



Centro Universitário de Brasília - CEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito / Curso de Bacharelado em Relações Internacionais

CRISTINA DE RESENDE ALVES

A RESERVA DO POSSÍVEL EM SEUS PRESSUPOSTOS

CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS:

a visão distorcida da tese no Brasil e suas causas

BRASÍLIA
2022

CRISTINA DE RESENDE ALVES

**A RESERVA DO POSSÍVEL EM SEUS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS E
PROCESSUAIS: a visão distorcida da tese no Brasil e suas causas**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Orientadora: Professora Mariana Barbosa Cirne

**BRASÍLIA
2022**

CRISTINA DE RESENDE ALVES

**A RESERVA DO POSSÍVEL EM SEUS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS E
PROCESSUAIS: a visão distorcida da tese no Brasil e suas causas**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Orientadora: Professora Mariana Barbosa Cirne

BRASÍLIA, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

A RESERVA DO POSSÍVEL EM SEUS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS: a visão distorcida da tese no Brasil e suas causas

Cristina de Resende Alves

Resumo:

Este artigo é sobre o instituto da “reserva do possível” quanto aos seus pressupostos e sua aplicação na Alemanha, com o intuito de verificar as condições de aplicabilidade no Brasil. Reflete sobre os limites razoáveis de pretensão do indivíduo para com as prestações positivas do Estado. Observa aspectos constitucionais e processuais, de conteúdo e forma, bem como a estrutura garantidora dos direitos fundamentais nos dois países. Compara pontualmente os órgãos de defesa das respectivas constituições, o Tribunal Constitucional Federal alemão e o Supremo Tribunal Federal, o alcance da vinculação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ao texto constitucional e conclui pela inaplicabilidade da tese no Brasil por incompatibilidade jurídico-cultural com os critérios de sua concepção.

Palavras-chave (obrigatório): Constituição; Reserva do possível; poderes da federação; Tribunal Constitucional Federal (TFC) e Supremo Tribunal Federal (STF); direitos e garantias fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A Teoria Constitucional da Democracia Participativa¹ defende que a Constituição é o caminho mais seguro para a concretização do Estado de Direito. A compreensão que a legalidade técnica e a legitimidade formal das leis não implica na manutenção dos princípios e ideais expressos no texto constitucional, cabendo aos participantes daquela democracia o papel de titular efetivo do poder que emana do povo, leva a questionar a adequação de determinados institutos arguidos e aplicados no Brasil. Este trabalho aborda uma tese do Direito Alemão², a Reserva do Possível, que nasce em bases constitucionais muito distintas da Constituição Brasileira de 1988 e cujo contexto estipula os critérios justos para a sua aplicação.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001.

² ALEMANHA, Tribunal Federal Constitucional, BVerFGE 33, 303 (Numerus Clausus). In: MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005, p. 656 a 667.

Esta pesquisa pretende estudar quais são os pressupostos, dentre os critérios constitucionais e processuais, que permitem a aplicação da reserva do possível de forma adequada aos princípios que levaram à criação desta tese. Isso é importante porque se observa ampla utilização de argumento a título de reserva do possível em ações judiciais no Brasil³. A utilização repetida do nome da tese como defesa da negligência estatal quanto aos direitos fundamentais e sociais leva o tema a merecer maior atenção.

A inspiração para a pesquisa se deu por uma frustração quando buscando informações pertinentes a este enfoque. A busca sobre o tema entre artigos científicos dos últimos cinco anos⁴, revela dois temas principais nos focos de abordagem: se há legalidade frente aos valores da Constituição Federal⁵ e, mais especificamente, a sua relação recorrente em processos para demandar ao Estado acesso à saúde⁶. Muito da literatura encontrada defende o uso da tese no Brasil conforme atualmente assumida: mais do que discutir a reserva do possível em sua natureza, opta por caracterizar essa perspectiva formalista de custo e restrição orçamentária⁷ como justificativa plena para a não aplicação das garantias constitucionais, afinal, o sujeito individual não seria responsabilidade do Estado, independentemente do que esteja escrito na Constituição Federal.

Diante desse contexto, o principal desafio é traduzir a natureza da reserva do possível, em especial sobre os limites do Estado Social tanto no campo positivo quanto no campo negativo de prestação de serviços. Para isso, a primeira parte do trabalho abordará o julgado que levou ao seu desenvolvimento, trazendo alguns pontos da discussão relevantes para o foco da possibilidade de aplicação no Brasil, seguido de uma análise de julgados que

³ O acesso aos sistemas de pesquisa online dos tribunais utilizando “reserva do possível” na barra de busca retorna o resultado de 68 Acórdãos e 1290 Decisões monocráticas no STF; 164 Acórdãos e 5536 Decisões monocráticas no STJ; 6 Acórdãos e 140 Decisões monocráticas no TST; e 3068 documentos categorizados entre “Acórdãos - Turmas Recursais, Acórdãos - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), Jurisprudência em Temas, Acórdãos e Informativos de Jurisprudência” no TJDFT, para citar alguns tribunais. Estes números foram pesquisados nos respectivos sites dos tribunais citados em 17 de junho de 2022.

⁴ Os portais de artigos mais pesquisados foram os portais da CAPES, o Google Acadêmico e o Repositório Institucional do CEUB.

⁵ Um exemplo é o artigo de PORTELLA, André Alves; MACIEL, Leonardo Fernandes Puridade. Reserva do Possível e Inclusão Social. Escassez dos recursos orçamentários e critérios de escolha dos Direitos Sociais a efetivar, à luz da crítica do valor. Rio de Janeiro: *Revista Juris Poiesis*. Vol.23 - n° 31, pg.297-322, 2020.

⁶ Cito, como exemplo, OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. *Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro: o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde*. Revista Pensamento Jurídico, 2018.

⁷ É possível encontrar argumentos opostos para justificar a ausência da obrigação estatal de cumprir com as ações garantidoras do direito, desde arguir que os direitos fundamentais são coletivos e que, portanto, não poderiam gerar obrigações individuais (DUGUIT, Leon, 1924, *apud* GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005) até a relativização do conceito de “dever” e “obrigação” para limitar a ação a situações pontuais, atentos apenas à forma e não ao conteúdo do direito fundamental (KELSEN, Hans, 1934, *apud* GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

pleiteavam este argumento até o STF, dentro de um intervalo de tempo delimitado para permitir um recorte efetivo.

Após introduzir o que é o instituto da Reserva do Possível, pretende-se abordar como os dois países discutidos tratam a questão da constitucionalidade e da vinculação dos poderes à Constituição, seguido de o quanto o Poder Judiciário é autorizado a interferir direta ou indiretamente na resolução de conflitos, especialmente na omissão dos preceitos constitucionais.

A linha de raciocínio usada foi dedutiva, tendo como corrente teórica-metodológica a base sociológica, pois não é possível tal análise sem considerar aspectos pontuais inerentes à cultura e ao pensamento peculiar de cada país. O estudo se pauta em pesquisa do tipo aplicada, de cunho qualitativo, e se vale dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e de pesquisa documental, estas com foco no entendimento do STF sobre o tema. O objetivo foi explicar o instituto para com isso questionar os critérios que fazem desta tese uma fonte de manutenção de direitos na Alemanha, uma vez que o tema da Reserva do Possível é frequentemente arguido no Brasil sob o ponto de vista do seu uso para a negação de direitos fundamentais, tanto por quem considera isso uma inevitabilidade como por quem percebe essa manobra como uma inconstitucionalidade indevidamente tolerada.

2 A RESERVA DO POSSÍVEL ⁸

A tese da Reserva do Possível (*Vorbehalt des Möglichen*) surge em um julgamento em 1972 a respeito do acesso às Universidades de Hamburgo e Munique⁹. Foram motivos diferentes que levaram os dois casos ao julgamento pelo primeiro Senado do Tribunal Federal Constitucional (TFC)¹⁰: em Munique, a legislação de acesso priorizava os nativos; em

⁸ ALEMANHA, Tribunal Federal Constitucional, BVerFGE 33, 303 (Numerus Clausus). In: MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005, p. 656 a 667.

⁹ ALEMANHA, Tribunal Federal Constitucional, BVerFGE 33, 303 (Numerus Clausus). In: MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005, p. 656 a 667.

¹⁰ O TFC, mais do que um tribunal, é um “Órgão Constitucional”, composto de duas casas (chamadas “Senados”) de oito juízes cada, com áreas temáticas distintas para deliberar. Enquanto o Primeiro Senado trata de direitos fundamentais, o Segundo Senado delibera sobre organização estatal (embora tenha assumido também temas como direito de asilo político, dos estrangeiros e de cidadania). O Pleno é convocado em caso de jurisprudência divergente entre os Senados e a admissibilidade das Reclamações Constitucionais é decidida por “câmaras” de três juízes, formadas periodicamente em um sistema próprio.

Hamburgo havia previsão expressa de 60% das vagas oferecidas para acesso por qualificação na prova (equivalente ao vestibular no Brasil) e 40% oferecidas pelo ano de nascimento, priorizando aqueles que prestaram serviço militar ou serviço civil equivalente¹¹. A limitação das vagas em Hamburgo, com a destinação de 40% das vagas para acesso diverso ao exame objetivo de ingresso, é o ponto relevante desta discussão.

Dentre os princípios constitucionais alemães está a garantia de escolha da profissão e do local de estudo¹², desde que o candidato se mostre apto e qualificado. A liberdade de escolha, de acordo com o texto deste julgado, visa coibir a possibilidade de segregação, permitindo que mesmo os cidadãos socialmente carentes possam acessar os cursos e professores que desejam, desde que consigam comprovar sua qualificação por meio das avaliações de admissão. O Estado Social, para fazer valer os princípios de sua Lei Fundamental, não poderia admitir a exclusão de vantagens que pudesse implicar em direcionamento profissional indevido ao cidadão, desrespeitando especificamente o artigo 12 da Lei Fundamental.

A Lei Fundamental, em si, não criou detalhadamente os direitos e as normas, mas instituiu um órgão responsável pelo estudo e deliberação do que se adequa à supremacia de seus princípios¹³. O Tribunal Federal Constitucional (TFC) é “Órgão Constitucional” instalado em 1951 a partir das disposições da Lei Fundamental promulgada em Bonn em 1949¹⁴. As competências gerais do TCF¹⁵ estão dispostas no artigo 93 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), consistindo no conteúdo do controle abstrato das normas e da reclamação constitucional, bem como da verificação do cabimento de normas do direito internacional público no ordenamento interno, da aplicabilidade ou qualificação de regras existentes antes da Lei Fundamental.

Os efeitos das decisões do TFC são vinculantes e assentados na supremacia absoluta do texto constitucional. Para manter o equilíbrio entre os poderes, a ação do tribunal é inteiramente dependente de provocação. Não existe iniciativa do TFC para iniciar qualquer

¹¹ MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005, p. 657

¹² O referido artigo da Grundgesetz, na tradução de Assis Mendonça, dispõe: “Artigo 12 GG [Liberdade de escolha da profissão] 1- Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.”

¹³ MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹⁵ O conteúdo sobre a estrutura e funcionamento do TFC foi extraído do texto da Grundgesetz e da coletânea de julgados selecionados por Jürgen Schwabe, organizado no livro em português por MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

tipo de controle. Uma vez que o juízo de admissibilidade é utilizado como filtro para limitar também efeitos políticos e seu corpo de magistrados usa de moderação no uso do poder, mesmo que imunes a possíveis processos políticos e independentes por força de Lei, a baliza do poder está na limitação à reação e ao controle¹⁶.

Portanto, este é um caso de controle concreto de constitucionalidade provocado pela incompatibilidade entre a lei universitária e a Lei Fundamental (*Grundgesetz*). Adianta-se que o resultado do julgamento decidiu pela validade dos dispositivos particulares da universidade de Hamburgo para admissão, desde que cumpridos os pressupostos constitucionais para garantias de igualdade de oportunidade de acesso, equilibrando assim o interesse social, os direitos fundamentais e a independência funcional das universidades, mas também foi determinado que o meio utilizado para fazê-lo em Hamburgo naquela ocasião era defeituoso por não demonstrar o exaurimento das capacidade do ensino e nem o planejamento para ampliação das vagas segundo prazos pré-estabelecidos. Este resultado revelou-se por meio de uma sequência de questionamentos implícitos sobre a natureza do Estado Social e explícitos quanto aos limites e critérios das obrigações do Estado com o cidadão.

A definição de Christine Langenfeld é que “*a função mais importante dos direitos fundamentais é a limitação do poder estatal*”¹⁷, ecoando os princípios das constituições centradas nos direitos de primeira geração, mas sem excluir do debate o papel do Estado e de seus princípios, e os limites de poder ou dever garantias ao indivíduo. Na Alemanha, os direitos de defesa contra interferência estatal são definidos como “*status negativus*” e, além deles, são igualmente fundamentais direitos definidos como “*status positivus*” que implicam em titularidade, com proteção e procedimentos por parte do Estado para serem realizados, partindo da ação estatal como pressuposto do acesso igualitário ao Estado Social. Por fim, também se encontram entre os direitos fundamentais o direito de participação, “*direitus activus*”, que podem ser entendidos como direitos civis e são aplicados aos alemães apenas¹⁸.

¹⁶ MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005

¹⁷ “*Die wichtigste Funktion der Grundrechte ist die Begrenzung von Staatsgewalt*” em tradução livre. O texto “[Antworten zu den Funktionen der Grundrechte](#)” (“Respostas às funções dos direitos fundamentais” em tradução nossa) é encontrado em material disponibilizado pela Universidade de Göttingen, onde a juíza previamente lecionava, em material anotado por Sabine Reiff.

LANGENFELD, Christine. *Antworten zu den Funktionen der Grundrechte*, Göttingen, [201-]. Disponível em <https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/f8b38a2770faef6c67b59e505db223d3.pdf/Antworten%20zu%20den%20Funktionen%20der%20Grundrechte.pdf>. Acesso em 10 jun 2022.

¹⁸ O art. 116 da Grundgesetz traz a definição de “alemão”, incluindo pessoas que possam ter perdido a nacionalidade “por motivos políticos, raciais ou religiosos, assim como os seus descendentes”, delimitando em tempo (“entre os dias 30 de janeiro de 1933 e 8 de maio de 1945”) o intervalo histórico de validade da perda da nacionalidade para ter direito de recuperar a nacionalidade alemã, a pedido.

É interessante ressaltar como a percepção das liberdades públicas no sistema brasileiro é diferente da estrutura explicada por Christine Langenfeld para o sistema alemão. Os direitos civis são caracterizados à parte do conjunto dos direitos de primeira geração, por exemplo. A discussão da Reserva do Possível concerne a linha dos critérios e limites das prestações positivas, o que, dentro da estrutura e da força vinculativa dos direitos fundamentais no texto constitucional alemão, representa a maximização do alcance e expansão da cobertura, dentro dos limites do possível, com enfoque na eficiência de uso dos recursos. Cabe aos poderes públicos a tarefa gerencial de priorizar corretamente de forma a cumprir suas respectivas funções com os recursos disponíveis.

Ao mesmo tempo que o núcleo do conceito dentro dos fundamentos priorizados na Alemanha orientam o resultado para o campo da inclusão e da defesa da dignidade da pessoa humana, os contornos traçados na abordagem brasileira, que tende a reduzir o valor direitos fundamentais ao custo e dificuldade de manutenção orçamentária¹⁹, versam sobre a discricionariedade estatal para encontrar o limite mínimo ao qual não é mais possível reduzir o questionamento do que é devido ao ser humano por seus valores naturais e intrínsecos²⁰. Existe o argumento de que o contexto da redemocratização alemã não aconteceu em escassez de recursos²¹, devido ao momento histórico em que estados engajados na guerra fria fizeram uso do contraste entre RFA e RDA²² (os dois Estados que resultaram da divisão territorial feita na Alemanha entre os Aliados após a Segunda Guerra Mundial), sob a bandeira do Plano Marshall de reconstrução da Europa²³, para atrair suporte ao campo capitalista; realidade diversa do Brasil, onde supostamente a valorização do indivíduo poderia arriscar a sobrevivência do conjunto social pela impossibilidade orçamentária de atender a todos.

A discussão no contexto brasileiro aprofunda-se no campo dos custos gerados pelas garantias sobre as prestações positivas, diferente do foco dentro do sistema alemão, onde justificar a igualdade de oportunidades aos cidadãos e a eficiência máxima na utilização dos recursos não impedem o debate para determinar qual seria o limite de ambição do indivíduo para a prestação do serviço em questão. Concentrando o foco nos valores financeiros

¹⁹ CRITSINELIS, Marco Falcão. A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Alemã e sua Transposição para o Direito Público Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 71, p. 122-136, jan./abr. 2017.

²⁰ Ibidem.

²¹ HOBSBAWM, Eric. *The Age of Extremes - 1914-1991*. Nova Iorque: First Vintage Books Edition, 1996.

²² Ao final da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida em dois grandes blocos: um sob a tutela da União Soviética, a República Democrática da Alemanha (RDA), e outro com as zonas divididas entre os Estados Unidos, a Inglaterra e a França, denominada República Federal da Alemanha (RFA).

²³ LASSANCE, Antonio. *Recuperação ou reconstrução econômica? As soluções do Brasil diante de uma crise sem igual e de soluções globais assimétricas*. Nota técnica do INESC. Set. 2020. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Lassance-Recupera%C3%A7%C3%A3oOuReconstru%C3%A7%C3%A3oEcon%C3%B4mica_Setembro-2020.pdf. Acesso em: 14 set. 2022.

produzidos e não na administração, logística e coordenação das prioridades versus o orçamento, o gerenciamento de recursos, essência da reserva do possível em seu estado original, é secundário. Sobre esta visão do tema, José Ricardo Cunha²⁴ disse que:

A promessa constitucional de garantia dos direitos fundamentais exige de modo claro e objetivo ações econômicas, políticas, administrativas e jurídicas de mudança da realidade para a realização daqueles direitos. Essa exigência se impõe a todos, mas principalmente ao Estado como condutor e indutor da ordem social. **Logo, não pode o Estado esconder-se atrás da realidade que deve enfrentar, sob pena de sumária inconstitucionalidade e perda de legitimidade.** (grifo nosso)

O argumento de Cunha contesta a falácia por trás do questionamento implícito que no Brasil há (in)capacidade estatal de realizar os princípios constitucionais de proteção e valorização humana. O tema é levado para o campo do absurdo utópico, da impossibilidade produtiva e orçamentária nacional²⁵. Virgílio Afonso da Silva²⁶, em artigo sobre a evolução dos direitos fundamentais, aponta que os direitos de primeira geração podem ser categorizados como direitos de defesa contra o Estado, incluindo liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de associação, de reunião e o direito de propriedade, além do direito à segurança e do direito à participação política. O autor também esclarece, citando as ideias de Alexy, que nem toda prestação do Estado caracteriza um direito de segunda geração, que são os direitos sociais e econômicos, e nem deve o Estado ser compelido a prestar tais serviços se o indivíduo possui capacidade econômica e meios para alcançar o resultado pretendido. Assim, os direitos ligados à liberdade contra a ingerência estatal pressupõem abstenção absoluta do Estado, enquanto os direitos de prestação, positivos, prescrevem apenas a capacidade estatal de realizar.

Marco Falcão Critsinelis²⁷ aborda (a partir de discussão sobre mínimo existencial) os parâmetros de análise para a reserva do possível na Alemanha e no Brasil com base no conceito da regra de *Maximin* na Teoria de Justiça Social de John Rawls. A regra de Maximin,

²⁴ CUNHA, José Ricardo. Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística ou sobre por que estamos diante de uma questão ética de primeira grandeza. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.118.

²⁵ Esse raciocínio não é sequer questionado. Como referência, não pela especificidade, mas pela casualidade com que a omissão à concretização dos direitos garantidos na CF são tratados no parlamento, pode-se analisar a entrevista da TV Senado com consultor político Paulo Kramer (YOUTUBE, *Entrevista com o consultor político Paulo Kramer*, TV SENADO, publicado na internet em 03 out. 2017. Tamanho do vídeo (21 '48 ``). <https://youtu.be/TiJ5Kyh3CQs>. Acesso em 10 jun. 2022).

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. A Evolução dos Direitos Fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, p. 546-549, 2005.

²⁷ CRITSINELIS, Marco Falcão. A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Alemã e sua Transposição para o Direito Público Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 71, p. 122-136, jan./abr. 2017.

de forma bastante simplificada, determina que, a partir do diagnóstico de probabilidade de efeitos, deve-se escolher a alternativa em que o pior resultado entre as opções é o menos gravoso. A escolha, portanto, não deveria ser pautada pelas possibilidades de ganhos mas, sim, pela mitigação das possíveis adversidades. Esse conceito, de acordo com Critsinelis, é aplicado na Alemanha mas não no Brasil. Jadson Correia de Oliveira e Jordânia Oliveira Souza²⁸ também trazem a análise que:

Com efeito, a Teoria da Reserva do Possível, ao ser importada da jurisprudência alemã para o direito brasileiro, passou a ser utilizada exclusivamente como justificativa para a supressão de direitos, em virtude da suposta ausência de recursos. Isso, porque o conceito da referida teoria estabelece a existência de limites naquilo que se pode exigir judicialmente do Estado, devendo ser considerado antes de tudo a razoabilidade/logicidade da demanda.

Atualmente, quando o Poder Público invoca o argumento da Reserva do Possível faz isso de modo genérico e abstrato, via de regra, para se eximir do seu dever constitucional de prover o direito à saúde. Assim, quando o Poder Judiciário aceita a justificativa de que os cofres públicos são limitados, acaba, por consequência, negando o acesso à justiça para aqueles que reclamam direitos fundamentais, tais como o acesso a medicamentos necessários ao restabelecimento de sua saúde

A afirmação que o judiciário recebe demandas *genéricas e abstratas* sob a justificativa de reserva do possível apresenta um desafio para a pesquisa. Não é viável a análise qualitativa de decisões em todos os tribunais como pretensão de trabalho de graduação. O tema precisa de verificação documental mas o recorte precisa alcançar um equilíbrio entre possibilidades argumentativas do Poder Público e objetividade quanto aos cenários de aceitação ou rejeição destes argumentos.

2.1 O STF E A RESERVA DO POSSÍVEL

Para delimitar o recorte do estudo, optou-se por uma pesquisa de jurisprudência disponível no site do STF sobre o tema reserva do possível. O período analisado ficou entre 1º de janeiro de 2017 e 31 de dezembro de 2019, para buscar decisões recentes, em um

²⁸ OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro: o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde. Revista Pensamento Jurídico, p. 192-193, 2018.

intervalo arbitrário de 3 anos, mas evitando deliberadamente as distorções causadas pelos processos no campo da saúde devido à emergência sanitária causada pela COVID19. Estão listadas apenas decisões colegiadas, para ater-se às deliberações que, pela existência de debates, representam o tribunal e não um ministro em especial. As turmas foram incluídas pela pluralidade de ministros, apesar de não abarcar todo o corpo decisório do tribunal.

Cabe ressaltar que o resultado da busca pelo termo “reserva do possível” para casos colegiados e no período delimitado no portal.stf.jus.br apresenta outros resultados, mas estes se mostram desvinculados do tema, com mera citação incidental, e por isso não foram listados. Outros casos acusam o uso do termo “reserva do possível” e o foco principal da discussão não é o aspecto econômico da possibilidade de fornecer ou não determinado direito de segunda geração, mas foram incluídos pelo conteúdo da controvérsia que, mesmo que não seja central, tenha relevância no corpo da argumentação, como visto, por exemplo, no RE 657718/MG²⁹, que reconhece a dificuldade de impor ao Judiciário as decisões de natureza especializada, no caso em questão sobre a regulação de medicamentos.

A ordem de apresentação dos dados na tabela corresponde ao apresentado nos resultados da pesquisa no site do STF.jus.br . Após a tabela, será feita uma análise sobre os pontos destoantes dos dados abordando o objeto dos processos, para, em seguida, tratar dos casos semelhantes de forma mais homogênea.

²⁹ BRASIL, STF, Pleno, RE 657.718/MG - Minas Gerais. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. [...] Reclamante: Alcirene de Oliveira. Reclamado: Estado de MG. Relatoria do ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 22 maio 2019.

Tabela 1: Dados dos processos analisados parte 1

Nº	RECURSO	JULGAMENTO	PLENO OU TURMA	RELATOR/ RELATOR DO ACÓRDÃO
1	ARE 1129152/RS	07/12/2018	2a turma	Celso de Mello
2	ARE 1171192/SE	20/12/2019	2a turma	Celso de Mello
3	RE 1171152/SC	09/10/2019	Pleno	Alexandre de Moraes
4	ARE 1196369/PI	23/08/2019	2a turma	Gilmar Mendes
5	RE 1026698/MT	30/06/2017	2a turma	Celso de Mello
6	RE 1165054/RN	31/05/2019	2a turma	Celso de Mello
7	ARE 1189014/SP	27/09/2019	2a turma	Celso de Mello
8	ARE 1197779/RN	25/10/2019	2a turma	Celso de Mello
9	ARE 1096445/PR	30/11/2018	2a turma	Ricardo Lewandowski
10	RE 1101106/DF	22/06/2018	2a turma	Celso de Mello
11	RE 1076911/DF	16/03/2018	2a turma	Celso de Mello
12	RE 1139140/PR	12/04/2019	2a turma	Celso de Mello
13	RE 580252/MS	16/02/2017	Pleno	Teori Zavaski/ Gilmar Mendes
14	ADI 6129/GO MEDIDA CAUTELAR	11/09/2019	Pleno	Marco Aurélio/ Alexandre de Moraes
15	RE 1060961/DF	29/04/2019	Pleno	Edson Fachin
16	RE 587970/SP	20/04/2017	Pleno	Marco Aurélio
17	RE 657718/MG	22/05/2019	Pleno	Marco Aurélio/ Roberto Barroso

Fonte: elaboração própria

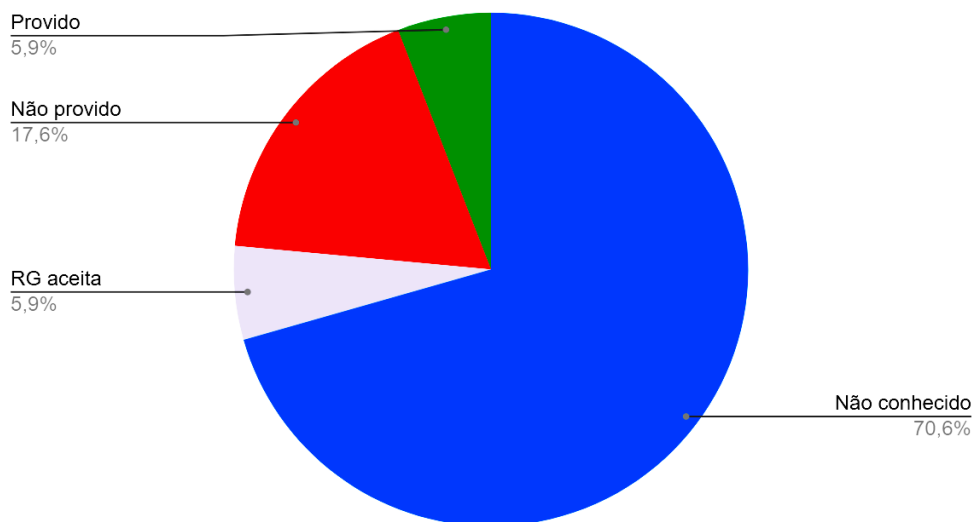
Tabela 2: Dados dos processos analisados parte 2

Nº	RECURSO	QUEM RECORRE?	RECORRIDO	RESULTADO
1	ARE 1129152/RS	Estado do RS	Sindicato dos Técnicos-Científicos do Estado do Rio Grande do Sul	Recurso negado
2	ARE 1171192/SE	Estado do SE	Sindicato dos Trabalhadores Fisioterapeutas de Aracajú-Sergipe	Recurso negado
3	RE 1171152/SC	INSS	MPF	Repercussão geral aceita
4	ARE 1196369/PI	Estado do PI	MPPI	Recurso negado
5	RE 1026698/MT	Estado do MT	DPEMS	Recurso negado
6	RE 1165054/RN	Município de Natal	MPRN	Recurso negado
7	ARE 1189014/SP	Estado de SP	MPSP	Recurso negado
8	ARE 1197779/RN	Estado do RN	MPRN	Recurso negado
9	ARE 1096445/PR	Estado do PR	MPPR	Recurso negado
10	RE 1101106/DF	DF	Maria Eduarda Rodrigues Santos Silva e Sara Cristina de Souza	Recurso negado
11	RE 1076911/DF	DF	Antonio Luca de Oliveira Gomes	Recurso negado
12	RE 1139140/PR	Estado do PR	MPPR	Recurso negado
13	RE 580252/MS	Anderson Nunes da Silva	Estado do Mato Grosso do Sul	Obrigação de ressarcir
14	ADI 6129/GO MEDIDA CAUTELAR	-	-	Suspensão das Emendas do Estado de Goiás
15	RE 1060961/DF	DF	Flávia Braga Fischer Dias e Pedro Martins Albernaz	Recurso negado
16	RE 587970/SP	INSS	Felícia Mazzitello Albanese	Recurso Extraordinário desprovido
17	RE 657718/MG	Alcirene de Oliveira	Todos os estados	O Estado não tem obrigação de fornecer medicamentos experimentais.

Fonte: elaboração própria

Gráfico 1: Proporção de resultados dos julgamentos no tema reserva do possível no intervalo delimitado.

Resultado no STF



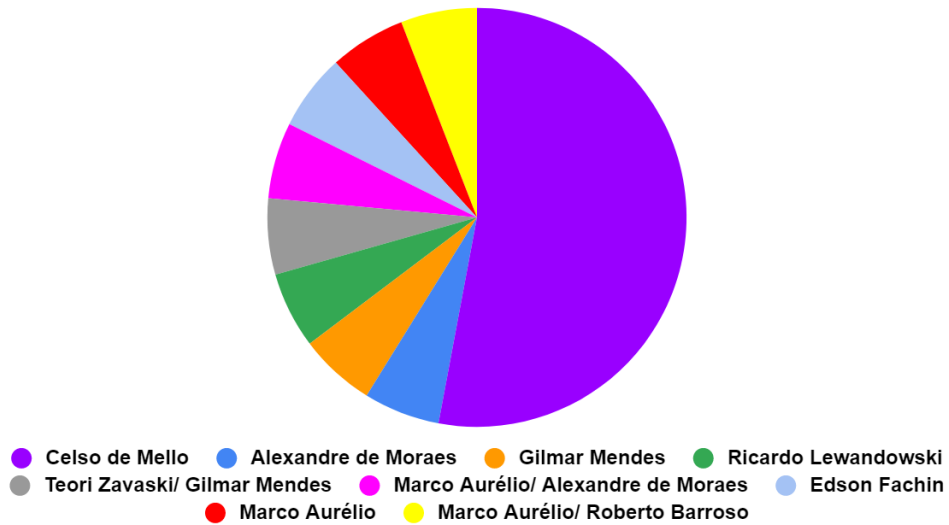
Fonte: elaboração própria

Pode-se observar a ocorrência de 12 recursos apenas negados em temas diversos. Estes não foram conhecidos. Houve também a criação de um novo tema em repercussão geral (tema 1066), a suspensão de emendas que fizeram a constituição estadual de Goiás incompatível com a constituição federal, a determinação da constitucionalidade do recebimento de benefício assistencial aos estrangeiros residentes legalmente no país, do direito de receber em compensação por situações degradantes vividas no sistema prisional (incluindo sua natureza jurídica) e, por fim, que existe uma linha limitadora na competência da saúde que precisaria ser tratada de forma fracionada por toda sua especificidade.

Os processos não conhecidos foram devidamente justificados na negativa por questionar jurisprudência pacificada no tribunal ou necessitar de reexame fático-probatório para sustentar seu argumento, indo contra a súmula 279 do STF³⁰.

³⁰ Súmula 279/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

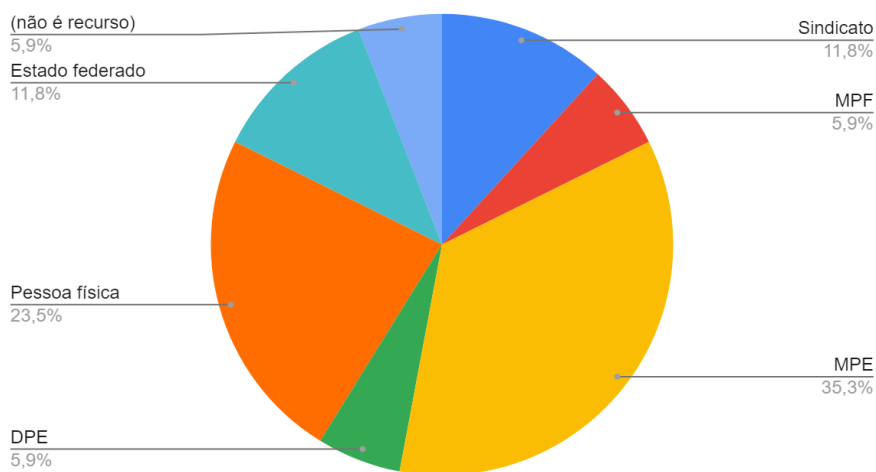
Gráfico 2: Relatoria dos acórdãos do intervalo

Relator / Relator do Acórdão

Fonte: elaboração própria

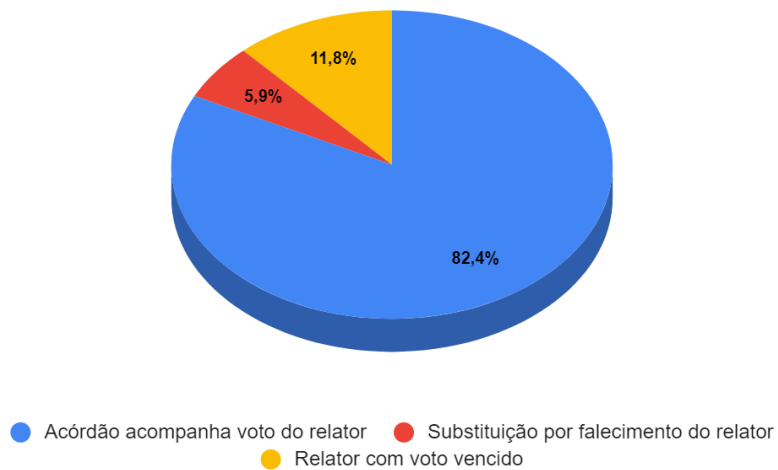
Mais da metade dos processos têm Celso de Mello como relator, aproximadamente $\frac{2}{3}$ foram julgados na 2a turma, enquanto os demais foram tratados no Pleno. Conforme requisito para apreciação pelo STF, todos os processos têm relação direta com temas constitucionais, sendo a dignidade da pessoa humana, a saúde, a previdência, a educação, as garantias ao trabalhador e a segurança pública representados entre os temas.

Gráfico 3: Recorridos

Recorrido (por espécie)

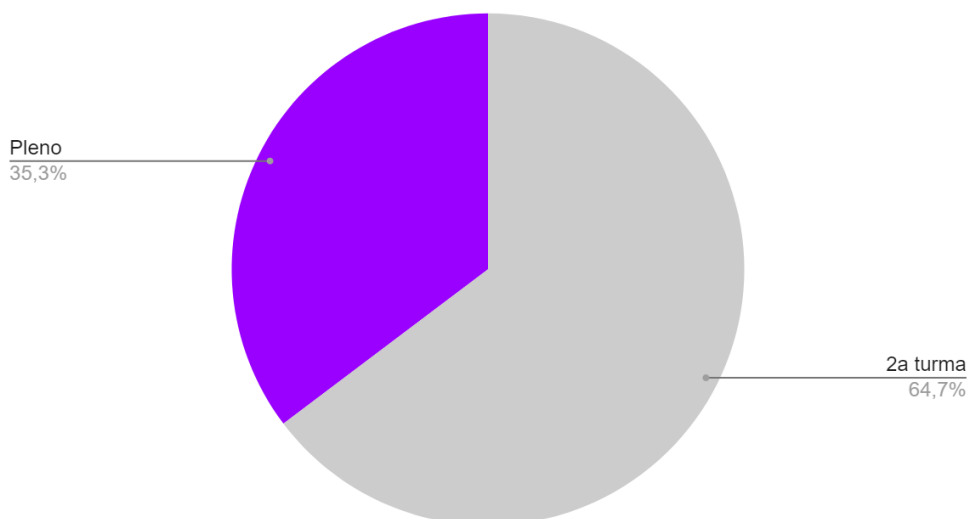
Fonte: elaboração própria

Gráfico 4: Sobre o relator do acórdão

Sobre o relator do acórdão

Fonte: elaboração própria

Gráfico 5: Onde foram julgados

Órgão Colegiado julgador

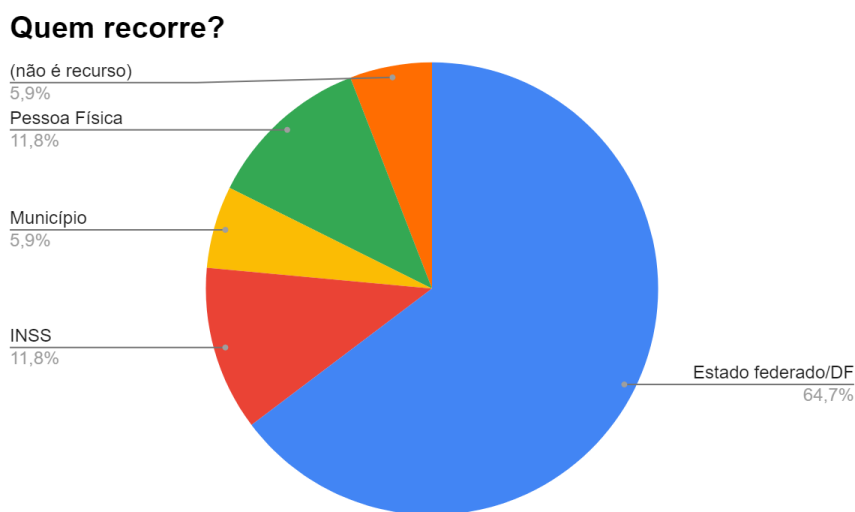
Fonte: elaboração própria

Um ponto destoante pode ser observado na coluna “QUEM RECORRE?”, onde só é possível encontrar duas pessoas físicas pleiteando a modificação do resultado anterior. O

primeiro caso ocorre no RE 580.252/MS³¹, onde o recorrente pleiteou o retorno da condenação à reparação pecuniária pelas condições degradantes que vivia no cumprimento de sua pena de 20 anos de reclusão. O pedido era de pagamento mensal em caráter indenizatório enquanto perdurasse a situação degradante, mas o Tribunal de Justiça local determinou apenas o pagamento de uma parcela em caráter de dano moral, penalidade que foi em seguida afastada em sede de embargos infringentes sob a justificativa da reserva do possível. O resumo do caso no voto-vista de Luís Roberto Barroso lembra que:

Embora tenha reconhecido a “superlotação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos”, o **Tribunal concluiu pela aplicação da “reserva do possível”, sob o argumento de que “para cessar o dano causado e repará-lo, é necessário (...) realizar a implementação de políticas públicas”, o que exigiria “disposição de verba orçamentária”.** (grifo nosso)

Gráfico 6: Quem recorreu



Fonte: elaboração própria

³¹ BRASIL, STF, Pleno, RE 580.252/MS - Mato Grosso do Sul. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, [...] Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. [...] Tema 365 em repercussão geral. Reclamante: Anderson Nunes da Silva. Reclamado: Estado do Mato Grosso do Sul. Relatoria do ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 16 fev. 2017. p.42.

O relator, Teori Zavascki, recontou os argumentos defendidos pelo Poder Público para o pedido de improcedência deste caso conforme constava na sentença original³²:

(...) Desta forma, uma vez reconhecido o direito do autor, pelo princípio da isonomia, todos os detentos deveriam ser indenizados, o que geraria um dispêndio vultuoso aos cofres do Estado. Não bastasse isso, **a implementação da política pública prisional exige o direcionamento de recursos públicos, mas não sob a égide da conveniência e oportunidade puras do administrador, sendo constitucionalmente permitida a intervenção do Judiciário em questão desta natureza, pois, embora destinados à garantia de direitos individuais, de primeira geração, a ação necessária do Estado é comissiva e não omissiva, o que assemelha à própria das garantias dos direitos sociais, de ação positiva.** (grifo nosso)

(...)

O exercício de ações positivas exige o investimento do ente estatal e, como tal, depende da disponibilidade de recursos. A reserva do possível foi inicialmente desenvolvida para ser aplicada no que concerne à implantação e execução das políticas públicas.

Certo é que não podemos desprezar os direitos constitucionalmente garantidos ao autor, pois é óbvio que o caso exige prestação positiva do Estado. Porém, tal prestação deve respeitar os limites econômicos que derivam do fato de que **certas prestações não de situar-se dentro da 'reserva do possível', das disponibilidades do erário.** (grifo nosso)

[...] (...)

Ademais, **não podemos acolher a alegação de que a omissão do Estado é ilícita, uma vez que a ação positiva do Estado-administrador, praticada de acordo com o orçamento votado pelo Estado-legislativo, a coloca, dogmaticamente, na esfera da licitude dos atos públicos,** tal qual determinada pela doutrina da 'reserva do possível'. Desta forma, não há falar em dever de indenizar. (grifo nosso)

[...]

Ademais, no caso de provimento do recurso do autor, ele continuará na situação de dano em que se encontra. Ou seja, não é pelo fato de o Poder Judiciário condenar o Estado ao pagamento de determinado valor por danos morais, que a 'situação de dano' se extinguirá, e, desta forma, em poucos meses, as ações serão novamente intentadas a fim de ver indenizado o mesmo dano. (grifo nosso)

O argumento em si revela o desinteresse de transformação do meio a partir do cumprimento de sentença e como o fundamento da gestão de recursos é abordado apenas para atestar a legitimidade da omissão. Este recurso extraordinário é representativo da controvérsia

³² BRASIL, STF, Pleno, RE 580.252/MS - Mato Grosso do Sul. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. [...] Tema 365 em repercussão geral. Reclamante: Anderson Nunes da Silva. Reclamado: Estado do Mato Grosso do Sul. Relatoria do ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 16 fev. 2017. p.4-6.

do tema 365 (responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária) e fixou a tese da obrigação do Estado em ressarcir os danos comprovadamente causados aos detentos em decorrência de falta ou insuficiência das condições adequadas de encarceramento, inclusive danos morais, mas não caracterizou esse ressarcimento sob o critério de indenização. A tese justifica que existe sistema de normas para manutenção de padrões mínimos de humanidade, em respeito à dignidade da pessoa humana. O voto de Rosa Weber³³ sustenta este argumento:

Destacou o eminente Relator que as reparações pecuniárias por danos morais são satisfeitas via precatório e não afetam diretamente quaisquer rubricas orçamentárias referentes à melhoria das condições carcerárias. Essa relação, se houver, é indireta. **Sintomático, em qualquer hipótese, que tanto se fale sobre políticas públicas nas discussões sobre o tema das prisões, e nada se diga a respeito da completa inexistência de vontade política para executá-las.** Sabe-se que políticas públicas penitenciárias se impõem, mas estas não se materializam a partir do éter. **É preciso vontade política para tal, fator que parece inexistente no Brasil, em que difusamente identificado o tema segurança pública com a repressão à criminalidade.** Reformas nas cadeias não parece ser pauta de interesse da população. Há preconceito enraizado que etiqueta os presidiários como pessoas de segunda categoria. O crime cometido é transformado em estigma indelével, a subtrair do preso parte da própria humanidade. (grifo nosso)

O segundo ponto, relativo à questão orçamentária, autoriza por sua vez outros questionamentos. **Se é possível cogitar que reparações pecuniárias virão em detrimento da situação dos presídios, ponto que, embora não avulsem pagamentos ao título, a situação prisional se deteriora cada vez mais. Extraio do voto divergente que parte considerável das verbas do FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional – são contingenciadas para fins de superávit primário do governo federal, e outra parte não é utilizada simplesmente porque os Estados não conseguem cumprir com as exigências da União. Razoável, portanto, supor o inverso: os Estados, obrigados a despender recursos a tanto, podem enfim encontrar motivação para resolver o problema na raiz.** (grifo nosso)

O outro caso de pessoa física na posição de reclamante está no processo RE 657.718/MG, que tratou de fornecimento de medicamentos experimentais, portanto ainda não aprovados pela ANVISA, tema 500 em sede de repercussão geral. Edson Fachin trouxe o

³³ BRASIL, STF, Pleno, RE 580.252/MS - Mato Grosso do Sul. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. [...] Tema 365 em repercussão geral. Reclamante: Anderson Nunes da Silva. Reclamado: Estado do Mato Grosso do Sul. Relatoria do ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 16 fev. 2017. p. 136.

cerne da questão sob o olhar da obrigação do Estado quanto ao mínimo existencial³⁴. Em seu voto, proferido em 28 de setembro de 2016³⁵, ele salientou que:

Há que advertir, por fim, que a cláusula da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência alemã e é amplamente reconhecida na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não constitui, em si, um óbice para realização dos direitos sociais: **ela é, em verdade, uma definição do limite da adjudicação. Esse limite, no entanto, não advém da finitude dos recursos do Estado, mas de uma possível sindicabilidade da decisão alocatória.** (grifo nosso)

[...]

Como exemplo dessa orientação, Teubner cita a decisão da Corte Constitucional Alemã (Bundesverfassungsgericht, BverfGE 50, 290), em que **o Tribunal exigiu do parlamento que adotasse outras medidas legislativas, caso se detectasse erro nas premissas que deram causa à decisão.** (grifo nosso)

Em contraponto, o argumento no voto vista de Alexandre de Moraes³⁶, no dia 22 de maio de 2019, é bastante focado no aspecto econômico, com uma visão algo pessimista das perspectivas arrecadatórias.

A questão a ser decidida aqui, não somente no presente caso, mas também no subsequente que será julgado, me parece - isso é muito importante -, não contrapõe somente, **de um lado, a necessidade de proteção e efetivação individual à integralidade do direito fundamental à saúde e, do outro, eventual ideia de reserva do possível, eventuais limitações orçamentárias ou administrativas.** (grifo nosso)

[...]

Não se trata aqui de Estado contra o indivíduo. A questão aqui funda-se concretamente na **necessidade de se validar jurídica e constitucionalmente como legítimas ou não as opções do Poder público de interiorizar coletivamente o direito à saúde mediante políticas públicas estudadas, planejadas e fixadas em critérios razoáveis. Não se trata de um indivíduo que pleiteia algo contra o Estado. Trata-se de analisar - isso, às vezes, em**

³⁴ BRASIL, STF, Pleno, *RE657.718/MG - Minas Gerais*. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. [...] Reclamante: Alcirene de Oliveira. Reclamado: Estado de MG. Relatoria do ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 22 maio 2019. p. 75-82.

³⁵ Este caso de repercussão geral teve votos de 15 de setembro de 2016 até o acórdão em 22 de maio de 2019.

³⁶ BRASIL, STF, Pleno, *RE657.718/MG - Minas Gerais*. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. [...] Reclamante: Alcirene de Oliveira. Reclamado: Estado de MG. Relatoria do ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 22 maio 2019. p. 113-115.

decisões, vem sendo esquecido - que arrecadação estatal é finita, o orçamento é finito, a destinação à saúde pública igualmente é finita. Ou seja, o que estamos a analisar é se, eventualmente, algo fora de todo o planejamento de uma política pública e que custa milhões e milhões - já chegando, no caso da União, a casa do bilhão -, se essa destinação individual não estaria a prejudicar o coletivo, porque, obviamente, o dinheiro vem de algum lugar e o dinheiro vem do orçamento da saúde. (grifo nosso)

[..]

Não há mágica orçamentária. O Poder Judiciário deve, sempre que possível, evitar ser um elemento desestabilizador da execução do orçamento, até porque a Constituição estabelece princípios e regras que vinculam a atuação estatal à estrita observância da lei orçamentária, vedando a transposição de recursos públicos para finalidade diversa da prevista na lei orçamentária. E muitas vezes, principalmente quando a ação é ajuizada contra o município, é pleiteado na própria ação. "Ah, não tem dinheiro na saúde do município para destinação a desse medicamento!" Então, por decisão judicial, pede-se que se faça uma transposição orçamentária vedada pela própria Constituição, que se retire da educação, da segurança, da construção de habitação. A Constituição estabelece essa vinculação da atuação estatal à estrita observância da lei orçamentária. Para cada decisão judicial em relação à saúde individualmente, o montante a ser destinado será retirado da própria saúde. Em algum lugar faltará.

Obviamente, Presidente, não se está atribuindo superioridade valorativa aos princípios constitucionais da programação orçamentária em prejuízo do direito social à saúde, o que seria a mitigação do mínimo existencial. Ao contrário, a preocupação, principalmente em momentos de crise orçamentária, crise arrecadatória, e não só nesses momentos, fica cada vez mais aguda. A preocupação é preservar a capacidade do Poder Público do Estado de sustentar financeiramente todas as suas políticas públicas, não só a que proporciona assistência médica ao maior número de pessoas possível, mas, a partir de uma estabilidade do orçamento público, permitir as condições indispensáveis para que os demais deveres do Poder Público também sejam corretamente exercidos, porque também estão ligados à efetividade de outros direitos fundamentais. (grifo nosso)

O RE 657718/MG apresentou discussões necessárias sobre a judicialização da saúde, desde de seu aspecto já apresentado de distorção orçamentária ao debate ético sobre o acesso a terapias não regulamentadas e a vagas em leitos de hospitais³⁷.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu acho ótima a proposta, Ministro. Até dando notícia a Vossas Excelências, na manhã de anteontem eu me reuni com 26 dos 27 Governadores. Dos cinco temas que eles vieram discutir, que estão judicializados, eles vieram trazer subsídios ou

³⁷ BRASIL, STF, Pleno, RE657.718/MG - Minas Gerais. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. [...] Reclamante: Alcirene de Oliveira. Reclamado: Estado de MG. Relatoria do ministro Marco Aurélio. PLENÁRIO no dia 15 set. 2016. Inteiro teor do Acórdão p. 20-24.

pedir preferência, enfim, o segundo foi exatamente a questão de saúde. [...] Então, por isso mesmo, eu fiz esse levantamento e tomei a seguinte providência ontem: no Conselho Nacional de Justiça, designei um juiz e dois assessores para levantarem tudo o que se tem nos Tribunais em termos de providências tomadas [...] fiz reunião com os Presidentes de Tribunais de Justiça, e, aí, uns diziam assim: "Olha, mas eu preciso de médicos de Estado." Quer dizer, de manhã, os Governadores me garantiram que, se os Tribunais de Justiça pedirem, eles deslocam o médico de um lugar para colocar à disposição dos Tribunais para que o juiz tenha alguém a quem perguntar se é verdade, se é essencial ou se não é. [...]

[P]or exemplo, dois Governadores me trouxeram cópia de algo que eu não sabia que estava acontecendo: decisões judiciais que são estabelecidas para dizer como o paciente tem que ser locomovido de um lugar para outro, e o médico dizendo o contrário. Este foi o único caso que o Governador trouxe documentado. Aquele Estado não tem avião, teve que se fretar um avião, só que o médico dizia que achava perigoso ir de avião, e a pessoa morreu durante o voo, mas foi por ordem judicial. Então o Governador dizia: " Ou bem eu era preso por desacato a essa decisão, ou bem eu corria o risco, e agora a família está dizendo que vai me processar, porque não atendi o médico. Então, não sei quem eu atendo mais."

[...]

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O mais trágico aqui, Presidente - penso como Vossa Excelência -, é isto: **nem sempre é uma ponderação saúde e vida com orçamento, reserva do possível. Muitas vezes, é a vida de um ponderada com a vida de outro no momento em que você faz essas escolhas.** Essa é a situação mais dramática. (grifo nosso)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro Celso lembra sempre das Tragic Choices, e aqui há um típico caso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E é o caso, por exemplo, nas situações que vemos aí, de determinação para que se dê vaga a alguém em uma UTI, porque obviamente estamos decidindo que alguém obtenha a vaga...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E fura-se a fila, às vezes, não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - ..., mas como os leitos são limitados, nós estamos também tomando a decisão, talvez, em razão da morte de alguém

Pode-se perceber que existe vontade de sistematizar os protocolos para facilitar o trabalho dos magistrados em acessar apoio especializado antes de proferir uma decisão judicial no campo da saúde, e parece evidente que o STF entende que qualquer decisão neste âmbito pode afetar mais do que a pessoa que judicializou pelo direito.

É notável que o caso em que a pessoa física não obteve o direito pleiteado no Recurso Extraordinário não tenha sido limitado à reserva do possível. As competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), de acordo com a legislação que a regulamenta³⁸,

³⁸ BRASIL, *Lei n° 9.782 de 26 jan. 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília - DF: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782compilado.htm Acesso em: 17 set. 2022.

são reafirmadas no contexto do acórdão³⁹. O texto também guarda a prerrogativa de avançar sobre tal autoridade em caso de mora irrazoável em apreciar pedidos de registro sanitário de medicamentos, garantindo o acesso ao suporte pelo judiciário aos que de fato necessitem de apoio em casos concretos.

Outros casos que chamam a atenção são casos em que o recorrente é o INSS. Um dos casos contra o Ministério Público Federal e outro contra uma estrangeira residente no Brasil que pleiteava acesso ao benefício assistencial de prestação continuada ao idoso. Os limites dos direitos frente às possibilidades orçamentárias do Poder Público foram abordados no caso do INSS contra o MP por Alexandre de Moraes, dentro do RE 1.171.152/SC⁴⁰, na aceitação do tema 1066 para análise em sede de repercussão geral, citando Lucivanda Serpa Gomes e Patrícia Moura Monteiro:

4. RESERVA DO POSSÍVEL vs RESERVA ORÇAMENTÁRIA

A teoria da “Reserva do Possível”, elaborada a partir do início da década de 70, é o resultado de julgados da Corte Constitucional alemã, que versava sobre o direito ao acesso ao ensino superior, na qual ficou assente que a “construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.” (SCAFF, 2005, p. 89). Com efeito, é na composição do orçamento público que se pode visualizar a existência de disponibilidades financeiras para determinados setores priorizados por decisões políticas-governamentais. Segundo a decisão do Tribunal Federal alemão, os direitos a prestação positivas do Estado “estão sujeitas à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p. 52). De acordo com o julgado, ainda que o Estado disponibilizasse recursos suficientes, não seria razoável exigir da Administração Pública a manutenção de programas de assistência social para quem deles não necessitasse. (SARLET, 2010, p. 49).

[...]

Destarte, a reserva do possível passou a ser vista como um limite fático relacionado à capacidade econômica e financeira do Estado, que impõe

³⁹ A tese fixada dispõe: “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”

⁴⁰ BRASIL, STF, RE 1.171.152/SC - Santa Catarina. Constitucional. Recurso extraordinário. Ação civil pública. Benefícios previdenciários por incapacidade. Prazo de realização das perícias pelo instituto nacional do seguro social. Imposição judicial de realização em até 45 dias, sob pena da implementação automática da prestação requerida pelo segurado. Limites da ingerência do poder judiciário em políticas públicas. Repercussão geral reconhecida. [...] Tema 1066 em repercussão geral. Reclamante: INSS. Reclamado: Ministério Público Federal. Relatoria do ministro Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 03 out. 2019.

restrições à exigibilidade judicial dos direitos sociais, a exemplo da condenação do Estado à prestação de medicamentos fora das listas do sistema de saúde, tratamentos experimentais ou no Exterior. No entanto, a ideia de restrição orçamentária não é bem aceita pela maior parte dos doutrinadores e dos magistrados.

No Brasil, os Tribunais Superiores, inclusive, quando chamados a decidir casos limites envolvendo o direito fundamental à saúde [as chamadas escolhas trágicas], não tem levado a sério todos os lados da questão; não realizam qualquer juízo de ponderação [adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito] dos direitos em conflito e chegam a afirmar de forma peremptória que, o interesse financeiro em relação ao direito à saúde, é um interesse secundário.

Esquecem, pois, que a Constituição, em seu art. 167, II, veda a realização de despesas ou assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários.

A abordagem de Alexandre de Moraes segue pelo argumento da soberania orçamentária do legislador frente ao histórico nacional de decisões favoráveis aos impetrantes, especialmente na área da saúde. Ele conclui sobre a importância que o caso terá na definição procedimental para os magistrados nos casos em que o “imobilismo da Administração acarretar enorme comprometimento das verbas públicas”. Este caso específico teve em fevereiro de 2021 um termo de acordo homologado, sendo extinto e excluído da sistemática da repercussão geral. A situação do tema 1066 é definida como “há repercussão geral” e “cancelado” na pesquisa avançada dos temas em repercussão geral do site do STF.

O caso em que o INSS recorreu contra Felícia Mazzitello Albanese, italiana que já vivia no Brasil há 54 anos no momento do julgamento, teve a reserva do possível abordada na mesma linha do argumento de criação de precedente utilizado no RE 580.252/MS. Neste caso, possibilitaria o “indesejável incentivo a que cidadãos estrangeiros de países vizinhos adentrem o território brasileiro, para que se beneficiem dos instrumentos de assistência social”⁴¹, aumentando o impacto ao “já combalido orçamento da seguridade social”⁴². O voto de Luiz Fux ilustra como este argumento não merece prosperar⁴³:

⁴¹ BRASIL, STF, RE 587.970/SP - São Paulo. Assistência Social – Estrangeiros residentes no país – Artigo 203, inciso V, da Constituição Federal – Alcance. A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais. Relatoria de Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20 abr. 2017. ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL, inteiro teor, p. 46.

⁴² Ibidem

⁴³ BRASIL, STF, RE 587.970/SP - São Paulo. Assistência Social – Estrangeiros residentes no país – Artigo 203, inciso V, da Constituição Federal – Alcance. A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais. Relatoria de Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20 abr. 2017. ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL, inteiro teor, p. 46-47

Primeiro, como já afirmado, a controvérsia cinge-se a estrangeiros regularmente residentes no país. Segundo dados da Polícia Federal, em março de 2015, o Brasil abrigava 1.847.274 imigrantes regulares, dos quais 1.189.947 dispunham de visto permanente e 595.800 dispunham de visto temporário. Trata-se de uma população que se submeteu ao escrutínio do processo de obtenção de visto, tendo apresentado, para a autorização de estadia no país, comprovação de moradia e de subsistência, nos termos do Estatuto do Estrangeiro.

Nesse sentido, a parte recorrente não apresentou dados empíricos sobre a quantidade potencial de estrangeiros residentes que possam eventualmente ser beneficiados por decisão positiva do Plenário. Não obstante esse aspecto, é possível realizar o cotejo dos dados acima expostos com os requisitos normativos para a fixação de residência no país e para a obtenção do LOAS. Essa análise conduziria à conclusão de que a quantidade em potencial de estrangeiros regularmente residentes que estejam simultaneamente em situação de vulnerabilidade socioeconômica e de deficiência física ou de idade acima de 65 anos certamente não é alta. Afinal, o filtro realizado quando da concessão de vistos reduz a probabilidade de que sejam admitidos estrangeiros que se encontrem sob risco social elevado.

Assim, o impacto orçamentário a ser causado aos cofres públicos, em caso de uma decisão concessiva, tende a não ser numericamente relevante. Segundo, o indesejado incentivo à imigração de estrangeiros em situação de pobreza para o Brasil, especialmente vindos de países latinoamericanos vizinhos, também é um argumento que não se evidencia pertinente. Afinal, estrangeiros que adentram o território nacional em situação irregular permanecem não-elegíveis para os benefícios assistenciais, pois não se enquadram na categoria de estrangeiros regularmente residentes no país. Ressalte-se que a igualdade apresentada pelo artigo 5º, caput, da CF, refere-se a brasileiros e estrangeiros residentes no país, o que não inclui imigrantes ilegais ou estrangeiros sem autorização para aqui estabelecer residência.

Em suma, a doutrina da reserva do possível não se mostra um empecilho hábil para infirmar a tese exposta nos itens anteriores.

Mais ponto que causa estranheza na tabela aparece na ADI 6.129/GO⁴⁴, já que a matéria trata de incompatibilidade entre as emendas que a Assembléia Legislativa do Estado de Goiás aditou na Constituição Estadual no campo do regime financeiro que resultou em choque com a Constituição Federal. Lembra-se aqui que ADI é uma ação originária no STF, portanto sem recorrente ou recorrido. O tema não compete à discussão da reserva do possível, mas ela foi lembrada no voto de Ricardo Lewandowski, reproduzindo as palavras de Celso de Mello na ADPF-MC 45/DF, com um trecho que é bastante utilizado nas decisões do STF⁴⁵.

⁴⁴ BRASIL, STF, ADI 6129 MC/ GO - Goiás. Ação direta. Constitucional. Federalismo e respeito às regras de distribuição de competência. Emendas 54 e 55/2017 à Constituição do estado de Goiás. Instituição de regime financeiro. Conceito de despesa de pessoal e limitação de gastos. Desvinculação de gastos com saúde e educação. Competência concorrente para legislar sobre regras de direito financeiro. Inconstitucionalidade formal. Medida cautelar concedida. Relatoria de Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11 set. 2019.

⁴⁵ BRASIL, STF, ADI 6129 MC/ GO - Goiás. Ação direta. Constitucional. Federalismo e respeito às regras de distribuição de competência. Emendas 54 e 55/2017 à Constituição do estado de Goiás. Instituição de regime financeiro. Conceito de despesa de pessoal e limitação de gastos. Desvinculação de gastos com saúde e

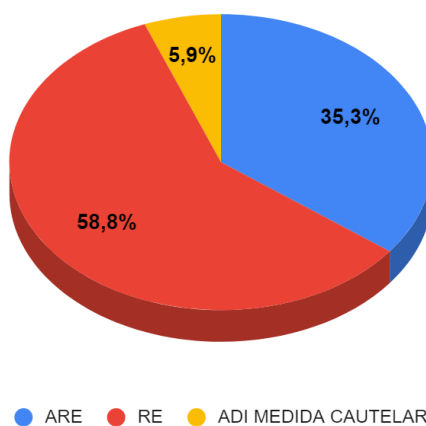
[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, 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.

Cumprê 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.** (grifo original)

Gráfico 7: Instrumento legal acionado

Instrumento



Fonte: elaboração própria

O voto de Ricardo Lewandowski traz ainda em nota de rodapé a lembrança sobre o dever de implementação progressiva dos direitos no nível máximo de recursos disponíveis e a obrigação de adotar medidas até o máximo da disponibilidade orçamentária, itens que

educação. Competência concorrente para legislar sobre regras de direito financeiro. Inconstitucionalidade formal. Medida cautelar concedida. Relatoria de Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11 set. 2019. p.83-84

constam, respectivamente, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁶ e no Protocolo de São Salvador⁴⁷. Os direitos fundamentais no campo da saúde e educação, temas tratados na ADI 6.129/GO, são garantias constitucionais e, também, pactos internacionais. A forma como esses deveres acordados são cumpridos (ou não cumpridos) não são determinados diretamente pelo STF.

Sobre os deveres da administração pública, o agravo regimental no RE 1.165.054/RN⁴⁸ tem como agravante o município de Natal, Rio Grande do Norte, em processo contra o MP do estado, defendendo a discricionariedade da administração para criar e efetivar um plano municipal para prevenção de tuberculose. No voto do relator, Celso de Mello, são abordados os limites da discricionariedade.

Cabe referir, neste ponto, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **a advertência** de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Subprocuradora-Geral da República, (“**Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), **cujo magistério**, a propósito **da limitada** discricionariedade governamental **em tema de concretização** das políticas públicas constitucionais, **corretamente assinala**:

“**Nesse contexto constitucional**, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização **e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer**

.....
 Como demonstrado no item anterior, **o administrador público está vinculado à Constituição** e às normas infraconstitucionais **para a implementação** das políticas públicas **relativas** à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

.....
Conclui-se, portanto, **que o administrador não tem discricionariedade** para deliberar sobre a oportunidade e conveniência **de implementação** de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, **pois tal restou**

⁴⁶ Em vigor no Brasil por força do Decreto n° 591/1992. BRASIL, *DECRETO N° 591 de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília - DF: Presidência da República. 1992.

⁴⁷ Em vigor no Brasil por força do Decreto n° 3.321/1999. BRASIL, *DECRETO N° 3.321 de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília - DF: Presidência da República. 1999.

⁴⁸ BRASIL, STF. RE 1165054 AgR/ RN - Rio Grande do Norte. Recurso Extraordinário – Ação civil pública para elaboração de plano municipal de controle da tuberculose – Obrigação jurídico-constitucional que impõe ao poder público o dever de observância do direito constitucional da saúde (CF, art. 196 e seguintes) – Implementação de políticas públicas – Violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – Inocorrência – Decisão que se ajusta à jurisprudência prevalecte no supremo tribunal federal [...] Agravo interno improvido. Agravante: Município de Natal. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relatoria de Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 31 maio 2019. p. 7-8

deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

.....
 As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao Juiz dar sentido concreto** à norma e **controlar a legitimidade** do ato administrativo (omissivo ou comissivo), **verificando** se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, **a concretização** da ordem social constitucional.” (grifos originais)

Entre os argumentos utilizados para desqualificar a atuação do judiciário na determinação das medidas que não podem ser ignoradas, ressalta-se um trecho citado no contexto das razões recursais no RE 1.060.961/DF⁴⁹, sobre educação especial. O Distrito Federal alegou que:

não compete ao Poder Judiciário decidir se a proporção deve ser de 1:1, 2:3 ou 1:3, calcado em depoimento de testemunhas, que não conhecem o sistema de educação pública com a profundidade e amplitude necessária para esse tipo de decisão e apresentam apenas a chamada visão túnel – ou seja, o conhecimento do caso concreto, e não o sistema como um todo.

Ao tratar a competência do poder judiciário de verificar a aplicação dos princípios e regras da constituição como interferência entre poderes, o DF incorre na primeira parte do argumento utilizado em cada um dos recursos da lista: questionar a validade da intervenção do judiciário que vai potencialmente gerar gastos não programados pelo legislativo e pelo executivo. A reserva do possível entra como um argumento de forma genérica nestes processos, para dar suporte à legitimidade derivada do cumprimento da forma legal de criação e execução do orçamento. Parece existir a intenção de transformar o termo em sinônimo de responsabilidade fiscal, uma limitação tão evidente que não deveria ser questionada. Assim, alega-se custo ilógico e incompatibilidade implícita com as possibilidades de manutenção das finanças públicas, mas não há demonstração da impossibilidade de cumprimento das obrigações dos deveres do Estado. A resposta do STF é, repetidamente, nas palavras de Celso de Mello⁵⁰:

⁴⁹ BRASIL, STF, RE 1060961 AgR/DF - Distrito Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Educação. Ensino especial. Implementação de políticas públicas. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Necessidade de reexame de fatos e provas. Súmula 279 do stf. Desprovisamento. [...] Agravante: Distrito Federal. Agravado: Flávia Braga Fischer Dias representada por Mônica Mattheke Braga Fischer Dias. Agravado: Pedro Martins Albernaz representado por Patrícia Martins Albernaz . Relatoria de Edson Fachin, Segunda Turma, Data do julgamento: 29 abr. 2019. Inteiro teor do Acórdão, p. 5.

⁵⁰ BRASIL, STF, ARE 1.129.152 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL, Recurso extraordinário com agravo – servidores públicos estaduais – pagamento fracionado da remuneração – impossibilidade – art. 35 da constituição do estado do rio grande do sul – constitucionalidade da decisão que se ajusta à jurisprudência prevalecente no supremo tribunal federal – conseqüente inviabilidade do recurso que a impugna – subsistência dos

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, 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.

Pode-se afirmar que no texto legal, nos princípios constitucionais e nos compromissos internacionais que o Brasil é signatário há, sim, completa atenção aos critérios que fariam a reserva do possível ter seu uso adequado no país nos mesmos moldes e para os mesmos resultados da aplicação que ocorre na Alemanha, mas não se encontrou no intervalo nenhum processo em que o STF tenha reconhecido do Poder Público a efetiva demonstração da incapacidade de prover o direito que estava no foco da lide. Não é possível afirmar que tais argumentos não existam, dado que o estudo foi limitado a um recorte específico e relativamente curto, mas as respostas do STF que foram analisadas demonstram insatisfação com a argumentação pelo uso da reserva do possível.

Esta não é a única limitação para a questão. Se estivesse apenas no campo da argumentação, uma determinação de padronização de forma e vontade de efetivamente aplicar a reserva do possível poderia resolver a contenda. Mas o alcance da capacidade de controle do judiciário sobre as políticas públicas é tão diverso entre os dois países que compromete de fato a segurança da realização em efeitos práticos, se negada a procedência da reserva do possível no processo.

3 PODERES E VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL

A relação funcional entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, definida pelo art. 2º da CRFB pelos requisitos de independência e harmonia entre eles⁵¹ implica em aparente (e necessária) falta de hierarquia. Historicamente, o Legislativo era visto como o

fundamentos que dão suporte à decisão recorrida – “reserva do possível” – considerações – [...] Agravo interno improvido. Reclamante: Estado do Rio Grande do Sul, Reclamado: Sindicato dos Técnicos-Científicos do Estado do Rio Grande do Sul - SINTERGS. Relatoria do ministro Celso de Mello, julgamento 07 dez. 2018. p.7

⁵¹ BRASIL, [Constituição (1998)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em 19 ago. 2022.

poder mais influente, o que foi alterado com o aumento de atribuições do Executivo, incluindo a capacidade de veto reservada a este⁵². Ao Judiciário coube a posição de controlador, garantidor dos direitos constitucionais e da eficácia das leis frente aos conflitos que possivelmente afluíam desta condição em que o Legislativo pode negar o Executivo (derrubando vetos, por exemplo) e o Executivo pode entrar nas competências do poder Legislativo (seja em vetos, seja por Medidas Provisórias, pois, sem entrar no mérito das motivações para a existência dos institutos, efetivamente implicam em choques entre as vontades ou as prioridades dos poderes)⁵³.

O papel de árbitro entre os poderes não é a única função do Judiciário no Estado. Com a existência de um texto constitucional, parte-se do pressuposto que suas regras e princípios serão o foco da construção daquele país. Ana Paula Barcelos⁵⁴ argumenta que a discussão sobre a efetividade das normas Constitucionais (especialmente no âmbito dos Direitos Fundamentais) segue ampla na doutrina e na jurisprudência. O papel do Judiciário abrange guardar as regras e ser um ponto de apoio para quem deseja questionar se o trabalho do Legislativo e do Executivo na concretização das leis é adequadamente implementado em políticas públicas, com metas, critérios de avaliação, dotação orçamentária, etc. Só que essa fiscalização e as decisões judiciais não são garantia de mobilização ou mesmo certeza de compelir a Administração a sanar eventuais falhas. No mesmo texto, Ana Paula Barcelos conclui que: “Inevitavelmente as políticas públicas serão levadas a cabo por decisões do Legislativo e do Executivo e os mecanismos de sanção de que o direito dispõe dificilmente são capazes de compelir as instâncias majoritárias a agirem em determinado sentido caso elas não tenham interesse político de fazê-lo⁵⁵”.

⁵² VIARO, Felipe Albertini Nani. Aspectos da divisão do poder no Brasil. Relações entre separação dos poderes e federalismo. *TJSP. jus.br*. Escola Paulista da Magistratura, 2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/06-federalismo.pdf?d=6370062278244370> Acesso em 19 ago. 2022

⁵³ Entre as opiniões mais intensas encontradas sobre este tema está a de Paulo Bonavides. O autor discorre que: “O ordenamento jurídico vem sendo destruído em grande parte pelo golpe de Estado institucional desferido por meio de Medidas Provisórias que expulsam do exercício do poder legítimo os dois órgãos paralelos da soberania nacional, o Legislativo e o Judiciário. E assim o Governo, sem dar satisfação ao povo, à opinião, ao País e à Sociedade, executa a implacável política da recolonização.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001. p. 205

⁵⁴ BARCELOS, Ana Paula. 30 anos da Constituição de 1988: Direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia P. C., *A república que ainda não foi: Trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*” Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55-67.

⁵⁵ BARCELOS, Ana Paula. 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: Direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia P. C. *A república que ainda não foi: Trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*” Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 66.

Neste sentido, também é possível observar o voto de Luiz Fux⁵⁶ na RE 580.252/MS, já mencionada no capítulo anterior:

[F]azíamos uma argumentação toda voltada para o póspositivismo, para os princípios constitucionais sobre a edificação de uma sociedade justa e solidária e fazíamos uma reflexão sobre atuação da jurisdição no campo da política pública. **Num primeiro momento, poderia parecer que nós estamos aqui invadindo políticas públicas - que nós já assentamos de forma abstrata na ADPF que trata do estado de coisas inconstitucional -, mas, na verdade, não é a primeira, nem a última vez que um Tribunal, da eminência de uma Suprema Corte, vai atuar autorizando a exigibilidade e cumprimento dessas políticas públicas.** (grifo nosso)

Eu anotei aqui, claro, que, no berço de origem, o Estados Unidos é precursor dessas injunctions, **obrigando a que a falta de estrutura da Administração Pública seja corrigida através de uma determinação judicial.** E o que me chamou mais a atenção é que, sem prejuízo da África do Sul, da Índia, da Colômbia, da Indonésia - porque até a Colômbia é a precursora da tese do estado de coisas inconstitucional -, esses países adotam a possibilidade de a jurisdição determinar o cumprimento de políticas públicas. (grifo nosso)

Agora, o que me chamou mais a atenção é que o Brasil é o país que tem o maior número de ações judiciais sobre direitos sociais à saúde e à educação, e a fortiori a essa situação política dos presídios, com cento e dezoito vezes mais processos que a segunda colocada, que é a Índia, um país com a população seis vezes superior à do Brasil.

De sorte que não é estranhável essa nossa intromissão, porque eu também já anotei que vários eminentes Ministros citaram o RE nº 592.581, e que o Judiciário foi até minimalista, porque poderia ter ingressado em outra seara, mas limitou-se a autorizar a utilização de um fundo para reforma dos presídios, e, dentre outras coisas, o Fundo Penitenciário Nacional e o descontingenciamento a que se referiu o Ministro Gilmar Mendes.

Pois bem, aqui nós não temos mais nenhuma dúvida sobre o assentamento da responsabilidade do Estado; quanto a isso, nós aqui estamos todos de acordo. **O que realmente parece retratar uma diminuta divergência quanto ao resultado judicial, quanto ao grau de eficiência da nossa solução, é exatamente, eventualmente, a criação de uma resposta judicial que não está estritamente limitada àquilo que foi pedido.** Essa é a grande questão que se trava aqui. (grifo nosso)

Isso merece, talvez, um tratamento sob o ângulo exatamente das regras que regulam a nossa atividade, a atividade judicial. Até que limite nós podemos ir? O que é que nós podemos fazer? Invadir políticas públicas, neste recurso extraordinário, já invadimos. E várias vezes já invadimos

⁵⁶ BRASIL, STF, Pleno, RE 580.252/MS - Mato Grosso do Sul. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. [...] Tema 365 em repercussão geral. Reclamante: Anderson Nunes da Silva. Reclamado: Estado do Mato Grosso do Sul. Relatoria do ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 16 fev. 2017. p. 156-158

para determinar providências capazes de sanar esses estágios antijurídicos. (grifo nosso)

[...]

Com isso, quero dizer que a nova postura judicial é balizada pelas regras constitucionais que se dirigem à Administração Pública, assim considerado também o Poder Judiciário. Essa foi uma ideia central quando nós estabelecemos, no novo Código de Processo Civil, os poderes instrumentais do juiz. **Não adianta que haja queixas contra o Poder Judiciário sobre morosidade e falta de providências adequadas, se o juiz não tem esses poderes para exteriorizá-las na decisão judicial.**

Esta conclusão reflete uma desconexão entre o caráter programático da CRFB e a falta de vinculação necessária para efetuar as diretrizes traçadas, sejam estas diretrizes de forma mais ampla (em princípios) ou de forma mais específica (em dispositivos constitucionais de eficácia limitada⁵⁷). No exercício de suas funções, o poder judiciário observa os direitos fundamentais para nortear o que é de suma importância, de acordo com a Constituição, determinando diretamente quais práticas de quais prioridades textuais são efetivamente um retrato do caráter do país. Às normas e garantias constitucionais são asseguradas a aplicação imediata⁵⁸, a partir do momento da declaração da existência do direito, mas a efetiva preservação dos direitos fundamentais requer ação, fundamentação e ponderação⁵⁹, critérios esperados na criação dos atos normativos dos Poderes Executivo e Legislativo, e, subsidiariamente, reafirmados dentro da competência do Poder Judiciário para a manutenção do Estado Democrático de Direito. O STF, o chamado Guardião da Constituição, tem competência para determinar se os mecanismos utilizados - seja na forma de normas e leis ou na interpretação da mesma pelo judiciário - são adequados à manutenção dos critérios constitucionais.

Embora fortemente calcado nos códigos legislados, o sistema brasileiro não se furta a observar aspectos da *common law*⁶⁰, especialmente para tratar de temas evitados pelos

⁵⁷ Utilizando aqui o conceito de eficácia das normas constitucionais na teoria de José Afonso da Silva, encontrado em SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais, *Revista de Direito do Estado*, v.4, p. 23-51, 2006.

⁶⁰ No exercício do Controle de Constitucionalidade, o STF, por vezes, é chamado a trazer respostas para questões que precisam de definições legais mas não estão em situações enquadradas em leis e nem há disposição dos outros poderes para legislar sobre o tópico. Cito, como exemplo, a ADI 4.277/DF, que definiu a interpretação de família além do limitado no texto constitucional para respeitar a dignidade da pessoa humana de casais homoafetivos e seu direito de constituir família em um caráter “não-reducionista”.

Poderes Legislativo e Executivo. Funciona, assim, em um sistema híbrido⁶¹ que, em tese, permitiria soluções dentro de um sistema simultaneamente flexível e juridicamente seguro.

A vinculação da jurisprudência por meio de súmulas é relativamente nova⁶² e trouxe uniformização ao determinar que todas as futuras decisões no mérito sigam obrigatoriamente o critério estabelecido pelo STF, mitigando a sobrecarga que atravança a celeridade no judiciário. As súmulas vinculantes não impedem que as matérias alcancem o tribunal, mas permitem que os temas de assuntos incomuns que possam surgir pela via incidental, temas que precisam da atenção do STF em sua interpretação, tenham menos concorrência na pauta.

Os efeitos das ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito *erga omnes* e, salvo modulação, *ex tunc*, retroagindo para surtir efeitos desde o início de sua vigência, incluindo efeito repristinatório nas normas alteradas pela lei declarada inconstitucional⁶³. A modulação é uma exceção aplicada em casos em que a reversão dos efeitos traria insegurança jurídica desproporcional, quando a aplicação *ex nunc* é a alternativa ponderada para preservar os interesses da sociedade⁶⁴.

Esta explicação pode levar à falsa impressão de que o STF (não o Judiciário) é um poder acima dos outros, já que está qualificado para anular a decisão dos outros poderes. A vinculação do entendimento em suas decisões e acórdãos, além da ampliação do alcance de seus veredictos por meio da transcendência dos motivos determinantes da decisão, que levam o efeito além do caso em questão para reafirmar os fundamentos que justificaram solução do julgado, configurariam poder excessivo, se desconsiderado que as deliberações do STF visam manter a ordem constitucional. O equilíbrio entre os poderes ainda se reafirma no poder de legislar sobre a constituição, que não pertence ao judiciário. Nas palavras de Celso de Mello⁶⁵:

⁶¹ ARANTES, Rogério Bastos. Cortes Constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo, e outros, *Dimensões Políticas da Justiça*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, p. 195-206, 2017.

⁶² A lei 9.784/99, sobre processo administrativo, foi modificada pela lei 11.417/06 para incluir novos artigos relativos ao STF e à obrigação da manutenção do entendimento em temas sumulados.

⁶³ Na ADI 4.711/RS de Relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, julgada em 08 ago. 2021 e no DJE de 16 set. 2021, consta textualmente: “2. A declaração de inconstitucionalidade em abstrato de normas legais, diante do efeito repristinatório que lhe é inerente, importa a restauração dos preceitos normativos revogados pela lei declarada inconstitucional, de modo que o autor deve impugnar toda a cadeia normativa pertinente.”

⁶⁴ Lei 9868/1999, 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.”

⁶⁵ BRASIL, STF, *Rcl 5.442 MC/PE*. Reclamação. Pretendida submissão do poder legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Inadmissibilidade. Consequente possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, [...]. Reclamante: JOÃO GUIDO TENÓRIO DE ALBUQUERQUE E OUTROS. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relatoria do ministro Celso de Mello, julgada em 31/08/2007, DJE 06/09/2007. p. 112.

O efeito vinculante e a eficácia contra todos (“erga omnes”), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, **não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF.** (grifo nosso)

Mesmo nos procedimentos criados especificamente para exigir o exercício efetivo de ações e determinar prazo para cumprimento das obrigações constitucionais no campo concreto, no caso a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁶⁶ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁶⁷, a *inertia deliberandi* de órgãos legislativos ainda assim pode comprometer a tramitação de PL sobre o tema em omissão, fato além de ser notoriamente complexo demonstrar que a omissão discutida impossibilita seguramente o exercício do direito⁶⁸, como também a aplicação das medidas para sanar as omissões quando identificadas também configuram mais um apelo ao legislador do que uma possibilidade real de cobrança⁶⁹.

É plausível concluir que para alguma parcela dos constituintes (e dos legisladores de hoje) o conteúdo programático da CRFB tem recepção de utopia em natureza, que os princípios constitucionais são considerados o mínimo no texto mas também são um teto

⁶⁶ Ação regulamentada pela [Lei n° 9868/1999](#)

⁶⁷ Ação regulamentada pela [Lei n° 9882/1999](#)

⁶⁸ Um caso em que a arguição foi procedente, a ADO 30/DF, trata de ofensa à acessibilidade de deficientes auditivos por sua não inclusão no rol de contemplados com a isenção de IPI da Lei n°8.989/95, estabelecendo o período de 18 (dezoito) meses para adoção de medidas legislativas para sanar a omissão. Em comparação a outro caso considerado procedente, a ADO 26/DF, caso sobre a ausência de tipos penais para atos de ódio praticados contra a comunidade LGBTQIA+, a determinação foi a utilização da legislação de repressão ao racismo (lei 7.716/89) até que o parlamento possa suprir a deficiência. A solução não é padronizada e é notável os temas dos dois casos fazem parte da Agenda 2030 da ONU, temas de Direitos Humanos, fato ressaltado na página de busca do próprio tribunal.

⁶⁹ BRASIL, STF, ADI 3.682/MS, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4o do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n° 15/1996. Ação julgada procedente. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, Intimado: Presidente da República. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 09/05/2007, DJE 06/09/2007, página 68, traz o exemplo de um apelo reiterado ao legislador que não cumpriu prazo fixado na EC n°15/1996, fixado mais de 10 anos antes, para completar o conjunto legislativo quanto aos procedimentos de criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Outros prazos já haviam sido perdidos antes e o relator, Min. Gilmar Mendes, definiu que “Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.”

aceitável para a concretização de políticas públicas, que não seria necessário Estado Social efetivo no Brasil. O momento histórico da constituinte, durante o processo de redemocratização após mais de 20 anos de ditadura militar no Brasil, pedia regras - com aplicação real ou não - para que no campo internacional houvesse a percepção de um Estado efetivamente democrático, livre da ditadura militar⁷⁰.

O contexto da criação do texto constitucional alemão apresentou necessidades diversas. Pelo estudo de Eric Hobsbawm⁷¹ sobre as rápidas mudanças ocorridas no século XX, pode-se compreender como a República de Weimar não teve condições de se perpetuar devido aos efeitos da Grande Depressão, que inviabilizou economicamente o acordo tácito entre Estado, empregadores e trabalhadores. A imposição de medidas impopulares e o desemprego, aliados a uma sensação de injustiça pelas sanções impostas ao país após a Primeira Guerra Mundial, criou condições para a atuação demagógica do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães. Essa condição econômica não se repetiu ao final da Segunda Guerra Mundial, quando houve interesse de valorizar a zona capitalista do país com injeção de recursos por meio do Plano Marshall⁷².

Ao final da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida em dois grandes blocos: um sob a tutela da União Soviética, a República Democrática da Alemanha, e outro com as zonas divididas entre os Estados Unidos, a Inglaterra e a França, denominada República Federal da Alemanha. Os representantes dos estados nas zonas atribuídas aos países ocidentais, RFA, se reuniram em Bonn para elaborar uma nova Constituição nos anos de 1948 e 1949⁷³.

Neste contexto histórico de mudanças e revisão de conceitos, houve clara retomada de elementos jusnaturalistas para definir os contornos das novas normas⁷⁴, os estados da RFA assumem explicitamente o caráter social em princípio e a responsabilidade de garantir os

⁷⁰ Sobre este tema, um argumento válido levantado em pesquisa é que a pressão pode estar ligada à interdependência político-econômica e à necessidade de percepção de confiabilidade para manutenção das relações econômicas internacionais, especialmente quanto ao pagamento e rolagem da dívida externa, quando o foco estava em países em desenvolvimento. HAGGARD, Stephan e MAXFIELD, Sylvia. *The Political Economy of Financial Internationalization in the Developing World*. In: KEOHANE, Robert O., MILNER, Helen. *Internationalization and Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 209-236.

⁷¹ HOBBSAWM, Eric. *The Age of Extremes - 1914-1991*. Nova Iorque: First Vintage Books Edition, 1996

⁷² LASSANCE, Antonio. *Recuperação ou reconstrução econômica? As soluções do Brasil diante de uma crise sem igual e de soluções globais assimétricas*. Nota técnica do INESC. Set. 2020. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Lassance-Recupera%C3%A7%C3%A3oOuReconstru%C3%A7%C3%A3oEcon%C3%B4mica_Setembro-2020.pdf. Acesso em: 14 set. 2022.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Neoinstitucionalismo e constitucionalização do Direito.: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. A Evolução dos Direitos Fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v.6, 2005, página 553.

direitos fundamentais por força da vinculação dos poderes na reconstitucionalização, promulgando a Lei Fundamental em 1949⁷⁵. Por meio do dois artigos da Grundgesetz, o artigo 1 e o artigo 20⁷⁶, acontece expressamente a vedação de modificação em seus princípios⁷⁷: os três poderes são formalmente submetidos à dignidade da pessoa humana, subordinando o poder legislativo à ordem constitucional e os poderes executivo e judiciário à Lei e ao direito.

Já foi abordado que o TFC foi criado pela Lei Fundamental na qualidade de “Órgão Constitucional” e que suas competências consistem no conteúdo do controle abstrato das normas e da reclamação constitucional, na verificação do cabimento de normas do direito internacional público no ordenamento interno, na aplicabilidade ou qualificação de regras existentes antes da Lei Fundamental, assim como que os efeitos de suas decisões são vinculantes e assentados na supremacia absoluta do texto constitucional. Em essência, o TFC tem autoridade constitucional, inclusive para detalhar os direitos e garantias decorrentes dos princípios constitucionais⁷⁸.

Retomando o tema da avaliação constitucional dos direitos fundamentais no texto fundamental alemão, Martin Borowski⁷⁹ discorre:

Enquanto os direitos de defesa, no sentido clássico, garantem a liberdade jurídica, os direitos fundamentais sociais visam à liberdade fática. Diferente

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁷⁶ Os referidos artigos da Grundgesetz, traduzidos por Assis Mendonça, dispõem:

“Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.”

“Artigo 20 [Princípios constitucionais – Direito de resistência]

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

(2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

(3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

(4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.”

⁷⁷ Por disposição do artigo 79, fazendo-os inatingíveis mesmo a emendas constitucionais, o que consideramos Cláusula Pétrea. O referido artigo, em seu inciso III, na tradução de Assis Mendonça, dispõe:

“Artigo 79 [Alteração da Lei Fundamental] [...]

(3) Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20.”

⁷⁸ MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005

⁷⁹ BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 17.

não é apenas aquilo que é juridicamente permitido ao indivíduo, mas também que condição ele realmente tem para exercer o direito fundamental.

Martin Borowski, no mesmo texto, explica sobre a força da vinculação constitucional na Alemanha, trazendo o conceito de *leges imperfectae* como um “encargo constitucional não judiciável”⁸⁰, equivalente ao que chamamos no Brasil de Norma Constitucional de Eficácia Limitada⁸¹ e como a existência destas normas é contrária ao conceito essencial de direitos fundamentais pela Grundgesetz⁸².

Uma interpretação dos direitos fundamentais sociais no sentido de normas não vinculantes levaria, por exemplo, a que a simples maioria parlamentar pudesse eliminar, sem substitutivo, quaisquer prestações sociais segundo ponderações de oportunidade política. Esse resultado não pode ser aprovado constitucionalmente. Direitos fundamentais sociais são normas vinculantes.

A discussão que permeia as sentenças do TCF⁸³ abrange o Princípio da Proporcionalidade e a proibição das medidas insuficientes. Não se exige do Estado mais do que é capaz de prover, no sentido de garantir um mínimo existencial de características alinhadas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas a extensão desse limite de pretensão é tema de justo questionamento e a ambição é de maximizar o alcance dos resultados⁸⁴.

Em comparação com os julgados do STF listados acima, a leitura que se encontra no Brasil não é do direito pela perspectiva da dignidade, embora não se questione que essas pessoas em situação de violação de direitos tenham o reconhecimento teórico do que lhes é devido. O debate fica entre a justeza de se determinar políticas públicas por meio do judiciário e como o alcance depende da judicialização do problema.

⁸⁰ BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. *In*: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.25.

⁸¹ Seguindo o conceito do doutrinador José Afonso da Silva, encontrado em SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸² BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. *In*: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.26.

⁸³ MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016.

⁸⁴ CRITSINELIS, Marco Falcão. A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Alemã e sua Transposição para o Direito Público Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 71, p. 122-136, jan./abr. 2017.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aplicar dispositivos legais exige interpretação da norma, esta criada em contexto no qual se fazia necessária e pensada por agentes políticos capazes de inserir esta norma em seu ordenamento jurídico prévio. As teorias e interpretações do direito em outros países e contextos não devem ser desprezadas por isso, mas é preciso cuidar que se entenda como tal dispositivo faz sentido para beneficiar a sociedade de sua localidade original.

O TFC tem prerrogativas que tornam este Órgão Constitucional competente para, com base em extensa análise, determinar o curso de ação dos outros poderes no caso em questão. A supremacia da constituição é na Alemanha o eixo que nenhum dos poderes pode se eximir e o TFC pode estipular o resultado que deve ser alcançado, não em detalhes mas em objetivos, além de estabelecer um limite temporal para concretização das correções em que o Legislativo e o Executivo possam estar em omissão.

Em essência, o TFC fala com a autoridade da constituição, acima dos poderes da república. O STF, por outro lado, deve guardar a CRFB e cumprir uma função aparentemente análoga, mas não possui para isso a competência exigir dos outros poderes com a mesma autoridade que o TFC, já que os outros poderes estão no mesmo patamar do Judiciário. O respeito às instituições (e, mesmo assim, limitado pela vontade política) é, em tese, o fundamento para cumprir as decisões proferidas pelo tribunal, mas é inegável a existência de atritos entre as vontades e prioridades.

A vinculação dos poderes à CRFB não é explícita como determinado na Grundgesetz. Na Alemanha, a discussão sobre princípios e sobre direção programática existe, mas existe também um local para levar a discussão sobre a natureza de direito do que se pretende do Estado, com a capacidade de, com força constitucional, gerar resultados. Enquanto isso, no Brasil, é possível encontrar o argumento da reserva do possível como um salvo conduto de cunho orçamentário para o não cumprimento de obrigações constitucionais, ignorando os requisitos da tese, no centro das demandas judiciais pela manutenção do não cumprimento de uma obrigação constitucional estatal. As respostas, quando os processos chegam ao STF, não costumam beneficiar ao Estado, como visto no tópico STF E A RESERVA DO POSSÍVEL.

A interpretação rasa e distorcida da tese do TFC ignora não apenas que o resultado buscado é a maximização do alcance das políticas públicas, mas, também, que é necessário provar em juízo a incapacidade de organizar o orçamento de forma a incluir os direitos que, por princípio, são fundamentais. A mera alegação de incapacidade financeira é insuficiente para validar a impossibilidade dos resultados esperados da gestão.

Concluindo, no contexto brasileiro, devido à forma que a interpretação das disposições apreende os princípios e a validade dos direitos fundamentais, se a argumentação pela reserva do possível seguir o mínimo da demonstração de sua necessidade, ainda assim, não traria a certeza de que o resultado esperado mas momentaneamente inalcançável é o bem social em seu maior alcance possível. Mais grave: não existe no Brasil mecanismo seguro para garantir que determinada ação discricionária estatal deva ser modificada nos termos de respeito aos direitos fundamentais. Tanto em análise constitucional, em conteúdo, quanto em análise das capacidades processuais, de forma, a tese da reserva do possível se mostra inadequada para aplicação no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, [Grundgesetz (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução: Assis Mendonça. Revisor jurídico Urbano Carvelli. Berlin: Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), 2020.

ALEMANHA, Tribunal Federal Constitucional. BVerfGE 33, 303 (Numerus Clausus). In: MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., p. 656 a 667, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. Cortes Constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo, e outros, **Dimensões políticas da Justiça**, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2017.

BARCELOS, Ana Paula, 30 anos da Constituição de 1988: Direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia P. C., **A república que ainda não foi**: Trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, Belo Horizonte: Fórum, 2018

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547> . Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL, [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL, **DECRETO Nº 591 de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília - DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm . Acesso em 17 set. 2022.

BRASIL, **DECRETO Nº 3.321 de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília - DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm . Acesso em 17 set. 2022.

BRASIL, **Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília - DF: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782compilado.htm Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL, **Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL, **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL, **Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL, STF, Pleno, **ADI 3682/MT - MATO GROSSO**, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996. Ação julgada procedente. [...]. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, Intimado: Presidente da República. Relatoria do ministro Gilmar Mendes, julgada em 09 maio 2007

BRASIL, STF, Pleno, **ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL**, 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. [...] 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. [...] 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. [...] 4. União estável. Normaçoão constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteçõao 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”. [...] 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. [...] Requerente: Procuradoria-Geral da República, Intimado: Congresso Nacional. Relatoria do ministro Ayres Britto, Acórdão de 05 maio 2011.

BRASIL, STF, Pleno, **ADI 4.711/RS - Rio Grande do Sul**, Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Leis estaduais que dispõem sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. 1. Ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei Complementar nº 13.587/2010, do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. [...] Requerente: Procurador-Geral da República, Intimado: Governador do estado do Rio Grande do Sul, Intimado: Assembléia Legislativa do estado do Rio Grande do Sul. Relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, julgada em 08 ago. 2021 e no DJE de 16 set. 2021

BRASIL, STF, **ADI 6129 MC/ GO - Goiás**. Ação direta. Constitucional. Federalismo e respeito às regras de distribuição de competência. Emendas 54 e 55/2017 à Constituição do estado de Goiás. Instituição de regime financeiro. Conceito de despesa de pessoal e limitação de gastos. Desvinculação de gastos com saúde e educação. Competência concorrente para legislar sobre regras de direito financeiro. Inconstitucionalidade formal. Medida cautelar concedida. Relatoria de Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11 set. 2019.

BRASIL, STF, Pleno, **ADO 26/DF - DISTRITO FEDERAL**, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (cf, art. 5º, incisos xli e xlii) – a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do poder público – a situação de inércia do estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima [...] As várias dimensões conceituais de racismo. O racismo, que não se resume a aspectos estritamente fenotípicos, constitui manifestação de poder que, ao buscar justificação na desigualdade, objetiva viabilizar a dominação do grupo majoritário sobre integrantes de grupos vulneráveis (como a comunidade lgbti+), fazendo instaurar, mediante odiosa (e inaceitável) inferiorização, situação de injusta exclusão de ordem política e de natureza jurídico-social [...] Compatibilidade constitucional entre a repressão penal à homotransfobia e a intangibilidade do pleno exercício da liberdade religiosa [...] A questão da omissão normativa e da superação temporal irrazoável na implementação de ordens constitucionais de legislar. A instrumentalidade da ação direta por omissão na colmatação e concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do poder público [...]. Requerente: CIDADANIA (atual

denominação do Partido Popular Socialista - PPS), Intimado: Congresso Nacional, Intimado: Presidente do Senado Federal. Relatoria do ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 13 jun. 2019.

BRASIL, STF, Pleno, **ADO 30/DF - DISTRITO FEDERAL**, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Parcial. *Inertia deliberandi*. Configuração. Direito Tributário. IPI. Aquisição de veículos automotores. Isenção prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95. Políticas públicas de natureza constitucional. Omissão quanto a pessoas com deficiência auditiva. Ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos à mobilidade pessoal, à acessibilidade, à inclusão social e à não discriminação. Direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais. [...] Fica estabelecido o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias a suprir a omissão. Requerente: Procuradoria-Geral da República, Intimado: Congresso Nacional. Relatoria do ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 24 ago. 2020.

BRASIL, STF, **ARE 1.129.152 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL**, Recurso Extraordinário com agravo – servidores públicos estaduais – pagamento fracionado da remuneração – impossibilidade – art. 35 da constituição do estado do rio grande do sul – constitucionalidade da decisão que se ajusta à jurisprudência prevalecente no supremo tribunal federal – consequente inviabilidade do recurso que a impugna – subsistência dos fundamentos que dão suporte à decisão recorrida – “reserva do possível” – considerações – [...] Agravo interno improvido. Reclamante: Estado do Rio Grande do Sul, Reclamado: Sindicato dos Técnicos-Científicos do Estado do Rio Grande do Sul - SINTERGS. Relatoria do ministro Celso de Mello, julgado em 07 dez. 2018.

BRASIL, STF, **Rel 5.442 MC/PE- Pernambuco**. Reclamação. Pretendida submissão do poder legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Inadmissibilidade. Consequente possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, [...]. Reclamante: João Guido Tenório de Albuquerque e outros. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relatoria do ministro Celso de Mello, julgada em 31 ago. 2007, DJE 06 set. 2007

BRASIL, STF, Pleno, **RE 580.252/MS - Mato Grosso do Sul**. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. [...] Tema 365 em repercussão geral. Reclamante: Anderson Nunes da Silva. Reclamado: Estado do Mato Grosso do Sul. Relatoria do ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 16 fev. 2017.

BRASIL, STF, **RE 587.970/SP - São Paulo**. Assistência Social – Estrangeiros residentes no país – Artigo 203, inciso V, da Constituição Federal – Alcance. A assistência social prevista

no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais. Relatoria de Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20 abr. 2017.

BRASIL, STF, Pleno, **RE 657.718/MG - Minas Gerais**. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. [...] Tema 500 em Repercussão Geral. Reclamante: Alcirene de Oliveira. Reclamado: Estado de MG. Relatoria do ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 22 maio 2019.

BRASIL, STF, **RE 1.060.961 AgR/DF - Distrito Federal**. Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Educação. Ensino especial. Implementação de políticas públicas. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Necessidade de reexame de fatos e provas. Súmula 279 do STF. Desprovemento. [...] Agravante: Distrito Federal. Agravado: Flávia Braga Fischer Dias representada por Mônica Mattheke Braga Fischer Dias. Agravado: Pedro Martins Albernaz representado por Patrícia Martins Albernaz. Relatoria de Edson Fachin, Segunda Turma, Data do julgamento: 29 abr. 2019. Inteiro teor do Acórdão, p. 5.

BRASIL, STF, **RE 1.165.054 AgR/ RN - Rio Grande do Norte**. Recurso Extraordinário – Ação civil pública para elaboração de plano municipal de controle da tuberculose – Obrigação jurídico-constitucional que impõe ao poder público o dever de observância do direito constitucional da saúde (CF, art. 196 e seguintes) – Implementação de políticas públicas – Violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – Inocorrência – Decisão que se ajusta à jurisprudência prevaemente no supremo tribunal federal [...] Agravo interno improvido. Agravante: Município de Natal. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relatoria de Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 31 maio 2019.

BRASIL, STF, **RE 1.171.152/SC - Santa Catarina**. Constitucional. Recurso extraordinário. Ação civil pública. Benefícios previdenciários por incapacidade. Prazo de realização das perícias pelo instituto nacional do seguro social. Imposição judicial de realização em até 45 dias, sob pena da implementação automática da prestação requerida pelo segurado. Limites da ingerência do poder judiciário em políticas públicas. Repercussão geral reconhecida. [...] Tema 1066 em repercussão geral. Reclamante: INSS. Reclamado: Ministério Público Federal. Relatoria do ministro Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 03 out. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001.

BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos Sociais em Debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 15-46, 2013.

CRITSINELIS, Marco Falcão. A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Alemã e sua Transposição para o Direito Público Brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, ano XXI, n. 71, p. 122-136, jan./abr. 2017.

CUNHA, José Ricardo. Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística ou sobre por que estamos diante de uma questão ética de primeira grandeza. In: TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos Sociais em Debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 91-126, 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HAGGARD, Stephan e MAXFIELD, Sylvia. The Political Economy of Financial Internationalization in the Developing World. In: KEOHANE, Robert O., MILNER, Helen. **Internationalization and Domestic Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 209-236.

HOBBSAWM, Eric. **The Age of Extremes - 1914-1991**. Nova Iorque: First Vintage Books Edition, 1996.

LANGENFELD, Christine. **Antworten zu den Funktionen der Grundrechte**. Göttingen, [201-]. Disponível em: <https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/f8b38a2770faef6c67b59e505db223d3.pdf/Antworten%20zu%20den%20Funktionen%20der%20Grundrechte.pdf> Acesso em: 10 jun. 2022.

LASSANCE, Antonio. **Recuperação ou reconstrução econômica?** As soluções do Brasil diante de uma crise sem igual e de soluções globais assimétricas. Brasília: Nota técnica do INESC. Set. 2020. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Lassance-Recupera%C3%A7%C3%A3oOuReconstru%C3%A7%C3%A3oEcon%C3%B4mica_Setembro-2020.pdf . Acesso em: 14 set. 2022.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro: o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde. **Revista Pensamento Jurídico**, p. 192-193, 2018.

PORTELLA, André Alves; MACIEL, Leonardo Fernandes Puridade. Reserva do Possível e Inclusão Social. Escassez dos recursos orçamentários e critérios de escolha dos Direitos Sociais a efetivar, à luz da crítica do valor. Rio de Janeiro: **Revista Juris Poesis**. Vol.23 - n° 31, pg.297-322, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 6 ed. Malheiros: São Paulo, 2003

SILVA, Virgílio Afonso da. A Evolução dos Direitos Fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v.6, p. 546-549, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v.4, p. 23-51, 2006.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Aspectos da divisão do poder no Brasil. Relações entre separação dos poderes e federalismo. **TJSP. jus.br**. Escola Paulista da Magistratura, 2019. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/06-federalismo.pdf?d=637006227824437037> Acesso em 19 ago. 2022

YOUTUBE, **Entrevista com o consultor político Paulo Kramer**, TV SENADO, publicado na internet em 03 out. 2017. Tamanho do vídeo (21 '48 ``). Disponível em <https://youtu.be/TiJ5Kyh3CQs> . Acesso em 10 jun. 2022.