

Fábio Lopes Alfaia

Juiz de Direito de Primeira Entrância do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas desde 2007. Juiz Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas desde 2007. Procurador do Estado de Roraima (2006-2007). Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM (2004). Especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA (2006). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP (2020). Professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas – ESMAM.

RESERVA DO POSSÍVEL E DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA

Curitiba
Juruá Editora
2020

Visite nossos sites na Internet

www.jurua.com.br e

www.editorialjurua.com

e-mail: editora@jurua.com.br

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

ISBN: 978-65-5605-380-6

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Alfaia, Fábio Lopes.

A385 Reserva do possível e discricionariiedade jurídica./

Fábio Lopes Alfaia./ Curitiba: Juruá, 2020.

332p.: il.; 21,5cm

1. Juízes – Decisões. 2. Discricionariiedade. 3. Ordenamento jurídico. I. Título.

CDD 347.014 (22.ed)

CDU 347.97

000057

Dados Internacionais de Catalogação na Fonte (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	31	
Capítulo I	PREMISSAS ONTOLÓGICAS DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA	37
1.1	DA TEXTURA ABERTA DA NORMA JURÍDICA: DENSIDADE NORMATIVA E LIBERDADE DO APLICADOR	37
1.2	NORMAS JURÍDICAS COMO PLANOS – A TEORIA DE SCOTT J. SHAPIRO.....	51
1.2.1	Natureza e Características dos Planos.....	51
1.2.2	Direito como Atividade de Planejamento Compartilhado	57
1.2.3	Interpretando Planos – Gerenciamento da Confiança, Princípio Meta-Interpretativo e Sistema de <i>Accountability</i>	61
1.2.4	Algumas Críticas à Teoria Jurídica do Planejamento Social	66
1.3	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	68
Capítulo II	DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA – NOÇÕES ELEMENTARES	71
2.1	FUNDAMENTOS NORMATIVOS – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, JUDICIAL E LEGISLATIVA	71
2.2	GRAUS E SENTIDOS DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA	81
2.3	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	95
Capítulo III	LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA	97
3.1	LIMITES SUBSTANCIAIS E PROCEDIMENTAIS	97

3.2	DEVER DE SEGURANÇA JURÍDICA	101
3.3	REGIME DA “ECONOMIA DA CONFIANÇA”: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL	109
3.4	DEVIDO PROCESSO LEGAL E DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO	135
3.5	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	160
Capítulo IV DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – ASPECTOS GERAIS		
163		
4.1	DIREITOS TÊM CUSTOS. DIREITOS SOCIAIS, TAMBÉM: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO GERENCIADOR DE RECURSOS ESCASSOS E DE NECESSIDADES HUMANAS INFINITAS	163
4.2	SOBRE AS LIMITAÇÕES DA ATIVIDADE ESTATAL: A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	173
4.2.1	Origem e Sentidos da Teoria da Reserva do Possível.....	173
4.2.2	Um Exemplo da Incidência da Teoria da Reserva do Possível? O Caso <i>Grootboom</i> (África do Sul)....	189
4.2.3	Um Exemplo da Incidência da Teoria da Reserva do Possível? O Estado de Emergência Econômico-Financeira ou “Estado de Exceção Financeira” (Portugal)	195
4.2.4	A Tortuosa (e Torturante) Prática Brasileira da Teoria da Reserva do Possível	201
4.3	NATUREZA JURÍDICO-DOGMÁTICA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL 13.655/2018	217
4.4	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	229
Capítulo V DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO POSTULADO NORMATIVO		
233		
5.1	REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS NORMATIVOS – A TEORIA DA NORMA JURÍDICA DE HUMBERTO ÁVILA	233
5.1.1	Regras e Princípios – Critérios de Distinção.....	233
5.1.2	Dos Postulados Normativos.....	246
5.1.3	Uma Crítica (Positivista).....	254

5.2	O ART. 22 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO	258
5.2.1	O Primado da Realidade (Reserva do Possível) na Gestão Pública	258
5.2.2	“Reserva do Possível” como Sobrenorma ou Postulado Normativo Aplicativo: Respeito do Controlador à Discricionariedade do Gestor e Consequencialismo Jurídico (Art. 20, LINDB).....	267
5.3	CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	285
	CONCLUSÃO	289
	REFERÊNCIAS	301
	ANEXO	319
	ÍNDICE REMISSIVO	321