

16. O TRATAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM UM CONTEXTO CONSTITUCIONAL: Brasil - Supremo Tribunal Federal

(O presente resumo expõe resultados parciais da pesquisa desenvolvida no projeto intitulado “o tratamento da reserva do possível em um contexto constitucional: uma análise comparativa Brasil – Portugal”)

(Desenvolvido junto ao programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Inovação (UFJF), sob a orientação da prof.^a Dr.^a Cláudia Toledo)

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Carlos Augusto Lima Vaz Da Silva

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais; Políticas Públicas; Princípio da Reserva do Possível; Avaliação Racional; Supremo Tribunal Federal.

Introdução

As políticas públicas que concretizam direitos fundamentais sociais são essenciais para a efetivação de um Estado Social. Elas exigem prestações materiais, ou seja, ações positivas do Estado. Contudo, em muitos momentos, o Estado é omissivo neste dever, impondo-se aos cidadãos pleiteá-los judicialmente. Tal é o contexto de judicialização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse quadro, o Estado alega a impossibilidade financeira de realização dessas políticas públicas, por estar limitado ao princípio da reserva do possível. No entanto, tal invocação se dá de forma genérica, sem haver sua efetiva comprovação. Assim, questiona-se, a avaliação desse princípio tem ocorrido de forma racional no âmbito judicial?

Para tanto, imperioso compreender como tem sido a avaliação desse princípio formal. Seguem-se como referencial teórico as diretrizes estabelecidas por ALEXY (2015, 2017) para avaliação da racionalidade do discurso jurídico.

Inicialmente, objetiva-se identificar os argumentos técnico-jurídicos e políticos envolvidos, a comprovação de limitação à reserva do possível, bem como os direitos fundamentais sociais que têm sido objeto de maior demanda, nas ações judiciais em que se dá sua avaliação.

Metodologia

Inobstante às variadas metodologias de pesquisa com base empírica, em face dos objetivos, adotou-se o método de análise documental, a partir das contribuições de Cellard (2012, pp. 295-316).

Por serem as decisões judiciais registros documentais, tal método proporciona a identificação sobre a forma como um Tribunal compreende um instituto jurídico. Isso permite, ainda, revelar eventuais posições consolidadas, divergências e incoerências nos julgados.

Portanto, tratando-se de análise qualitativa que visa compreender o contexto de produção, a qualidade das informações apresentadas, os autores do documento e seu discurso (CELLARD, 2012, pp. 299-303), tornou-se necessária a realização de alguns recortes na coleta dos dados, os quais são detalhados a seguir.

O recorte institucional limitou a análise ao âmbito constitucional, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão constitucionalmente estabelecido para essa competência, tanto pela via recursal quanto originária.

No recorte temático, limitou-se a busca à expressão “reserva do possível” dada à variedade de termos atribuídos pela doutrina em referência à sua natureza jurídica, a exemplo de: argumento (SILVA, 2017, p. 213-242 e ARELLANO, 2017, p. 393-417), cláusula (PERLINGEIRO, 2014, p. 181-212), conceito (TORRES, 2009, p. 105), doutrina (ZANITELLI, 2013, p. 187-192), princípio (TIMM, 2013, p. 51-62) e teoria (AMORIM, 2015, p. 268-290 e LEAL; ALVES, 2016, p. 587-606).

Tal ocorrência foi apurada em revisão bibliográfica, em que se pôde visualizar a inexistência de um consenso quanto à sua natureza jurídica. Não obstante, a utilização da expressão “reserva do possível”, comum a todas naturezas jurídicas atribuídas, permite que a busca realizada compreenda todas as denominações incorporadas pelo Tribunal em sua jurisprudência.¹

O recorte processual compreende as decisões proferidas em órgãos colegiados (Pleno, 1ª e 2ª Turmas), excluindo-se as decisões monocráticas em razão de, eventualmente, refletirem posicionamento isolado dos Ministros. O recorte temporal é amplo, limitado ao ano de 2017, sem prazo inicial. Isso compreende todos os acórdãos do Tribunal sobre a matéria até então.

Com base nessa metodologia, a execução da pesquisa para seleção do material realizou-se da seguinte forma.

Acesso ao banco de dados através do endereço www.stf.jus.br. Na página inicial, selecionar no menu o item Jurisprudência > Pesquisa.

Em seguida, na página Pesquisa de Jurisprudência, preenche-se o campo Pesquisa Livre inserindo a expressão - reserva adj do adj possível. O operador ADJ permite a busca de palavras aproximadas, na mesma ordem que for colocada na expressão de busca. Nessa pesquisa, não se utilizou a tradicional grafia entre aspas duplas (“”) para pesquisa exata da expressão, na medida em que este recurso não se aplica à base de dados do Supremo Tribunal Federal.

O campo Número é mantido sem preenchimento.

Já no campo Ministro marca-se a opção Todos.

No campo Data insere-se somente o período final em 31/12/2017, permitindo uma busca pelo sistema de toda a jurisprudência da Corte até o momento em questão. O registro de acórdãos tem como referência a data de publicação e não a data de julgamento, sendo esta a referência da tabela que se segue.

Em seguida, os campos Tema, Tese, Tipo de Tese, Ementa/Indexação e Legislação são mantidos sem preenchimento.

No campo Órgão Julgador também não se realiza qualquer marcação, com o fim de permitir a busca tanto em decisões do Plenário (e Plenário Virtual), quanto dos órgãos fracionários (1ª e 2ª Turma). Isso permite o alcance das decisões colegiadas, seguindo a metodologia traçada.

Ao fim, foram selecionados apenas os itens Acórdãos, Repercussão Geral e Acórdãos anteriores a 1950, não realizando qualquer marcação nos itens: Súmulas Vinculantes, Súmulas, Decisões Monocráticas, Decisões da Presidência, Informativo, Questões de Ordem e Todas, visando os acórdãos, conforme recorte proposto.

Dessa seleção resultaram 31 acórdãos, assim sintetizados:

¹ Após análise do material coletado, notou-se que o STF atribui natureza jurídica diversa, além das citadas, a exemplo de “fórmula da reserva do possível” (ARE 745.745 AgR, ARE 727.864 AgR).

Ano	Núm. Acórdãos	Acórdão	Núm. Repercussão Geral	Total/Ano
2003	02	IF 470 / SP IF 1.262 / SP	00	02
2004	00	-	00	00
2005	01	RE 410.715 AgR / SP	00	01
2006	00	-	00	00
2007	01	ADI 3.768 / DF	00	01
2008	01	STA 223 AgR / PE	00	01
2009	01	Rcl 6.568 / SP	00	01
2010	02	SL 47 AgR / PE STA 175 AgR / CE	00	02
2011	03	ARE 639.337 AgR / SP ADI 4.167 / DF RE 369.564 / DF	00	03
2012	00	-	00	00
2013	04	RE 591.352 AgR / AM RE 763.667 AgR / CE RE 567.985 / MT RE 642.536 AgR / AP	00	04
2014	04	ARE 745.745 AgR / MG ARE 727.864 AgR / PR AI 747.402 AgR / BA AI 598.212 ED / PR	00	04
2015	07	ADPF 347 MC / DF ARE 855.762 AgR / RJ ARE 860.979 AgR / DF ARE 875.333 ED / RS RE 591.488 / RS RE 592.591 / RS RE 796.347 AgR / RS	00	07
2016	02	ARE 855.476 AgR / MG RE 553.710 / DF	00	02
2017	03	RE 1.026.698 AgR / MT RE 590.252 / MS RE 597.970 / SP	00	03
TOTAL	31	-	00	31

A presente coleta impõe o descarte do acórdão relacionado à Reclamação n. 6.568 (Rcl 6.568/SP), pois esse julgado surge na busca em razão de registro equivocado da expressão “reserva do possível” em sua indexação. Com isso, trabalha-se com uma seleção inicial de 30 acórdãos.

Resultados Parciais

Após análise do material coletado, verificou-se que seu inteiro teor não permite o acesso à argumentação apresentada pelas partes.

Com essa limitação, a verificação da comprovação dos argumentos relacionados à reserva do possível exigirá uma análise completa dos autos relacionados aos acórdãos selecionados, mediante avaliação das manifestações apresentadas pelas partes.

Esse exame será possível nos autos que possuem registro e tramitação exclusivamente por meio eletrônico, perante o Tribunal². Portanto, a realização de novo recorte processual mostra-se necessário, restando 15 acórdãos para sua análise integral.

Todavia, a análise dos acórdãos coletados do Supremo Tribunal Federal nos termos da proposta inicial permite algumas conclusões parciais, podendo-se relatar que: 1) a referência à reserva do possível prevalece nos casos relacionados ao direito à saúde e à educação, havendo, discussão sobre o direito de acesso à justiça e o direito à assistência social, em menor número; 2) nos argumentos jurídicos é recorrente a referência ao princípio da separação dos poderes, em respeito ao sistema de freios e contrapesos integrante desse princípio; 3) a referência à reserva do possível prevalece em ações do controle difuso, atuando o STF em sua competência recursal.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2015.
_____. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o Poder Público: ensaio de um roteiro decisório. In: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. n. 9, p. 55-97, 2016.

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

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Para Além da Reserva do Possível - Cognição Conglobante e Dialética Pública no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: Revista de Processo, vol. 266, abr. 2017, p. 393-417.

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

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

PERLINGEIRO, Ricardo. ¿ La reserva de lo posible se constituye en un limite a intervencion jurisdiccional en las politicas publicas sociales? In: Revista Estudios Socio-Juridicos, Universidad del Rosario, Bogotá, Vol. 16, n. 2, Jul-Dec, 2014, p. 181-212.

PINTO, Élide Graziane. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2015.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. Vedação ao Retrocesso Social: Reflexões Gerais em um Período de Crise Econômica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 100, Mar-Abr, 2017, p. 71-100.

² As resoluções n. 350/2007, n. 417/2009 e n. 427/2010 do STF regulamentam a implantação de forma gradual do petição e do trâmite exclusivamente eletrônicos perante o Tribunal.

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

TIMM, Luciano Benetti. Qual maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. Direito ao mínimo existencial. São Paulo: Renovar. 2009, p. 105.

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