do sistema e pleitear e colaborar frente a esta realidade; gestores devem expor adequadamente seu quadro de dificuldades; julgadores devem preservar a mínima eficácia do direito pleiteado tutelando o mínimo incontornável e exigível, moldando a efetividade da tutela jurisdicional a este contexto.

Como postulado, a reserva do possível insere-se em dois planos no empreendimento intelectual adjudicatório: se, por um lado, não pode ser ignorado tanto na construção dos enunciados fáticos prévios (premissa menor) por sua evidente natureza calcada na realidade, quanto se impõe como enunciado normativo a delimitar a aplicabilidade do direito subjetivo materializado em regras e princípios (premissa maior), por outro, incide nas limitações jurídicas externas a incidir sobre o juízo de discricionariedade exercido pelo aplicador do Direito.

A segurança jurídica – em si, um postulado normativo hermenêutico – impõe a observância pelos aplicadores do Direito das diretrizes e da cultura que norteiam o campo de trabalho ou programa normativo em que operam, configurando o ponto de vista interno dos agentes do sistema e implicando a tomada de uma postura que imponha a observância do quadro fático e dos enunciados normativos devida e fundamentadamente expostos pelos sujeitos do conflito – qual seja, o âmbito normativo em suas diversas facetas, sob pena de quebra das “justas expectativas” previsíveis conforme os conflitos que se apresentem, isto é, acerca dos resultados que a dinâmica do campo jurídico propicia, institucionalizando as expectativas sociais. Reduz-se o grau de liberdade dos aplicadores do Direito frente a expectativas que não podem inconsequentemente quebrar e, por conseguinte, restringe-se a discricionariedade jurídica.

Nesse ponto, ao conceber-se como postulado normativo, a reserva do possível insere-se como parte do material de trabalho que não pode ser ignorado ou dispensado sem efetivos ônus argumentativos pelos aplicadores do Direito. Já não poderia ser antes da vigência da Lei Federal n. 13.655/2018 – a inserção no

campo de trabalho poderia ser realizada na construção do quadro fático no processo argumentativo de tomada da decisão jurídica, seja na aplicabilidade de regras como causa de nulidade por impossibilidade de objeto ou como razão substancial para sua “derrotabilidade”, seja na aplicabilidade de princípios como delimitadora da submáxima de adequação na incidência do postulado da proporcionalidade de modo a preservar a eficácia mínima do direito pleiteado – mas seu assento no texto normativo legislado finda por torná-la inderrogável como ponto de partida do empreendimento intelectual do aplicador do Direito institucionalmente autorizado.

O prévio planejamento social sob a ótica da escassez de recursos molda de igual maneira o regime de economia de confiança do ordenamento jurídico a outorgar autoridade, credibilidade e liberdade aos intérpretes autênticos do Direito e demais oficiais do sistema conforme a escassez se revele progressivamente aguda e segundo a realidade regida pelo plano-mestre (no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Texto Constitucional) e pelos respectivos planos derivativos por onde se concretiza a norma jurídica. A escassez de recursos e seu tensa relação dialógica com o atendimento das necessidades humanas abarcadas pelo planejamento é um dado inarredável do exercício da liberdade adjudicatória do aplicador do Direito institucionalmente autorizado e, por conseguinte, da discricionariedade jurídica, notadamente no plano derivativo dos direitos prestacionais.

Tomando-se como parâmetro do regime de economia de confiança o crédito público de autoridade e de credibilidade outorgado ao Poder Judiciário pelo papel institucional que lhe é reservado por conta da garantia fundamental de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, Constituição da República), o grau de extensão da liberdade adjudicatória do aplicador do Direito, ou seja, da discricionariedade jurídica dada aos agentes do sistema (julgadores, gestores, legisladores, entre outros) será aferida conforme o grau de liberdade e de credibilidade que se conceda ao Poder Judiciário.

Explique-se: em sendo maior o crédito de confiança concedido ao julgador para intervir na área abarcada pelo planejamento jurídico, isto é, em determinado campo de incidência de regras e de princípios de direito público e conforme a casuística do conflito se apresente, serão menores a necessidade de consideração

de escassez de recursos (e de dificuldades reais) na tomada da decisão judicial e de deferência às deliberações de gestores públicos e dos demais agentes do sistema; em sentido inverso, em sendo menor o crédito de confiança concedido ao julgador, será maior a necessidade de consideração de escassez de recursos e das dificuldades reais do gestor e de deferência às deliberações de gestores públicos e dos demais agentes do sistema. Não há considerações apriorísticas e regras secundárias de julgamento aplicáveis uniformemente neste campo: a tomada da decisão jurídica deverá aferir-se conforme o contexto e desenvolver-se conforme o regime de confiança identificado pelo conflito.

A identificação do contexto pelo qual pode ser aferido o regime de economia de confiança é um dado objetivamente controlável e apresenta-se como um ônus argumentativo imposto não apenas ao julgador, mas igualmente a todos os sujeitos do conflito e aos agentes do sistema que interajam no seio do planejamento (plano-mestre ou o respectivo plano derivativo) abarcador. Enquanto participantes e contribuintes do processo de construção argumentativa anterior à tomada da decisão jurídica, julgadores, agentes do sistema e destinatários das decisões aceitam e se submetem aos ditames do ordenamento jurídico.

O postulado da reserva do possível interage com a garantia do devido processo legal no sentido de que, no curso do seguimento de atos e de etapas predeterminadas legislativamente e que conformam os pontos de tensão inevitável inerentes ao conflito e ao processo de tomada da decisão jurídica, a arguição dos elementos probatórios construtores das hipóteses de incidência da espécie normativa e a invocação formal e justificada racionalmente de sua expressa inserção nas discussões empreendidas para dirimir o *dubium* conflitivo, propicia a participação dos cidadãos (ou a sensação do exercício dessa prerrogativa) que lhes permita conhecimento e quiçá impugnação dos fatos e argumentos porventura colocados, de modo que a dinâmica do processo da decisão a ser tomada permita a adesão, quando não inconteste, conformada da comunidade, amortecendo eventuais tensões sociais.

Por outro lado, a garantia do devido processo legal estabelece balizas jurídicas precisas para aferir e censurar o grau de extensão, controlando a liberdade adjudicatória no manejo (in)adequado do postulado da reserva do possível. Em tornando possível identificar as técnicas e métodos que regeram o juízo de

discricionariedade jurídica pelo intérprete autêntico, identifica e censura situações de excesso e de arbitrariedade, delimitando fronteiras as quais, uma vez ultrapassadas, permitem objetivamente o controle de legalidade da decisão jurídica, notadamente quanto à absoluta desconsideração acerca das dificuldades reais do gestor, a principal patologia verificada na prática jurídica brasileira relativamente a este tema.

Relativamente ao dever de fundamentação das decisões jurídicas, tanto sob o aspecto do modo de produção ou de exteriorização (coerência ou legalidade externa) quanto mediante o uso das técnicas inerentes à atividade intelectual interpretativa de forma notadamente empírica de construção dos enunciados fáticos e normativos (coerência ou legalidade interna), a não invocação ou (in)adequado uso do postulado da reserva do possível permite estabelecer um meio objetivo de controle sobre o processo argumentativo de tomada de decisões: a falta de invocação ou a sua menção carente de quaisquer fundamentos permite a declaração de nulidade do ato decisório por *error in procedendo*; por outro lado, a invocação inadequada ou equivocada da espécie normativa permite a censura do mérito da decisão jurídica por *error in judicando*, permitindo-lhe a reforma ou rescindibilidade.

A gravidade deste controle se incrementa frente ao juízo de discricionariedade jurídica: em lidando essencialmente com um suporte material fático que se confronta e dialoga com a textura aberta da norma jurídica aplicável à casuística do conflito, qualquer liberdade adjudicatória que se reconheça ao aplicador do Direito não pode deixar de examinar os elementos fáticos à luz da hipóteses estabelecidas pelo artigo 22 da LINDB, delimitando a extensão da liberdade do aplicador do direito e traçando as fronteiras intransponíveis da discricionariedade.

A compreensão e aplicabilidade adequada da teoria da reserva do possível perpassa a mesma preocupação de que se devem (ou deveriam) nortear os aplicadores do Direito institucionalmente autorizados e oficiais do sistema que com eles conjugam no sentido de garantir a autoridade e eficácia do Direito enquanto dogmática ordenadora de conflitos e pacificadora de expectativas sociais. Para garantir esse papel – que está dado, mas não garantido – o Direito deve nascer de fontes sociais e deve conformar-se, respeitando parâmetros mínimos de respeito à

primazia do texto normativo legislado e à frágil tessitura da dureza dos conflitos humanos. Uma responsabilidade que não cabe apenas ao julgador – intérprete autêntico nos sistemas romano-germânicos – mas a todos os agentes do sistema que se proponham e aceitem participar da dinâmica da relação dialógica inerente ao *dubium* conflitivo.

Sua tipificação normativa como postulado normativo por meio do artigo 22 da LINDB, estruturando a interpretação e aplicação das regras e princípios de direito público, deve ser vista como uma reafirmação dessas certezas: é de rigor que todos os participantes de conflitos jurídicos envolvendo geralmente a demanda de prestações positivas junto ao Estado observem as dificuldades reais do gestor público conforme a casuística apresentada e as diretrizes das políticas públicas previamente estabelecidas pelo plano-mestre ou pelo respectivo plano derivativo. Não apenas mais um elemento fático no manejo de técnicas sufragadas pela ciência jurídica, mesmo que não pudesse ser ignorada por ter os pés firmemente fincados na realidade, a reserva do possível transmudou-se em matéria-prima primeva a partir da qual deve atuar o intérprete e da qual este não deve afastar-se.

Desde sempre um limite posto à liberdade adjudicatória dos aplicadores do Direito, vez que integrante inarredável do contexto de conflitos humanos sobre a escassez de recursos de toda ordem e objeto primeiro de pacificação pelo planejamento social da comunidade, a reserva do possível, agora alçada à condição de espécie normativa de postulado, apresenta-se como limitação construída e imposta sobre essa mesma liberdade. A construção do que se entenda como interpretação e aplicação do Direito não mais pode ignorá-la, configurando-se como um padrão objetivo de censura jurídica sobre a discricionariedade do intérprete, moldando e vedando seu uso desmesurado e inidôneo, seja sob a forma de ativismo judicial generalizado, seja sob a forma de arbitrariedades administrativas e legislativas.

Em não se tendo dúvida do que seja o Direito, urge compreender que este apenas se legitima enquanto exercente desse papel, enquanto correspondente à realidade hodierna, inderrogável e inafastável e indiferente a ideologias e aos desejos pessoais do aplicador institucionalmente autorizado. E isso implica compreender a forma como se materializa junto à sociedade que o origina e que lhe é destinatária, como é interpretado e aplicado efetivamente. Parafraseando um

grande (e controverso) pensador[108], os juristas têm interpretado diversas formas de transformar ou de aperfeiçoar o Direito; a questão, porém, é compreender como ele se interpreta e aplica.

[108] *"Os filósofos têm apenas interpretado o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é transformá-lo"* (Karl Marx, Teses sobre Feuerbach, primavera de 1845).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. O Ato Administrativo e a Decisão Judicial. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

_____, CARNIO, Henrique Gambellini, e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

_____. LEITE, George Salomão e ALMEIDA FILHO, Agassiz.**Ronald Dworkin – Direito, Política e Pessoa Humana**. Florianopólis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ABEL, Henrique. **Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial**. A Filosofia do Direito na encruzilhada do Constitucionalismo Contemporâneo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e de Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Revisão Técnica de Izabel Saenger Nuñez. **Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas**, Rio de Janeiro, p. 13-23, v. 265 (2014). E-ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/1192>. Acesso em: 22 mar. 2020. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v265.2014.18909.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. Humberto Ávila. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 46, n. 1 (2018). ISSN 2178-0498. Disponível em: < http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/45241>. Acesso em: 22 mar. 2020. doi: https://doi.org/10.14393/RFADIR-v46n1a2018-45241.

ALVES, Danielle Garcia e CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Direito à Saúde**. Por uma prestação ética do Estado. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento Processual no Novo CPC**. Mecanismos para gestão cooperativa da instrução. Salvador, Editora JusPodivm, 2019.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 7ª edição revista, modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____ e MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: **Direitos Fundamentais: Orçamento e "reserva do possível**. Org. Ingo Wolfgang

Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87-109.

AMAZONAS (Estado). Defensoria Pública do Estado do Amazonas. DPE-AM anuncia concurso para Defensores e a reabertura de inscrição para vagas de analista judiciário. **Defensoria Pública do Estado do Amazonas**. Manaus, 08 dez. 2017. Disponível em: http://www.defensoria.am.def.br/single-post/2017/12/08/DPE-AM-anuncia-concurso-para-Defensores-e-a-reabertura-de-inscri%C3%A7%C3%A3o-para-vagas-de-analista-judici%C3%A1rio Acesso em: 22 mar. 2020.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**. Propostas de Sistematização e Interpretação Conforme. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

ANDRÉA, Fernando de. **Robert Alexy – Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Gen Forense Universitária, 2013.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O Ativismo Judicial e seus Limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. **Direito das Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**. Práticas Sociais Reinvidicatórias e sua Efetivação. Curitiba: Juruá, 2013.

ASPIS, Mauro Eduardo Vichnevetsky. Quanto Vale uma Vida. STF se posiciona sobre fornecimento pela justiça de remédio sem registro na Anvisa. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 ag. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/stf-posiciona-fornecimento-remedios-registro. Acesso em 06 mar. 2020.

ASSIS, Luís Gustavo Bambini de. **Processo Legislativo e Orçamento Público**. Função de Controle do Parlamento. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, Liberdade e Interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019a.
_____. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2019b.
_____. T**eoria da Segurança Jurídica**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2019c.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. Contribuição ao Estudo do Tema da Judicialização da Política pela abordagem da análise comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALLAN JÚNIOR, Octahydes. **Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa**. Limites ao poder de decisão do administrador visando a

implementação de direitos fundamentais sociais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Direitos Fundamentais e Teoria Discursiva**. Dos Pressupostos teóricos às Limitações práticas. Salvador: JusPODIVM, 2018.
_____. **Nas Fronteiras da Argumentação**. A discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy. 2ª edição revista e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117.
_____. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**. Devido Procedimento na Elaboração Normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
_____. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2018.
_____. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BASTOS, Rodrigo Reis Ribeiro. **A Justificação Racional das Decisões Judiciais e Garantia da Democracia**. Rio de Janeiro, 2014.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**. Para uma Crítica do Constitucionalismo. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um Julgamento e quais são os Limites do Juiz?** Valores, Hermenêutica e Argumentação: Elementos para a Construção de uma Teoria da Decisão Judicial. São Paulo: Noeses, 2018.

BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e Justificação da Decisão Judicial:** A Argumentação Consequencialista como Fundamento de Validade da Justa Decisão. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

BITTENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

BIX, Brian H. **Jurisprudence: Theory and Context**. Seventh Edition. Durham – North Carolina – United States: Carolina Academic Press, 2015.

BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da Eficiência do Gasto Orçamentário**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão da tradução por Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de Direitos e Separação de Poderes**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª edição, atualizada (com apêndice a CF/8, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.12.2014). São Paulo: Malheiros, 2014.

BOROWSKI, Martin. Ponderação e Hierarquia. In: TOLEDO, Cláudia (org). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Gen Forense Universitária, 2017. P. 153-188.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 março de 2020.

BRASIL, **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 16 março de 2020.

BRASIL, **Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 14 de março de 2020.

BRASIL, **Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de Outubro de 1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 março de 2020.

BRASIL, **Lei Complementar Federal n. 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp95compilado.htm>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em: 06 de março de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 9.055, de 1º de Junho de 1995**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm>. Acesso em: 21 de março de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 9.494, de 10 de Setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 19 de março de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 13.146, de 06 de julho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 13.411, de 28 de dezembro de 2016**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-018/2016/Lei/L13411.htm>. Acesso em: 06 de março de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 13.431, de 04 de abril de 2017**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

BRASIL, **Lei Ordinária Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 11 de março de 2020.

BRASIL, **Resolução n. 17, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019.pdf>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo Interno da Suspensão de Liminar e de Sentença 2.240** – SP (2017/0011208-5), Alencar Santana Braga e outros (agravante) e Estado de São Paulo (agravado), julgado em 07 de junho de 2017. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700112085&dt_publicacao=20/06/2017>. Acesso em: 15 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 458245** – MS (2018/0167728-2), Arildo da Silva Costa (agravante) e Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (agravado), julgado em 11 de março de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801677282&dt_publicacao=11/03/2019>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 390912** – PR (2017/0047619-3), Anderson de Lara (agravante) e Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (agravado), julgado em 11 de dezembro de 2018. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700476193&dt_publicacao=04/02/2019>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1357358** – GO (2018/0228595-4), Elismar Bastos da Silva (recorrente) e Ministério Público do Estado de Goiás (recorrido), julgado em 08 de novembro de 2018. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802285954&dt_publicacao=30/11/2018>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 972163** – ES (2014/0224411-5), Paulo Sérgio Dobravolsk Costa (recorrente) e Ministério Público do Estado do Espírito Santo (recorrido), julgado em 20 de fevereiro de 2018. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602244115&dt_publicacao=28/02/2018>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 618167** – SE (2014/0313106-3), Edivaldo Abdias dos Santos (recorrente) e Ministério Público Federal (recorrido), julgado em 08 de fevereiro de 2018. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403131063&dt_publicacao=21/02/2018>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1614564** – MG (2019/0331157-6), Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis (agravante) e Eledir Maquilaina Tironi da Costa (agravado), julgado em 03 de fevereiro de 2020. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=104903920&num_registro=201903311576&data=20200205>. Acesso em: 1º de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 366847** – RJ (2016/0213099-0), Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (impetrante), Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (impetrado) e Ricardo Lucas Nunes de Oliveira (paciente), julgado em 27 de fevereiro de 2018. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602130990&dt_publicacao=05/03/2018>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 20729** – DF (2014/0000461-0), Eva Pereira da Silva (impetrante), Ministro da Cultura (impetrado) e Secretário de Fomento e Incentivo à Cultura do Ministério da Cultura (impetrado), julgado em 24 de junho de 2015. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1422602&num_registro=201400004610&data=20150701&formato=PDF>. Acesso em: 1º de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 493811** – SP (2002/0169619-5), Ministério Público do Estado de São Paulo (recorrente) e Município de Santos (recorrido), julgado em 11 de novembro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201696195&dt_publicacao=15/03/2004>. Acesso em: 16 março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 736524** – SP (2005/0044941-4), Ministério Público do Estado de São Paulo (recorrente) e Município de São Paulo (recorrido), julgado em 21 de março de 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500449414&dt_publicacao=03/04/2006>. Acesso em: 16 março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1041197** – RS (2008/0059830-7), Estado do Mato Grosso do Sul (recorrente) e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul (recorrido), julgado em 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800598307&dt_publicacao=16/09/2009>. Acesso em: 16 janeiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1188731** – RS (2010/0048628-4), Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (recorrente) e Estado do Rio Grande do Sul (recorrido), julgado em 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801379303&dt_publicacao=08/03/2012>. Acesso em: 07 de janeiro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1474857** – SC (2014/0198626-2), Ministério Público do Estado de Santa Catarina (recorrente) e M.D. (recorrido), julgado em 03 de agosto de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85822688&num_registro=201401986262&data=20180808>. Acesso em: 1º de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1680925** – RS (2017/015027-2), União (recorrente) e Ministério Público Federal (recorrido), julgado em 07 de novembro de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1653411&num_registro=201701500272&data=20171114&formato=PDF>. Acesso em: 1º de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**, Partido Ecológico Nacional (requerente), julgado em 07 de novembro de 2019. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (requerente) e Presidente da República (interessado), julgado em 07 de novembro de 2019. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 54,** Partido Comunista do Brasil (requerente) e Presidente da República (interessado), julgado em 07 de novembro de 2019. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta por Inconstitucionalidade 3356, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria** (requerente), Governador do Estado de Pernambuco (interessado) e Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco (interessado), julgado em 30 de novembro de 2017. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3356%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3356%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bzssuxk>. Acesso em: 21 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta por Inconstitucionalidade 3357, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria** (requerente), Governador do Estado do Rio Grande do Sul (interessado) e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (interessado), julgado em 30 de novembro de 2017. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3357%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3357%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l892q3r>. Acesso em: 21 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta por Inconstitucionalidade 3937, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria** (requerente), Governador do Estado de São Paulo (interessado) e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (interessado), julgado em 24 de agosto de 2017. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3357%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3357%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l892q3r>. Acesso em: 21 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta por Inconstitucionalidade 4277,** Procuradoria Geral da República (requerente), Presidente da República (interessado) e Congresso Nacional (interessado), julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+223%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+223%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aszoqna>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta por Inconstitucionalidade por Omissão 26**, Partido Popular Socialista (requerente) e Congresso Nacional (interessado), julgado em 13 de junho de 2019. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45,** Partido da Social Democracia Brasileiro (arguidor) e Presidente da República (arguido), julgado em 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24

%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae>. Acesso em: 07 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**, Partido Socialismo e Liberdade (arguidor), União e outros (interessados), julgado em 09 de setembro de 2015. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nh82k29>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Agravo Regimento em Recurso Especial 639337** – SP. Edilson Siqueira Varejão (impetrante) e Presidente da República (impetrado), julgado em 24 de fevereiro de 2017. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ARE&numero=639337&origem=AP>. Acesso em: 07 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimento em Mandado de Segurança 24883** – DF. Município de São Paulo (recorrente) e Ministério Público do Estado de São Paulo (recorrido), julgado em 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24883%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+24883%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybnm8gsl>. Acesso em: 1º de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 73662** – MG, Paulo Adhemar Prince Xavier e outros (impetrante), Márcio Luiz de Carvalho (paciente) e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (coator), julgado em 21 de maio de 1996. Disponível em:< http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+73662%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+73662%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmvqar8>. Acesso em: 19 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124306** – RJ, Jair Leite Pereira (impetrante), Edílson dos Santos e Rosimeire Aparecida Ferreira (pacientes), julgado em 09 de agosto de 2016. Disponível em:< http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+124306%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qx5dhoh>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143641** – SP, Defensoria Pública da União (impetrante), Juízes e Juízas das varas criminais estaduais e outros (impetrados) e Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças (paciente), julgado em 20 de fevereiro de 2018. Disponível

em:<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+143641%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4bdbkyd>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733.** Associação de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT (impetrante) e Congresso Nacional (impetrado), julgado em 13 de junho de 2019. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 22503.** – DF, Jandira Feghali e outros (impetrantes) e Sandra Meira Starling e outros (impetrados), julgado em 08 de maio de 1996. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+22503%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+22503%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d3s5vov>. Acesso em: 1º de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24831.** – DF, Pedro Jorge Simon e outros (impetrantes) e Presidente do Senado Federal e outros (impetrados), julgado em 22 de junho de 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24831%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+24831%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bp2js6x>. Acesso em: 1º de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 657718**. – MG, Defensoria Pública da União (agravante) e Estado de Minas Gerais e outros (agravados), julgado em 22 de maio de 2019. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+657718%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+657718%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b87lajf>. Acesso em: 06 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta por Inconstitucionalidade 223**. Partido Democrático Trabalhista (requerente) e Presidente da República (interessado), julgado em 05 de abril de 1990. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkxmaby>. Acesso em: 19 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta por Inconstitucionalidade 1753**. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (requerente) e Presidente da República (interessado), julgado em 16 de abril de 1998. Disponível em: <

http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1753%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1753%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bdfxu4u>. Acesso em: 22 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta por Inconstitucionalidade por Omissão 5.501.** Associação Médica Brasileira (requerente) e Presidente da República (interessado), julgado em 19 de maio de 2016. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5501%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5501%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ha4mrev>. Acesso em: 15 de março de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Coletiva n. 1013968-54.2019.4.01.3200.** Ministério Público Federal (requerente), Ministério Público do Estado do Amazonas (requerente), Ministério Público de Contas do Amazonas (requerente), Estado do Amazonas (requerido), União Federal (requerido), Fundação Universidade do Amazonas (requerido) e Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (requerido), instaurado em 14 de novembro de 2019.

BRATMAN, Michael E. *Planning agency, autonomous agency*. In: **Structure of agency: essays**. New York: Oxford University Press, 2007.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRUM, Francisco Valle. **Decisão Judicial**. Complexidade, Justificação e Controle. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, In: **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico** – Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

_____. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da Saúde**. A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A breve história do Positivismo Jurídico Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H.L.A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, v. 20, n. 1, p. 43-98, jan/abril. 2015. ISSN 2175-0491. Disponível em: < https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204>. Acesso em: 09 fevereiro, 2020. doi: http://dx.doi.org/10.14210/nej.v20n1.p307-327**.**

_____**. CUNHA, Mirlir. Muito além do plano:** objeções à visão de direito de Scott Shapiro. In: CONPEDI/ UNICURITIBA;

coordenadores: José Alcebíades de Oliveira Junior, Regina Lucia Teixeira Mendes, Maria Luisa Scaramella. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 356-379. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8386fa112ba70c3f>. Acesso em: 23 fev. 2020. doi: http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=142**.**

CALCIOLARI, Ricardo Pires. **Quem controla o controlador**? Polêmicas advindas da Lei 13.655/2018. Consultor Jurídico, São Paulo, 04 mai. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-04/ricardo-calciolari-polemicas-advindas-aprovacao-lei13655. Acesso em 06 set. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Gen Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo e BALERA, José Eduardo Ribeiro. Entre Posner, Rawls e Dworkin; o ato de julgar, a motivação e a resposta correta. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 43, vol. 277, p. 133-157, março 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina – Portugal, 2003.
_____. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
_____. MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lênio Luiz (coord. Cientifica); LEONCY, Léo Ferreira (coord. Executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. **Delimitação Judicial do Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

CARVALHAL, Ana Paula. Crise Econômica e Redução dos Salários em Portugal. Consultor Jurídico, São Paulo, 03 nov. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-03/observatorio-constitucional-crise-reducao-salarios-portugal. Acesso em 05 mai. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução de Heleno Taveira Torres e de Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017.

COLEMAN, Jules e LEITER, Brian. **Determinação, Objetividade e Solidariedade**. In: Direito e Interpretação – Coord. Andrei Marmor. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 303-418.

CORREA, Fábio Peixinho Gomes. **Governança Judicial**. São Paulo: Quartier Latins, 2012.

COSTA, Adriano Soares. **A Teoria dos Princípios de Humberto Ávila**. Adriano Soares da Costa. Publicado em 02 de fevereiro de 2011. Disponível: http://goo.gl/i33Qyv. Acesso em 22 de março de 2020.

_____. **Teoria da Incidência da Norma Jurídica**. Crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho. 2ª edição revista, corrigida e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova Teoria do Estado**. Estado, República, Constituição. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dever Constitucional de Fundamentar no Processo Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2019.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da, ISSA, Rafael Hamze, e SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DAHI, Robert E. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE CICCO, Cláudio e GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DE LAURENTIIS, Lucas Catib. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**. Origem, Modelos e Reconstrução Dogmática. São Paulo: Malheiros, 2017.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**. Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria dos Precedentes. 2ª edição revista e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na Obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. Vol. 2. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico.** Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.
_____. **Positivismo Jurídico.** Teoria da Validade e da Intepretação do Direito. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
_____. **Positivismo jurídico:** significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ JÚNIOR, José Caubi. **A Eficácia das Decisões Judiciais da Área da Saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

DROMI, Roberto. **Sistema Jurídico e Valores Administrativos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**.
Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito. 2ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2004.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos Econômicos à efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

DUQUE, Marcelo Schenk e RAMOS, Rafael. **Segurança Jurídica na Aplicação do Direito Público**. Comentários à Lei 13.655/2018. Salvador: JusPodivm, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.
_____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2014.
_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificativa do Direito e sua adequação social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. 1ª ed. São Paulo. 2002.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos para uma Teoria da Decisão Judicial**. Hermenêutica, Constituição e Respostas Corretas em Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FACHIN, Zulmar e SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

FARIA, Edmur Ferreira de. **Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. **Direito à Saúde e sua Judicialização**. Curitiba: Juruá, 2018.

FELLET, André. **Regras e Princípios, Valores e Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Orçamento Público e Separação de Poderes no Estado Constitucional Democrático Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

FIGUEIREDO, Herbeth Costa. **Saúde no Brasil**. Sistema Constitucional Assimétrico e as Interfaces com as Políticas Públicas. Curitiba: Juruá, 2015.

FONSECA, Rafael Campos Soares da. **O Orçamento Público e suas Emergências Programadas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

FROEHLICH, Charles Andrade. **O Positivismo Jurídico e a Diferenciação entre Direito e Moral**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**. Governar por Standards e Indicadores. Tradução de Mara Beatriz Krug. Revisão de Jânia Maria Lopes Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Vol. 1. 21ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2019.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**. Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRADVOHL, Michel André Bezerra Lima. **Direito Constitucional Financeiro**. Direitos Fundamentais e Orçamento Público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7ª edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
_____. WATANABE, Kazuo (coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2011.

GROPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Tradução da 8ª edição italiana por Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1968.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Apresentação de Heleno Taveira Torres. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAEBERLIN, Mártin. **Uma Teoria do Interesse Público**. Fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HART, H. L. A. O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. *In:* **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e de Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão Técnica de Ronaldo Porto Macedo Júnior e de Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Com um Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C.S. Duarte. Prefácio de Adriano Moreira. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. Supervisão de João Mendes de Almeida. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 24 Fev. 2020. doi: http.

_____. **Towards Juristocracy**. The origins and limits of the new constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOFFMANN JÚNIOR, Lírio e JOBIM, Marco Félix. A Justificação como elemento da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, vol. 274, p. 99-157, dezembro 2017.

HOLANDA, Portal do. **Em Manaus, MP e MPF mandam governo assumir direção do Hospital Francisca Mendes.** Portal do Holanda, Manaus, publicado em 14 nov. 2017. Disponível *in*: https://www.portaldoholanda.com.br/noticia-hoje/em-manaus-

mp-e-mpf-mandam-governo-assumir-direcao-do-hospital-francisca-mendes. Acesso em 28 de março de 2020.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**. Por que a liberdade depende de impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

HOWLETT, Michael, RAMESH, M. e PERL, Anthony. **Políticas Públicas**. Seus Ciclos e Subsistemas: uma Abordagem Integral. Tradução técnica de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>. Acesso em: 08 Fev. 2020. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma Teoria da Decisão Judicial: Fundamentação, Legitimidade e Justiça**. Salvador: JudPODIVM, 2017.

JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>. Acesso em: 08 Fev. 2020. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2012.

KLATT, Matthias. Argumentação Jurídica e Devido Processo Legal. *In:* TOLEDO, Cláudia (org). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Gen Forense Universitária, 2017, p. 51-77.

KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o Positivismo Jurídico**. Textura Aberta do Direito e Discricionariedade Judicial. Curitiba: Juruá, 2014.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**. Limites do Controle judicial no âmbito dos Interesses Difusos. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LAMEGO, José. **Elementos de Metodologia Jurídica**. Coimbra: Almedina, 2018.

LAVORATTI, Anna Claudia. **O Estado de Exceção em face da Emergência Econômico-financeira**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

LAZARI, Rafael de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial:** A pretensão de eficácia da Norma Constitucional em face da Realidade. 2ª edição revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na Democracia Contemporânea**. Uma Perspectiva Procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à Saúde**. Efetividade Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. Curitiba: Juruá, 2014.

LEITE, George Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**. Do Ativismo Judicial ao Diálogo Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2017.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEITE, Marcelo. **O conto do Fosfo.** Folha de São Paulo, São Paulo, 10 abr. 2017.

LEITE, Vanessa Gomes. **Saúde em Juízo**. O excesso do Judiciário e a escassez dos leitos de UTI no Estado do Ceará. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

LIMA, Fernando Rister de Souza e BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Separação dos Poderes na Modernidade**. Uma releitura sistêmica. Curitiba: Juruá, 2018.
_____. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2018.
_____. **Simbolismo da Atuação do STF em Direito à Saúde**. Curitiba: Juruá, 2017.

LIMA, Flávio Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política**. Ativismo e Autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Vinícius de Melo. **Teoria Hermenêutica da Responsabilidade Decisória**. Direitos Sociais entre Ativismo Judicial e Decisão Jurídica Democrática. Curitiba: Juruá, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 173-193.

LOPES, João Batista. Reflexões sobre a Discricionariedade Judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, vol. 274, p. 79-97, dezembro 2017.

LOPES, Karina Nathércia Souza. **Princípio da Proporcionalidade**. Questionamentos sobre sua Consistência e Riscos do Uso Retórico do Supremo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o século XX**. Tradução de Luca Lamberti. Revisão da tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. HART**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão técnica de Carla Henriete Bevilácqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAIA ALVES, Francisco Sérgio. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, Rio de Janeiro, p. 113-144, set/dez. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 08 Fev. 2020. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80832.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência. Soluções processuais diante do Tempo da Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMOR, Andrei. As Constituições são legítimas? Tradução de José Guilherme Giacomuzzi. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 83-128, jan/jun. 2011. E-ISSN 2317-2150. Disponível em: < http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2147>. Acesso em: 07 março de 2020. doi: http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.83-128.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Véras. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**. Lei da Segurança para a Inovação Jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MASSUCATO, Arthur Leão. **Discricionariedades Legislativas em Direitos Fundamentais**. Dissertação de Mestrado. 2018, 106p. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAURER, Hartmut. **Direito do Estado**. Fundamentos, Órgãos Constitucionais, Funções Estatais. 6ª edição alemã, revisada e complementada. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2018.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. A intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARX, Karl. **Teses sobre Feuerbach**. Edições Avante. Publicado em 15 de janeiro de 2003. Disponível: https://www.marxists.org/portugues/marx/1845/tesfeuer.htm. Acesso em 26 de março de 2020.

MAZZA, Willame Parente. **Estado e Constituição**. Crise Financeira, Política Fiscal e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. Revista e atualizada. EC n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.
_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Validade. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8ª edição revista e atualizada por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e Reserva do Possível.** Curitiba: Juruá, 2015.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio. Fortunato. **Aceitação e Objetividade**. Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação Jurídica e Criação Judicial do Direito**. De Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

MIRANDA, Felipe Arady. **Direitos Fundamentais em Tempos de Crise Econômico-financeira**. O retrocesso social como garantia de efetividade dos direitos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Validade, Nulidade, Anulabilidade. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 3 d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As Crises do Constitucionalismo Social em Tempos de "Exceção Financeira"**. Brasília: Instituto de Direito Público – IDP, 2020. Duração de 1h29min59s. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=1E7mH9TCXlk. Acesso em 05 maio 2020.
_____. **Curso de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2018.
_____. De novo a querela da "unidade dogmática" entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de "exceção financeira". **e-Pública**, Lisboa , v. 1, n. 3, p. 59-85, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000300005&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 05 maio 2020.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MOREIRA, Aline da Matta. **Restrições em torno da Reserva do Possível**. Uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 17ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Dr. Gildo Rios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MOTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**. Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
_____. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica.** Salvador: JusPODIVM, 2017.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da Decisão Judicial**. A elaboração da Motivação e a Formação do Precedente. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
_____. **O Novo Paradigma do Direito**. Introdução à Teoria e Metódica Estruturantes. Vários tradutores. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal, In: **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise** – Coord. José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva. Lisboa: Almedina, 2011, p. 11-59.

NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos Direitos Fundamentais Sociais no Contexto de Crise do Estado de Bem Estar Social**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Comentários à Lei da Segurança Jurídica e Eficiência**. Lei nº. 13.655, de 15.04.2018. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Hermenêutica e Novos Parâmetros ao Direito Público. Curitiba: Juruá, 2018.
_____. MOTTA, Fabrício. **LINDB no Direito Público**. Lei 13.655/2018. Coleção Soluções de Direito Administrativo. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
_____. **O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
_____. **Neoconstitucionalismo versus Democracia**. Um Olhar Positivista. Curitiba: Juruá, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra editora, 2003.

OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito.** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 328-329.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. **Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3 ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. Tradução de Ivone C. Benedetti. Revisão Técnica de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. **Teoria dos Princípios e Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas**. O Problema da Legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Lei que alterou a LINDB criou balizas para a segurança jurídica dos atos e decisões. Consultor Jurídico, São Paulo, 03 mai. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/leonardo-peixoto-lindb-criou-balizas-seguranca-juridica. Acesso em 06 set. 2018.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **Reserva do Possível**: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2014.
_____ e GIOVANNI, Ana Elisa P. P. Giovanini. Responsabilidade Patrimonial do Estado: reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal? **Caderno de Dereito Atual**, n. 7, p. 205-220, 2017. Disponível em <http://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/224>. acesso em 21 ag. 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões Judiciais**. O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de Legalidade**. Métodos para o Amplo Controle da Discricionariedade Administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H.L.A. Hart**. Dissertação de Mestrado. 2011, 123p. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Políticas Públicas nas Leis Orçamentárias**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia**. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIRES, Luís Manoel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde**. Regime Jurídico, Políticas Públicas e Controle Judicial. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 396/2011.** Processo 72/2011. Tribunais e Ministério Público, julgado em 21 de setembro de 2011. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/3036937/details/maximized>. Acesso em: 06 de Maio de 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 353/2012.** Processo 40/2012. Tribunais e Ministério Público, julgado em 05 de julho de 2012. Disponível em: < https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/179500/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>. Acesso em: 06 de Maio de 2020.

PREVEDELLO, Alexandre. **Teoria da Derrotabilidade**. As exceções não previstas nas regras jurídicas. Curitiba: Juruá, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em prática social. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 107, p. 43-98, jan.-jul./dez. 2013. E-ISSN 2359-5736. Disponível em: < https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v107p43>. Acesso em: 09 fev. 2020. doi: 10.9732/P.0034-7191.2013v107p43**.**

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais**. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
_____. **Direitos Fundamentais Sociais**. Funções, âmbito, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
_____. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetro Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Luiz Felipe Rosa. **Por trás dos Casos Difíceis**. Dogmática Jurídica e a Proibição da Denegação de Justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito Financeiro Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial:** características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3ª edição. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica de Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REDONDO, Bruno Garcia**. Adequação do Procedimento pelo Juiz**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A Revisão do Princípio da Separação dos Poderes**. Por uma Teoria da Comunicação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

RIBEIRO, Felipe. **Discricionariedade Técnica**. A Administração Pública sob a influência das normas técnicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Efetivação de Políticas Públicas:** uma questão orçamentária, In: Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. Org. José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.087-1.110.

RIBEIRO BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

RISSI, Rosmar. **Teoria do Mínimo Existencial**. Direitos Fundamentais Sociais e Democracia. Curitiba: Juruá, 2017.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRIGUES, Rui Martinho, RODRIGUES, Carlos Roberto Martins, SILVA, Maria Josefina, ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt de. **A (i)legitimidade das Políticas Públicas**. A República entre a igualdade e a especificidade. São Paulo: Malheiros, 2015.

RODRIGUEZ, Marco Antônio Vasquez. **Hermenêutica e Decisão Judicial**. Curitiba: Juruá, 2017.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. A teoria do direito de Herbert Hart: uma análise de O Conceito de Direito dirigida ao estudante de direito, In: **O positivismo jurídico no século XXI** – Coord. Bruno Torrano e José Emílio Medauar Ommati. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 3-33.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROUX, Theunis. **The Politics of Principles: The First South African Constitutional Court, 1995-2005**. Cambridge Studies in Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2013.

SAAD, Amauri Feres. **Regime Jurídico das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Saúde e Judiciário**. A atuação judicial: Limites, Excessos e Remédio. Curitiba: Juruá, 2016.

SACHS, Albie. **Vida e Direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul Tourinho Leal. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTANA, Fabrício de Oliveira. **Direitos Fundamentais Sociais**. Tipologia e Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. O **Pós-positivismo Jurídico e a Normatividade dos Princípios**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **Por uma Teoria da Decisão Judicial:** a Crítica Hermenêutica do Direito como Blindagem ao Protagonismo Judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana.** Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
_____. NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional.** Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Verba Juris**, Paraíba, ano 4, n. 4, p. 79-104, jan./dez. 2005. ISSN 1678-183X. Disponível em: < http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814/8375>. Acesso em: 05 jan 2018. doi: file:///C:/Users/Alfaia/AppData/Local/Temp/14814-23957-1-PB.pdf.

SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais**. A crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Remessa Necessária n. 00007317720138250063.** Maria de Lourdes Lima Tavares (autor) e Município de Própria (réu). Julgado em 20 de agosto de 2019. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747993522/remessa-necessaria-civel-7317720138250063/inteiro-teor-747993542?ref=juris-tabs). Acesso em 1º de março de 2020.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. 2ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.
_____. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
_____. **O mundo de Kelsen**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. Volume 1: Reserva do Possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010.

SHAKESPEARE, William. **A tragédia de Hamlet, príncipe da Dinamarca**. Traduzido por Bruna Beber. Ilustrações de Edward Gordon. São Paulo: Ubu Editora, 2019.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
_____. **Legalidad**. Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. **Fundamentação como Forma Democrática de Controle das Decisões Judiciais**. Revista de Processo. São Paulo, ano 43, vol. 276, p. 21-43, fevereiro 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros.
_____. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e Solidariedade em Tempos de Crise, In: **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise** – Coord. José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011, p. 61-91.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. **A Racionalidade das Decisões Judiciais à luz dos Princípios da Publicidade e da Fundamentação**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Jurisdição Constitucional Política**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Arthur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRAPAZZON, Carlos Luiz e TRAMONTINA, Robinson. Direitos Fundamentais Sociais nas Cortes Constitucionais: o caso *Grootboom* – Tradução e Comentários. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Editora Unoesc, vol. 17 (2016), n. 1, p. 285-330, jan/abr. 2016. E-ISSN 2179-797943, Disponível em:<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/10347>. Acesso em: 04 março de 2020.doi: http://dx.doi.org/10.18593/ejjl.v17i1.10347.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5ª edição revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRUCHINNER, Noel. **Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. 2005, 191p. Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
_____. **Uma simples verdade**. O Juiz e a Construção dos Fatos. Tradução de Vitor Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

TAXI, Ricardo Araújo Dib. **A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

TELLA, María Jose Falcon y. **Lições de Teoria Geral do Direito**. Tradução da 4ª edição espanhola. Tradução de Claudia de Miranda Avena e de Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TESSARI, Cláudio. **Os Poderes do Juiz de adaptação de procedimentos processuais no âmbito do CPC/15 como uma forma de preservar os direitos fundamentais das partes**. Revista de Processo, São Paulo, ano 43, vol. 278, p. 55-70, abril 2018.

THAMAY, Renan Faria Krüger e JÚNIOR, Vanderlei Garcia. **Decisão Judicial**. São Paulo: Almedina, 2020.

TIBÚRCIO, Antônio Augusto. I**nterpretação das Decisões Judiciais**. Particularidades, Critérios e Instrumentos. Salvador: JusPODIVM, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil:** ensaios sobre o mercado, a reprivatizarão do direito civil e a privatização do direito público. 2008. EBOOK 2ª ed. Disponível em: http//:amazon.com. Acessado em:06 de abril de 2020.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**. Entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.
_____. **Democracia e Respeito à Lei**. Entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
_____. **Pragmatismo no Direito**. E a urgência de um "pós-pós-positivismo no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018a.
_____. OMMATI, José Emílio Medauar (org.). **O Positivismo Jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018b.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**. Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti

(org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-82.
_____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e Decisão Judicial**. Elementos para a compreensão de uma resposta adequada. Salvador: JusPODIVM, 2018.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**. Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. Teoria Geral do Direito, Neoconstitucionalismo e Técnicas Judiciais. Curitiba: Juruá, 2017.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. 2ª ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

VIARO, Felipe Albertini Nano. **Judicialização**. Análise Doutrinária e Verificação no Cenário Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**. Uma leitura da Jurisprudência do STF. 2ª edição colaboração de Flávia Scabin e Marina Feferbaum. São Paulo: Malheiros, 2017.

VIOLA, Ricardo Rocha. **Teoria da Decisão Judicial**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

WACKS, Raymond. **Philosophy of Law**. A very short introduction. London: Oxford University Press, 2014.

WALDRON, Jeremy. Planning for Legality. **Michigan Law Review**, v. 109, issue 6 (2011) p. 883. Disponível em: < https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1143&context=mlr. Acesso em: 24 fev. 2020.

WARAT, Luís Alberto (com a colaboração de Leonel Severo Rocha). **O Direito e sua Linguagem**. 2ª versão. 2ª edição aumentada. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão Judicial e Estabilização Social**. Legitimação pelo procedimento da sociedade complexa. Curitiba: Juruá, 2017.

XAVIER, Felipe Rodrigues. **Interpretação e Aplicação do Direito nos Positivismos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** Ciência Política. Tradução de António Franco e de António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANEXO – Quantidade de Demandas de Judicialização de Saúde propostas pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas no Ano de 2018 a Fevereiro de 2020

QUADRO RESUMO - 2018	
TOTAL MEDICAMENTOS	89
TOTAL EXAMES	89
TOTAL CIRURGIAS	62
HEMODIALISE	40
OUTROS	78
TOTAL GERAL	**358**

QUADRO RESUMO - 2019	
TOTAL MEDICAMENTOS	58
TOTAL EXAMES	126
TOTAL CIRURGIAS	67
HEMODIALISE E SIMILARES	17
OUTROS	105
TOTAL GERAL	**373**

QUADRO RESUMO – 2020	
TOTAL MEDICAMENTOS	14
TOTAL EXAMES	41
TOTAL CIRURGIAS	10
HEMODIALISE E SIMILARES	17
OUTROS	10
TOTAL GERAL (até fevereiro de 2020)	**92**