

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP

Lara Augusta Monteiro Sabbag Silva

A Reserva do Possível e a Efetivação dos Direitos Sociais Constitucionais

Trabalho de Conclusão de Curso

São Paulo  
2025

Lara Augusta Monteiro Sabbag Silva

A Reserva do Possível e a Efetivação dos Direitos Sociais Constitucionais

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Pontifícia Universidade Católica  
de São Paulo, como exigência parcial para  
a conclusão do Curso de Graduação, sob  
orientação do Prof. Dr. Renato Barth Pires.

São Paulo

2025

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -  
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Silva, Lara Augusta Monteiro Sabbag  
A Reserva do Possível e a Efetivação dos Direitos Sociais  
Constitucionais. / Lara Augusta Monteiro Sabbag Silva. --  
São Paulo: [s.n.], 2025.  
60p. ; cm.

Orientador: Renato Barth Pires.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -- Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, Graduação em Direito,  
2025.

1. Direito Constitucional . 2. Direitos Sociais . 3.  
Reserva do Possível . 4. Efetivação das normas  
Constitucionais. I. Pires, Renato Barth. II. Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, Trabalho de Conclusão de  
Curso para Graduação em Direito. III. Título.

CDD

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Renato Barth Pires, professor exemplar que me cativou no Direito Constitucional.

À minha mãe, Fernanda Augusta Jacó Monteiro, a quem devo minha formação acadêmica, sentimental e, sobretudo, espiritual.

Estudante: aplica-te com espírito de apóstolo aos teus livros, com a convicção íntima de que essas horas e horas são já - agora! - um sacrifício espiritual oferecido a Deus, proveitoso para a humanidade, para o teu país, para a tua alma.

*São Josemaria Escrivá, Sulco, 522.*

## RESUMO

SILVA, Lara Augusta Monteiro Sabbag.

### **A Reserva do Possível e a Efetivação dos Direitos Sociais Constitucionais**

O presente trabalho tem por escopo analisar a aplicação da teoria da reserva do possível como fator limitador da concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, notadamente diante do dever estatal de assegurar sua eficácia. Justifica-se a escolha do tema pela crescente tensão entre a escassez orçamentária e a exigibilidade de prestações materiais por via judicial, o que evidencia a necessidade de uma abordagem que compatibilize a força normativa da Constituição com os limites da realidade econômica do Estado.

Sustenta-se como hipótese que a efetivação dos direitos sociais deve ser assegurada por meio da ponderação entre princípios constitucionais, observando-se os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo vedada a invocação genérica da reserva do possível para obstar o cumprimento de deveres estatais previstos na Constituição Federal.

Para tanto, adotou-se o método de abordagem qualitativa, com base na hermenêutica constitucional, na teoria do sopesamento dos direitos fundamentais de Robert Alexy, bem como na teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse e na análise jurisprudencial de julgados do Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se que a Corte Constitucional brasileira tem consolidado o entendimento de que a reserva do possível não pode se sobrepor ao mínimo existencial. É dever do Poder Judiciário, portanto, atuar como garantidor subsidiário da eficácia dos direitos sociais, sem comprometer a separação dos poderes, mas exigindo fundamentação técnica e análise concreta da capacidade financeira estatal.

**Palavras-chave:** direitos sociais; reserva do possível; efetivação dos direitos constitucionais; separação dos poderes; proporcionalidade.

## ABSTRACT

**SILVA, Lara Augusta Monteiro Sabbag.**

*The Budgetary Feasibility Doctrine and the Enforcement of Constitutional Social Rights*

This paper explores the application of the “reservation of the possible” — a Brazilian constitutional doctrine used to justify limitations on the fulfillment of social rights due to fiscal constraints — and how it affects the enforcement of rights guaranteed by the 1988 Federal Constitution. The discussion is especially relevant given the ongoing tension between limited public budgets and increasing judicial demands for the State to comply with its constitutional obligations.

The central argument is that social rights must be guaranteed through a principled balancing of constitutional norms, guided by proportionality and reasonableness. Financial limitations, while relevant, cannot be relied upon in a generalized or abstract manner to excuse noncompliance with duties explicitly imposed by the Constitution.

The study adopts a qualitative, interpretive methodology, drawing on constitutional hermeneutics, Robert Alexy’s theory of balancing fundamental rights, Konrad Hesse’s concept of the Constitution’s normative force, and key decisions of the Brazilian Federal Supreme Court.

The analysis concludes that the Court has consistently affirmed that the reservation of the possible may not override the existential minimum — that is, the essential content of fundamental rights necessary to uphold human dignity. In this context, the Judiciary has a subsidiary yet crucial role in securing the effectiveness of social rights, provided that its interventions are technically grounded, case-specific, and respectful of institutional boundaries set by the principle of separation of powers.

**Keywords:** social rights; budgetary feasibility; constitutional enforcement; separation of powers; proportionality; existential minimum.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>11</b>
1.1 A Eficácia Constitucional para Konrad Hesse .....	12
1.2 A aplicação dos conceitos de Konrad Hesse nos julgados do STF - uma análise do Agravo Regimental n. 745.745 .....	15
1.3 A Limitação dos Direitos Fundamentais e o instrumento do sopesamento para Robert Alexy .....	19
<b>2. EFICÁCIA E RESTRINGIBILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>25</b>
2.1 O conteúdo essencial do direito .....	27
2.2 Crítica ao modelo de classificação das normas em <i>eficácia plena, contida e limitada</i> .....	29
<b>3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>31</b>
3.1 Os direitos fundamentais – conceito e evolução histórica .....	32
3.2 Separação dos poderes - o Poder Judiciário como meio de efetivação dos direitos sociais.....	35
<b>4. A RESERVA DO POSSÍVEL .....</b>	<b>43</b>
4.1 Comentários acerca da atuação do Poder Judiciário frente à reserva do possível .....	45
4.2 Sentenças aditivas e suas implicações orçamentárias .....	48
<b>5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL – DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>51</b>
5.1 A proteção do mínimo existencial no sistema carcerário brasileiro - HC 172136/SP .....	51
5.2 Determinação de concurso público pelo Poder Judiciário – direito à saúde e os limites da reserva do possível no RE 684612/RJ .....	53
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) conferiu centralidade aos direitos sociais, integrando-os ao núcleo dos direitos fundamentais e estabelecendo sua efetivação como um dos compromissos do Estado Democrático de Direito. A concretização desses direitos, no entanto, permanece um dos principais desafios do constitucionalismo contemporâneo. A distância entre a normatividade constitucional e a realidade fática, agravada por limitações financeiras e estruturais, revela um cenário no qual a efetividade dos direitos sociais frequentemente depende da mediação judicial. Nesse contexto, destaca-se a relevância da teoria da reserva do possível, utilizada como fundamento para justificar a omissão estatal diante de demandas prestacionais.

A reserva do possível, ao estabelecer um vínculo entre a concretização dos direitos sociais e a disponibilidade de recursos públicos, impõe limites à atuação estatal. Ainda que legítima sob o ponto de vista orçamentário, essa teoria não pode ser interpretada como cláusula absoluta. Sua aplicação exige compatibilização com o princípio do mínimo existencial, que consagra um núcleo intangível de direitos fundamentais indispensáveis à dignidade da pessoa humana. A presente pesquisa propõe-se a investigar os limites e as possibilidades dessa compatibilização, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina constitucional contemporânea.

Nesse esforço investigativo, busca-se analisar de que maneira o STF tem fundamentado suas decisões ao aplicar a reserva do possível em casos que envolvem direitos sociais, especialmente com base em critérios como proporcionalidade, razoabilidade e técnica do sopesamento. Também se pretende compreender como o princípio do mínimo existencial atua como limite à alegação de insuficiência orçamentária, bem como em que medida é legítima a atuação do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas prestacionais, diante da omissão dos demais Poderes.

Para tanto, parte-se da análise da eficácia das normas constitucionais, compreendendo-se que a Constituição não pode ser reduzida a um conjunto de disposições simbólicas. A teoria da força normativa da Constituição, desenvolvida por Konrad Hesse, contribui para a compreensão do papel transformador da norma constitucional, ainda que condicionada à realidade fático-social. Ao lado dessa concepção, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy oferece os

instrumentos metodológicos necessários à resolução de conflitos entre princípios constitucionais, especialmente por meio da técnica do sopesamento.

A análise crítica da eficácia constitucional revela que a limitação de direitos fundamentais não pode ocorrer de forma arbitrária, tampouco desvinculada da ideia de conteúdo essencial. Nesse sentido, a ponderação deve ser realizada com base em critérios objetivos, respeitando os parâmetros da proporcionalidade, da razoabilidade e da proteção da dignidade humana. A restrição orçamentária, portanto, não pode servir de escusa genérica para o descumprimento das obrigações constitucionais, sobretudo quando compromete o núcleo mínimo dos direitos sociais.

A atuação do Poder Judiciário ganha relevo nesse cenário, especialmente diante da omissão dos demais Poderes. Ao interpretar e aplicar diretamente a Constituição, o Judiciário assume a função de assegurar a sua pretensão de eficácia, ainda que isso implique interferência em escolhas administrativas ou legislativas. A tensão entre a efetividade dos direitos sociais e a separação dos poderes exige uma releitura do papel institucional do Judiciário, especialmente à luz dos princípios estruturantes do Estado constitucional e das demandas crescentes por justiça distributiva.

## 1. A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O estudo da aplicabilidade das normas constitucionais é o ponto de partida deste trabalho pois, permitirá análise do fundamento cogente dos direitos sociais. O direito positivo – sobretudo o direito constitucional – é o que fundamenta, para o indivíduo e para a coletividade, o direito a uma determinada prestação do Estado. Entretanto, como se verá com mais detalhes em seguida, o texto constitucional esbarra em diversas barreiras que prejudicam sua aplicabilidade.

Em verdade, no caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já no preâmbulo se desenham os objetivos da Assembleia constituinte: “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...) como valores supremos de uma nova sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”. Contudo, ainda que a intenção do legislador constituinte seja das mais nobres, nem sempre a norma constitucional possui força para impor-se socialmente.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 75) pontua que nenhuma lei é editada para não ser cumprida. As normas jurídicas, ao seu dizer, “não são opiniões, meras aspirações ou plataforma política”. Mais que isso: o autor defende ser necessário o descompasso entre a norma e o que existe na realidade. Caso contrário, seria desnecessária a regra, uma vez que aquilo que ordinária e invariavelmente já ocorre não precisa impor-se por via legal.

Ainda assim, o limiar entre o texto constitucional e a realidade deve dar-se com cautela, sob risco de tornar o texto ineficaz. Barroso (2009, p. 76) pontua: “Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido”. Por essa razão, é essencial que se alcance o equilíbrio entre estes dois fatores: a realidade econômico-social e os objetivos a serem alcançados pela sociedade na qual o ordenamento jurídico está inserido.

O presente capítulo busca entender, por meio da análise doutrinária e jurisprudencial, o que é a eficácia constitucional e o que torna as normas eficazes. Também serão analisadas a classificação das normas de acordo com sua eficácia. Por fim, serão abordados temas da restringibilidade de direitos, com o objetivo de entender se este fenômeno impacta na eficácia constitucional.

### 1.1 A Eficácia Constitucional para Konrad Hesse

Konrad Hesse, em sua obra “A Força Normativa da Constituição”, busca entender como se relacionam as *estruturas de poder reais* e a Constituição de um determinado Estado. Para melhor alinhar os termos: o doutrinador define como *Constituição Real* as forças que, de fato, exercem domínio sobre a estrutura do Estado; eis o poderio militar, econômico, social, dentre outros. Variam, em verdade, conforme o momento histórico em análise, havendo constante modificação nestes fatores de poder. Já a *Constituição Jurídica* consiste no documento que traduz essa estrutura de poder.

O autor busca, ao longo do trabalho, entender se seria a Constituição Jurídica “apenas um pedaço de papel”, como apontado por Ferdinand Lassalle, ou se teria este documento força normativa própria, capaz de produzir efeitos reais. Para Lassalle, a Constituição apenas se torna eficaz se - e somente se - refletir as condições reais de poder que estruturam determinada sociedade. Não passaria, portanto, de um conglomerado de conceitos que serve apenas para representar, por meio de palavras, aquilo que já existe como estrutura na sociedade. Assim, a força constitucional está inteiramente condicionada e sucumbe à menor incongruência entre realidade e a lei.

Não é o que sustenta Konrad Hesse. Para o autor, a Constituição Jurídica possui força normativa - desde que observados certos requisitos e pressupostos. Significa dizer que, apesar de a Constituição ser, em um primeiro momento, apenas um documento, é possível que este se torne meio ativo de modificação da sociedade. Em suas palavras:

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função se não a de constatar fatos criados pela Realpolitik.  
(...)  
Se a ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição Real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser.” (HESSE, p. 11)

De início, deve-se observar o condicionamento recíproco entre a Constituição Jurídica e a realidade político-social. Faz-se necessário encontrar o equilíbrio entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas e a normatividade alheia às estruturas que comportam a realidade. Nesse sentido, evita-se que haja a separação absoluta entre a realidade e a norma, entre o ser (*Sein*) - representando a

realidade fática -; e dever-ser (*Sollen*) - como sendo o conteúdo constitucional jurídico. Ambos devem caminhar juntos, com a consciência de sua interdependência.

É também introduzido o termo *pretensão de eficácia (Geltungsanspruch)*, que consiste na intensão da norma em produzir efeitos que repercutem na realidade. Por meio desta expressão insere-se a seguinte ideia:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade político e social.

(...)

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (HESSE, 1991, p. 15)

Em um segundo momento, tomada ciência da necessidade da mutualidade entre o *ser* e o *dever ser*, reforça o autor a necessidade de considerar os limites e as possibilidades da atuação da Constituição Jurídica. Ainda que a Constituição busque imprimir em seu texto um objetivo a ser buscado, este deve respeitar os limites impostos pela própria realidade - sob a pena de tornar-se completamente esvaziada de força normativa. Entende-se que “A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente” (HESSE, 1991, p.18).

Demarcadas as devidas ressalvas iniciais, o autor passa a analisar as premissas necessárias para que a Constituição se converta em força normativa eficaz. A capacidade constitucional de impor tarefas depende da vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que pode ser resumida em três fatores.

Em primeira instância, é necessário que a sociedade a que se dirige a constituição tenha compreensão - ainda que inconsciente - de que a Constituição é necessária para que se mantenha a ordem, em oposição ao arbítrio das autoridades. Ademais, deve-se depositar confiança no conteúdo escrito, de forma que prevalece a convicção de que a Constituição é legitimada pelos fatos. Este processo de validação deve ser constante, isso é: a Constituição deve manter-se conforme a realidade, com especial atenção às mudanças histórico-culturais daquela sociedade. Nesse sentido:

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em forma ativa. Como demonstrado, daí decorrem seus limites. Daí resultam também os *pressupostos* que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. (HESSE, 1991, p. 20)

Por fim, faz-se necessária a intenção de torná-la força normativa, por meio de atos de vontade que se manifestam consoante o texto normativo.

Concluídas as premissas expostas pelo doutrinador, parte-se para análise do conteúdo e da práxis constitucional. Quanto ao *conteúdo* enumeram-se três aspectos essenciais, quais sejam: a correspondência com o real; a pouca quantidade de princípios fundamentais, que devem guardar condições para serem postos em prática; e a absorção do contrário. Já em relação à *práxis*, reúnem-se também três princípios: a preservação da vontade constitucional; evitar revisões excessivas por causas políticas e a interpretação conforme a finalidade da norma. Vejamos.

A correspondência do conteúdo constitucional à natureza singular do presente é um dos fatores que assegura o desenvolvimento da força normativa. Aqui, não se refere somente elementos sociais, econômicos e políticos, mas sim o *estado espiritual* de seu tempo (*Geistige Situation*).

Podemos citar como exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, promulgada após longo período de ditadura militar, buscou refletir em seus artigos o espírito democrático que dominante, prestigiando o devido processo legal, o combate à tortura, a separação dos poderes, o voto secreto, direto, universal e periódico, dentre outros aspectos. A Constituição correspondeu ao *estado espiritual* do povo brasileiro à época, permitindo que se estabilizasse como sólida constituição, dotada de grande força normativa.

Ademais, Hesse considera fundamental que sejam poucos os princípios fundamentais que estruturam a Constituição. Dessa forma, as condições de desenvolvimento seriam maiores. Não só: deve-se evitar a constitucionalização de interesses momentâneos, tendo em vista que estes, dotados de alta volatilidade, caem em desuso com o passar do tempo e põe em jogo a confiança de soberania no texto em sua totalidade.

Por último, pondera-se que o conteúdo constitucional deve incorporar também parte da estrutura contrária, havendo uma relação de equivalência entre direitos e deveres. Não somente: deve-se também evitar o unitarismo, de forma que, em momentos de crise, seja possível encontrar equilíbrio entre posicionamentos divergentes.

No que tange à *práxis*, encontramos certo paralelismo com o que já foi anteriormente explicado em relação ao *conteúdo*. É importante que, para a manutenção da força normativa da Constituição, seja preservada a obediência ao que

nela está prescrito, por meio de atos concretos. É essencial que “as forças em condições de violá-la ou alterá-la mostrem-se dispostas a render-lhe homenagem” (HESSE, 1991, p. 25). Assim, torna-se perigosa a revisão frequente por motivos políticos, visto que desvaloriza a confiança no texto.

Não menos importante se mostra a interpretação do texto, que deve se dar consoante o sentido (finalidade) da proposição normativa - e não apenas em uma interpretação sintático-gramatical.

Em resumo, extrai-se do texto que a Constituição Jurídica está, em verdade, condicionada pela realidade histórica. Contudo, transpassa o mero reflexo das estruturas já formadas: a Constituição pode e deve tornar-se elemento normativo capaz de produzir efeitos concretos na realidade, de maneira que o *dever ser* nela expresso torne-se também *ser* na sociedade em que está inserida.

Para o trabalho aqui desenvolvido é de extrema pertinência a tese desenvolvida pelo autor. Em verdade, os Direitos Sociais prescritos na Constituição Federal de 1988 são o *querer ser* constitucional: estabelecem um padrão, um parâmetro a ser constantemente aspirado. Não somente: deve-se agir, por meio de atos concretos de efetivação, para que estes direitos sejam resguardados.

Contudo, não se pode ignorar o condicionamento das normas prescritas à realidade fática do Estado. No caso deste estudo, o limite da realidade que obsta a realização plena da norma constitucional é a *Reserva do Possível*, que nada mais é do que a limitação econômica do Estado diante dos recursos finitos de que goza. Resta demonstrado, portanto, a importância do vocábulo e da tese desenvolvida pelo doutrinador para melhor entendimento do tema deste trabalho.

## **1.2 A aplicação dos conceitos de Konrad Hesse nos julgados do STF - uma análise do Agravo Regimental n. 745.745**

Trata-se de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. O caso em análise diz respeito à obrigação do Estado em fornecer o acesso à saúde, e, em caso de omissão da Administração Pública, se teria o Poder Judiciário competência para assegurar este direito constitucional.

Ainda que a argumentação do Relator Ministro Celso de Mello não utilize a mesma terminologia adotada pelo doutrinador Konrad Hesse, é nítida a relação entre os argumentos e a estrutura constitucional por ele formulada. Veremos, com mais atenção, a relação entre ambos.

A decisão é estruturada de forma a prestigiar, em diversos momentos, o texto constitucional. É nítida a intenção do Ministro em garantir o fiel cumprimento da vontade constitucional, com o objetivo de proteger a força normativa desta.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. (BRASIL, Ag. Em RE n.º 745.745, 2014, p. 13)

É a denominada *vontade de Constituição*, que permite que o texto Constitucional deixe de ser mera recomendação para tornar-se norma cogente, capaz de produzir efeitos. Essa capacidade de produzir efeitos está justamente na possibilidade de imposição da vontade constitucional - *in casu*, pelo Poder Judiciário - deixando de ser mera faculdade à mercê da discricionariedade da Administração Pública.

Também se desenvolve na decisão o raciocínio semelhante ao de Hesse quando se conclui que a omissão da Administração Pública em garantir o direito de acesso à saúde demonstra “um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República”. Este desprezo ao texto constitucional por meio de omissões do Poder Público é descrito como o cenário desejável oposto àquele descrito por Hesse (1991, p. 25):

Se os pressupostos da força normativa encontram correspondência na Constituição, **se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem**, se também, em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configurará verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.

A decisão também pondera, em seu fundamento, a questão do condicionamento recíproco entre a Constituição e a realidade econômica brasileira, de maneira a reconhecer que não é possível exigir que se realize o previsto na norma sem levar em consideração os recursos limitados do Estado:

Não se ignora que 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do

comando fundado no texto da Carta Política. (BRASIL, Ag. Em RE nº 745.745, 2014, p. 7)

Este é, em verdade, a primeira e principal ressalva do doutrinador estudado, que, por diversas vezes, condiciona a eficácia das normas constitucionais à observação da realidade econômico-social do Estado em que está inserida, sob pena de tornar-se inutilizável: “Isso significa que o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus limites. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado” (HESSE, 1991).

Contudo, a decisão aponta que não são poucas as vezes em que se manipula a realidade econômica do Estado de forma a suscitar falsa impressão de que não há recursos disponíveis para realização da vontade constitucional. Trata-se, na verdade, de modo ardiloso para que a Administração Pública se exima de cumprir com a norma - podendo, assim, realocar os recursos financeiros para outros fins mais agradáveis à vontade dos que detém o poder:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (BRASIL, Ag. Em RE n.º 745.745, 2014, p. 13 apud ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Nesse cenário, não se pode deixar de mencionar que o Supremo Tribunal Federal, por meio de entendimentos vinculantes, já consolidou critérios objetivos para a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais, especialmente no tocante ao direito à saúde. O julgamento do Tema 6 da repercussão geral (RE 566.471/RS) fixou a tese de que, embora em caráter excepcional, a necessidade de fornecimento de tratamento medicamentoso não previsto nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde - SUS autoriza a intervenção judicial.

Tal intervenção, no entanto, deve observar os requisitos previstos no julgado, dos quais se destaca: 1) negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa; 2) impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; 3) comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco; 4) imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada

mediante laudo médico fundamentado; e 5) incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento, cujo ônus da prova recai sobre o autor da ação. A Súmula Vinculante 61 reafirma os critérios estabelecidos no Tema 6, impondo balizas técnicas à atuação judicial em casos que envolvam medicamentos registrados, porém não incorporados ao SUS.

Já Tema 1234 da repercussão geral (RE 1.366.243/SC) abordou outra questão relevante: a sistematização da atuação judicial e administrativa em demandas de fornecimento de medicamentos com custo anual elevado, registrados ou não na ANVISA. Nesse julgamento, o STF decidiu sobre a competência dos Entes Federativos perante o pedido de fornecimento de medicamentos. No caso de medicamentos devidamente registrados pela Anvisa, compete à Justiça Estadual julgar os processos cujo valor da causa seja inferior a 210 salários mínimos, enquanto os casos cujo valor seja igual ou superior a esse limite devem ser processados e julgados pela Justiça Federal. Já nas hipóteses que envolvam medicamentos ainda não registrados na Anvisa, prevalece a competência da Justiça Federal, conforme entendimento firmado no Tema 500 da repercussão geral. Essa delimitação busca garantir maior racionalidade e especialização na tramitação dessas demandas, respeitando tanto a organização federativa quanto os fluxos de atuação entre os entes públicos.

Com base nesse entendimento, a Súmula Vinculante n. 60 estabeleceu que tanto a tramitação administrativa quanto a judicialização dessas demandas devem respeitar os fluxos previstos nos acordos homologados, o que busca conferir maior racionalidade e previsibilidade à política pública de saúde. A organização dessas diretrizes foi sistematizada em dois enunciados vinculantes recentemente aprovados.

Com isso, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que reconhece os limites orçamentários e operacionais do Estado, não admite a invocação genérica da reserva do possível como justificativa para a não prestação de serviços públicos essenciais. Os precedentes vinculantes acima citados demonstram um esforço claro da Corte em garantir a máxima efetividade do texto constitucional, mediante critérios técnicos e controle da omissão estatal. A lógica subjacente a tais decisões dialoga diretamente com a teoria de Konrad Hesse: reconhece-se que a Constituição não deve apenas refletir a realidade, mas também projetar, de forma normativa, transformações concretas na vida social, exigindo dos Poderes Públicos uma atuação compatível com sua pretensão de eficácia.

Em conclusão, observa-se que a tese de Konrad Hesse repercute, ativamente, no ordenamento jurídico brasileiro - sobretudo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não se utilizem os mesmos temas, é nítido que há autêntica preocupação da Suprema Corte em tornar a eficácia constitucional cada vez maior - e, para tal, segue diversos dos pressupostos e condições apontadas pelo autor.

### **1.3A Limitação dos Direitos Fundamentais e o instrumento do sopesamento para Robert Alexy**

Não menos importante se mostra a teoria desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy, em sua obra "Teoria Geral dos Direitos Fundamentais". Nela, são abordados conceitos necessários para melhor entendimento da problemática deste trabalho, tais como definição de princípios e a possibilidade de restrições dos direitos fundamentais, bem como a apresentação do método da *ponderação*, que objetiva sistematizar a forma de equilibrar princípios colidentes no caso concreto.

O autor dedica o terceiro capítulo à análise dos princípios e valores, definindo-os e distinguindo-os. Inicia a diferenciação classificando os princípios como conceitos deontológicos, ao passo que os valores seriam conceitos axiológicos. Significa dizer que os princípios são mandamentos que se encontram na esfera do dever-ser. Já os valores estão voltados à concepção do bom: refletem certas qualidades desejadas pelo ordenamento jurídico em que estão inseridas. Neste caso, a diversidade no campo dos valores se dá por dissonância nos critérios utilizados para definir valores. Questiona-se: o que seria bom, desejável?

Entende-se que para definir a métrica do que é um valor, são utilizados variados critérios, aos quais serão atribuídos pesos e, posteriormente, comparados. Neste sentido pontua Alexy (1986, p. 150):

Em geral, valorações baseiam-se em diversos critérios, entre os quais é necessário sopesar, porque esses critérios competem entre si. A classificação como "bom" é, então, expressão de uma valoração global.

Ainda no que toca aos valores, pontua que estes se subdividem em classificatórios, comparativos e métricos. O caráter classificatório dos valores determina que o objeto analisado pode conter um valor positivo, negativo ou neutro. É o que ocorre, por exemplo, quando se classifica o sistema de governo totalitarista como "bom" ou "ruim".

Já o caráter comparativo dos valores permite que seja criada uma estrutura de hierarquia, na qual dois objetos serão comparados e analisados, a fim de que se conclua qual possui maior ou menor valor, ou, ainda, se são equivalentes. Como exemplo, podemos comparar dois sistemas de governo distintos: o totalitarista e o democrático. Neste caso, ao compará-los, podemos concluir que o regime democrático de direito é mais valioso que o totalitário, quando utilizado o critério de comparação da participação do cidadão no sistema de governo. Para definir a métrica utilizada nas comparações, o autor pontua que, quanto mais precisos forem os pesos para se atribuir valor, mais preciso será o resultado da comparação:

A valoração mais exata é possível por meio de um conceito valorativo métrico, que é utilizado quando aos objetos a serem valorados é atribuído um número que indica seu valor. Um exemplo paradigmático de valoração métrica ocorre quando o valor de um terreno é expresso por meio de uma soma em dinheiro. (ALEXY, 1986, p. 146)

Os princípios, por sua vez, são caracterizados como mandamentos de otimização, isso é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Em contraponto, as regras são normas que serão satisfeitas ou não-satisfeita, inexistindo “meio cumprimento”. Ambos os conceitos de *princípio* e *regra* estão inclusos no gênero *norma*.

Ato contínuo, o autor melhor distingue princípios e regras tratando da forma como são solucionados conflitos. As regras, por serem normas que não admitem “meio-cumprimento”, só podem deixar de ser aplicadas no caso concreto na hipótese de preverem cláusula de exceção que elimine o conflito, ou, ainda, se uma delas for declarada inválida. Em contraponto, um princípio, quando colidente com outro, não será declarado inválido, tampouco deixará de ser aplicado. A solução será determinar qual princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Nesse sentido pontua Alexy (1986, p. 94) : “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”

A atribuição de critérios de valoração (no caso dos valores) e das regras de valoração (no caso dos princípios) é o método pelo qual se permite ordenar dois princípios ou valores colidentes no caso concreto. Para melhor ilustrar, utilizaremos exemplos que dizem respeito ao tema deste estudo.

Ao analisarmos o direito à saúde, podemos considerá-lo um valor ou um princípio. Se for constatado como valor, o direito à saúde se mostra bom pelos seguintes critérios: garantia da dignidade da pessoa humana, direito à vida. Se for considerado um princípio, temos que o direito à saúde é um dever-ser: isto é, dados os valores da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, o direito à saúde se torna um princípio a ser introduzido e perseguido pelo Ordenamento Jurídico. Um conflito entre o direito à saúde e a reserva do possível pode ser solucionado sob ambas as óticas, valorativa e principiológica.

No caso dos valores, analisar-se-á se o valor da dignidade da pessoa humana e o direito à vida são tão relevantes quanto ou mais relevantes que a responsabilidade fiscal, a autonomia dos poderes e a democracia representativa (visto que os administradores públicos foram eleitos para que pudessem administrar o bem público conforme a vontade do povo). Já no caso dos princípios, a lógica do sopesamento irá abarcar o conceito de “dever-ser”, na qual o aplicador do direito não analisará a ótica de qual possui mais valor, mas qual possui aplicabilidade mais relevante segundo os objetivos constitucionais.

Em sequência, são introduzidas as ideias de *sopesamento* de valores e princípios. Ocorre que, em um determinado ordenamento, será constante a necessidade de equilibrar valores e princípios que, no caso concreto, tornam-se colidentes. Para tal, se poderia tentar atribuir valores numéricos aos objetos comparados, de maneira que ilustrem quantitativamente a decisão.

Entretanto, essa atribuição de pesos deve ser realizada sempre diante do caso concreto, não sendo possível uma ordenação rígida de princípios e valores que se aplique a todo e qualquer caso. O caso concreto é o que permite o estabelecimento das *relações de precedência condicionadas*, que consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em relação à outra.

Nesse sentido, o autor pontua diversas críticas que podem ser feitas ao modelo de sopesamento (seja de valores ou de princípios). A mais importante, para resolução deste trabalho, é a insegurança gerada pela decisão do aplicador do direito: em um quadro de variáveis incertas e pesos arbitrários, as decisões acerca do problema dificilmente serão previsíveis. Neste sentido:

Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando

daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não racional ou irracional. (ALEXY, 1986, p. 165)

Ainda que coerente a crítica realizada a este método de solução de conflitos, é possível combatê-lo com a adoção do modelo fundamentado, em detrimento ao modelo divisionista. Neste, o sopesamento se resume à formulação de enunciado de preferências em que a atribuição de pesos é resultado de um processo psíquico, baseada em concepções subjetivas e não controlável racionalmente. Em contrapartida, no modelo fundamentado, a criação do enunciado, ainda que tenha origem no processo psíquico de racionalização, precisa ser fundamentado com preposições e conclusões lógicas e racionais. Dessa forma:

Assim, para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às conseqüências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas. Nesses termos, a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas não é diferente da fundamentação de regras semânticas criadas para tomar conceitos vagos mais precisos. (ALEXY, 1986, p. 167)

A fundamentação, portanto, é o núcleo que permite a utilização do sopesamento como meio jurídico válido para solucionar conflitos entre princípios e valores no caso concreto. Ademais, o raciocínio lógico construído para fundamentar determinada decisão deve seguir certas regras de existência.

Em um primeiro momento, postula-se a lógica da proporcionalidade, denominada *lei do sopesamento*. Significa dizer que, no caso concreto, o que justifica a não-satisfação de um determinado princípio é o grau de importância de outro. Esta relação deve ser demonstrada de forma direta e explícita, vez que seria injustificável a não-aplicação de uma norma sem que dela se extraia a satisfação de outra.

É o que ocorre, por exemplo, quando tratamos do direito à saúde e a reserva do possível. Só é juridicamente aceitável restringir o direito à saúde na medida em que o custo do tratamento de fato causaria impactos no equilíbrio econômico do ente que tem o dever de financiá-lo: caso contrário haveria grave violação ao direito fundamental sem que houvesse contrapartida razoável para tal. Conforme pontua Alexy (1986, p. 167): “a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância satisfatório do outro”.

Por meio deste postulado extrai-se que o grau de importância dos valores e princípios não é inerente à sua existência (pesos absolutos), mas sim condicionado à situação fática em análise (pesos relativos).

Em um segundo momento, o autor argumenta que o sopesamento deve sempre ser realizado em face do ordenamento constitucional. Significa dizer que o operador do direito, ao deparar-se com situação na qual seja necessário aplicar as regras de sopesamento, deverá ter em vista não os pesos atribuídos por si ou por outrem, mas sim aquele atribuído pela Constituição. A análise do caso concreto deve partir da norma jurídica fundamental, que em seu texto exprime o *dever-ser* que será utilizado como parâmetro.

É também levantada a questão da universalização do resultado obtido através da aplicação das regras de sopesamento. Ainda que seu resultado seja sempre obtido mediante caso prático, é natural que, com a repetição dos cenários fáticos, estes acabem por retornar ao crivo do judiciário reiteradas vezes, repetindo-se os mesmos conflitos entre partes diversas. Quando na hipótese de casos em que haja suficiente semelhança que justifique o uso da mesma lógica fundamental, deve-se, por pressuposto, utilizar-se da mesma solução apresentada anteriormente. Esta lógica é, em última análise, o que sustenta a existência de Súmulas Vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido:

Na medida em que as decisões de sopesamentos são decisões judiciais, é claro que elas são proferidas, em geral, para a solução de casos particulares. Mas, com base nessas decisões e nos termos da lei do sopesamento, é sempre possível formular uma regra. Por conseguinte, nada há de inconciliável entre o sopesamento no caso particular e sua universalizabilidade. (ALEXY, 1986, p. 174).

Em breves linhas, pode-se resumir as ideias de Alexy enfatizando alguns pontos. Os valores são conceitos de importância subjetiva, ao passo que os princípios são estruturas que organizam o “dever-ser” de um Estado. Natural seria, em um ordenamento jurídico vasto e complexo, que eventualmente dois ou mais princípios entrassem em colisão, de modo que a satisfação de um implicaria na não-satisfação de outro. Para solução deste impasse, o autor sugere que se use a técnica de sopesamento fundamentada. Consiste na análise, diante do caso concreto, do grau de importância de cada um dos princípios colidentes. Ademais, a análise deve buscar

ponto de equilíbrio no qual se atinge a máxima efetividade de ambos, sem que nenhum deles seja anulado em benefício do outro.

## 2. EFICÁCIA E RESTRINGIBILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Não seria possível estudar os efeitos da restrição da norma constitucional sem antes entender a questão da eficácia destas – para fins deste estudo, aprofunda-se, sobretudo, na eficácia dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. José Afonso da Silva (1982, p. 66), clássico estudioso do Direito Constitucional pátrio, assim define a *eficácia constitucional*:

*Eficácia* é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. (...)  
Nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

A eficácia da norma constitucional, portanto, é caracterizada pela capacidade jurídica de produzir efeitos concretos no mundo real. Este conceito se entrelaça com a teoria de Konrad Hesse, trabalhada anteriormente. Em verdade, a tentativa do doutrinador de sistematizar regras que possibilitem que a Constituição tenha força normativa autônoma objetiva, justamente, o fortalecimento da eficácia constitucional: isto é, tornar a norma capaz de atingir aquilo que se propõe.

José Afonso da Silva classificou as normas constitucionais de modo que seria possível entender mais precisamente quais os efeitos destas. Assim, parte-se do pressuposto de que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, ainda que mínimos, impondo sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente (...)”. A diferenciação consiste tão somente no grau de eficácia de cada norma, uma vez que todas são dotadas de aplicabilidade.

São divididas, então, três categorias: I) normas constitucionais de eficácia plena; II) normas constitucionais de eficácia contida e III) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Aquelas de eficácia plena produzem, ou podem produzir, todos os seus efeitos essenciais no momento da entrada em vigor. Trata-se de uma norma direta e imediata. Assim também são as normas de eficácia contida: estas, contudo, podem sofrer restrições por autorização do próprio legislador. Já as de eficácia limitada, ao contrário, só passam a produzir efeitos uma vez que o legislador possibilitar sua aplicação. O autor assim as diferencia:

Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade *direta*, *imediata* e *integral* sobre os interesses objeto de uma

regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de *aplicabilidade indireta, mediata, e reduzida*, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores meios condicionantes. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade *direta, imediata*, mas *não integral*, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. (SILVA, 1998, p. 83).

No que toca à classe das normas de eficácia limitada, existem dois subgrupos que devem ser diferenciados. Inseridas neste grupo estão as *normas declaratórias de princípios programáticos*, relacionadas à matéria ético-social, que indicam diretrizes aos programas de ação social. Já as *normas declaratórias de princípios institutivos ou organizadores* são as que indicam como a estrutura jurídico-constitucional do Estado deve ser organizada.

Este estudo pretende analisar como as decisões dos Tribunais Superiores interferem garantido ou moderando a eficácia das normas de eficácia limitada, sobretudo as declaratórias de princípios programáticos. Pegamos como exemplo o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Segundo o autor, a norma em análise é de eficácia limitada, pois não regula direta e imediatamente a matéria; mas mais que: a expressão “dever do estado” não impõe uma obrigação jurídica propriamente dita, mas sim um princípio que institui um dos fins estatais, que deve ser atendido. Trata-se, em verdade, da instituição de um objetivo social.

Partindo destes conceitos, Virgílio Afonso da Silva tece críticas à classificação das normas tal como apontadas anteriormente, bem como busca compreender alguns questionamentos: a) o que é, de fato, protegido pela norma de direito fundamental de eficácia limitada declaratória de princípios pragmáticos?; b) Como o conteúdo protegido pela norma pode ser restrito?; c) Como fundamentar o que é protegido e o que é restrito?

## 2.1 O conteúdo essencial do direito

A análise do conteúdo essencial do direito está relacionada diretamente às perguntas anteriormente formuladas. A definição do objeto protegido pelo direito fundamental é pressuposto para que este objeto possa efetivamente ser salvaguardado. Assim, são observadas duas possíveis dimensões, apontadas por Virgílio Afonso da Silva em sua obra “Direitos Fundamentais: conteúdo especial, restrições e eficácia”, de 2009.

A dimensão objetiva atribui o conteúdo essencial do direito fundamental ao significado desse direito à vida social como um todo. Implica dizer que a eficácia está diretamente relacionada a tornar o direito presente na vida da coletividade, e não de um indivíduo específico. A restrição que priva os sujeitos (coletividade) titulares de gozarem de seus direitos é inadmitida. Esta teoria, contudo, não é satisfatória por si só, visto que no caso concreto permite a anulação do direito fundamental para que se alcance o todo social. A dimensão subjetiva, por sua vez, define o conteúdo essencial do direito com o objetivo de que se evitem restrições excessivas, sobretudo no plano individual.

A dimensão objetiva e subjetiva demonstram qual sujeito pode ter os direitos limitados (indivíduo ou coletividade), contudo não esgotam as características do conteúdo essencial. Cabe também questionar-se sobre a mutabilidade do conteúdo essencial.

A teoria absoluta propõe que no âmbito dos direitos fundamentais exista um núcleo intransponível, que independe de situações concretas e dos interesses em conflito. Ainda, há dois posicionamentos distintos englobados na teoria absoluta. Este conteúdo essencial pode ser *absoluto-dinâmico*: não relativizável diante do caso concreto, mas que pode ser modificado com o passar do tempo e o desenvolver do ordenamento jurídico como um todo. Pode também ser *absoluto-estático*, em que não há qualquer relativização no caso concreto e tampouco com o passar do tempo, tornando-se imutável.

Em um primeiro momento poder-se-ia imaginar que tornar o núcleo essencial do direito fundamental algo absoluto impede que o aplicador do direito realize a ponderação dos direitos de forma plena, estando sempre preso a uma definição que pode não mais ser adequada à realidade que se impõe. A crítica se intensifica ainda mais ao defini-lo como “imutável”, visto que engessa, demasiadamente, a evolução interpretativa jurídico-constitucional.

Para responder tais críticas, o autor (2009, p. 190) aponta que “a estaticidade desse conteúdo essencial não impede a dinamicidade do conteúdo total. (...) Basta, para tanto, que essa parte estática não seja demasiado ampla”. Por esse motivo, o direito fundamental, em si, é passível de restrições e reinterpretações, mantendo-se eficaz no plano concreto. O que não se admite é a mutabilidade do núcleo em si – mas isso não impede a maleabilidade do restante do conteúdo do direito.

Nesse sentido pode-se observar um ponto de intersecção com a teoria de Konrad Hesse, anteriormente apresentada. Para o doutrinador alemão, um dos fatores que interfere diretamente na eficácia da constituição como um todo é a quantidade de direitos nela expostos. Quanto maior o número de direitos, maior o número de conflitos e, conseqüentemente, maior a dificuldade em assegurar sua aplicabilidade. A tentativa de estabelecer um núcleo essencial absoluto vai ao encontro do posicionamento de Hesse: ao garantir um pequeno núcleo não relativizável, salvaguarda-se o mínimo de eficácia do direito.

Já a teoria relativa defendida por Virgílio Afonso da Silva propõe que o conteúdo essencial de um direito é resultado da aplicação do sopesamento. Rejeita-se a ideia de que cada direito fundamental possui um núcleo definido *a priori*. Em verdade, o conteúdo essencial do direito varia de situação para situação, materializando-se no resultado da aplicação da regra de proporcionalidade. Importante ressaltar que restrições não fundamentadas não são o resultado da aplicação da regra de proporcionalidade e, portanto, violam o conteúdo essencial.

A análise do conteúdo essencial dos direitos fundamentais evidencia a complexidade de se estabelecer limites à restrição de direitos fundamentais. A partir das dimensões objetiva e subjetiva apontadas por Virgílio Afonso da Silva, verifica-se que a proteção desse núcleo não pode ser pensada de forma isolada, mas sim em constante diálogo com a realidade concreta e os valores constitucionais em conflito. Embora a teoria absoluta ofereça certa segurança normativa, sua rigidez compromete a adaptação do direito às transformações sociais. Por outro lado, a proposta relativa, centrada na aplicação do princípio da proporcionalidade, permite que o conteúdo essencial seja definido no caso concreto. Assim, a relativização do conteúdo essencial sob critérios de sopesamento revela-se um caminho mais compatível com a própria lógica constitucional contemporânea, permitindo conciliar estabilidade e dinamismo na sua aplicação.

## **2.2 Crítica ao modelo de classificação das normas em *eficácia plena, contida e limitada***

Ainda que o modelo classificatório desenvolvido por José Afonso da Silva seja considerado válido até o momento, pode-se tecer certas críticas aos critérios por ele utilizados – sobretudo após a análise do conteúdo essencial do direito e a consequente restringibilidade dos direitos sociais.

Virgílio Afonso da Silva (2009) inicia os apontamentos retomando o conceito de eficácia: a norma eficaz é aquela que “tem condições técnicas de atuar *por estarem presentes os elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos*” (grifos do autor).

O autor pontua, contudo, que “*não existe norma constitucional que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição*” (grifos do autor). Por essa razão, não há, em última análise, razão para distinguir a eficácia da norma constitucional com base na necessidade ou possibilidade de ser regulamentada.

Como visto anteriormente, o autor defende que todos os direitos fundamentais (sejam referentes à liberdade individual ou direitos sociais) podem e são restritos e regulamentados. Nesse sentido, toda norma que garante direitos fundamentais pode ser restringida, pode ser regulamentada.

Podemos citar como exemplo as normas que consagram liberdades públicas e direitos políticos, que são, em sua maioria, classificadas como normas de eficácia plena, ao passo que aquelas que consagram direitos sociais são classificadas como de eficácia limitada. Esta contraposição, contudo, carece de validade. O doutrinador aponta que qualquer direito implica em custos, e que a limitação da eficácia de determinadas normas não é intrínseco a elas.

Observa-se que não é o texto legal propriamente dito que imporá uma limitação à norma. A limitação é, em verdade, imposta por opções político-ideológicas que não possuem ligação direta com o texto. Assim, considera-se que toda norma é de eficácia limitada, visto que a depender das escolhas legislativas e executivas aquela norma será mais ou menos restrita.

Silva (2009) utiliza como exemplo o direito ao sufrágio em contraposição ao direito à saúde. Entende-se que, no plano textual, nada diferencia ambas as normas: assim como vigora o direito à saúde, protege-se o direito ao voto secreto, direto,

universal e periódico. Ainda que haja a tendência em acreditar que a norma que garante o sufrágio emana efeitos imediatamente após entrada em vigor, percebe-se que não há eficácia se não houver suporte material para tal: seja uma Justiça Eleitoral estruturada, urnas para voto ou a criação de uma legislação eleitoral. O mesmo pensamento é válido para o direito à saúde: este só se torna eficaz se houver médicos, hospitais e medicamentos.

Por meio deste exemplo resta claro que nem uma, nem outra são bastantes em si mesmas, e, conseqüentemente, dependem de uma ação estatal que viabilize a sua aplicação. O autor pontua que a diferença entre elas é fática e temporal: no caso brasileiro, a estrutura relacionada ao sufrágio já é muito mais consolidada do que a relacionada à saúde. Por esse motivo tem-se a impressão de que o direito ao voto possui eficácia plena. Em ambos os casos, contudo, a atuação do Estado é necessária e imprescindível.

Conclui-se, assim, que toda norma que garante direitos fundamentais requer alguma espécie de regulamentação e podem ser limitadas. Por essa razão não cabe a distinção entre normas de eficácia plena e limitadas.

Outro ponto a ser levantado considera a justiciabilidade das normas. Ocorre que as liberdades públicas, em geral classificadas como normas de eficácia plena, impõe um *não-fazer* do Estado. Os direitos sociais, por sua vez, exigem, em sua maioria, um *fazer*. Assim, a omissão do Estado prejudica, sobretudo, aqueles direitos que dependem de uma ação do Estado para se concretizarem. Não só: o suporte fático que permite às liberdades públicas se sustentarem já está ligado à função do Estado, de modo que a falta desta será raramente jurisdicionada.

No exemplo apresentado anteriormente, é nítido que para a existência de um Estado Democrático de Direito é necessário para que o cidadão tenha a liberdade de exercer o direito ao voto. Contudo, já existe toda uma estrutura consolidada que garante o gozo deste direito. Isso não ocorre com o direito à saúde, que demanda constante incentivo e aprimoramento. Por conseqüência, a judicialização de causas relacionadas ao direito à saúde ganha muito mais peso do que as relacionadas ao direito ao voto: não por se tratarem, respectivamente, de normas de eficácia plena e limitada, mas sim pelo grau de suporte fático que cada uma recebe.

### **3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

A análise da efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro não pode prescindir de uma reflexão profunda sobre o papel institucional do Poder Judiciário. A partir do reconhecimento dos direitos fundamentais como núcleo normativo da Constituição Federal de 1988, sobretudo os direitos de segunda dimensão, marcadamente prestacionais, emerge a necessidade de compreender de que maneira o Judiciário, no exercício de suas funções típicas e atípicas, atua como agente garantidor da ordem constitucional e da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, destaca-se a importância da jurisdição constitucional como instrumento de controle das omissões estatais e da proteção concreta dos preceitos fundamentais consagrados pela Carta Magna.

Por outro lado, impõe-se a consideração dos limites constitucionais impostos à atuação judicial, sobretudo aqueles derivados da cláusula da separação dos poderes. O arranjo institucional brasileiro repousa sobre um modelo que, embora reconheça a autonomia e a independência entre os Poderes, admite mecanismos de controle e contenção recíproca. A judicialização de políticas públicas, em especial quando relacionada à implementação de direitos sociais, intensifica o debate sobre os contornos do ativismo judicial e os riscos de substituição indevida da vontade política majoritária por decisões judiciais proativas. A tensão entre efetividade dos direitos e legitimidade democrática torna-se, assim, um dos principais dilemas contemporâneos enfrentados pelo constitucionalismo brasileiro.

Por conseguinte, este capítulo tem como propósito examinar o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais, considerando não apenas as possibilidades institucionais de atuação, mas também os seus limites normativos e principiológicos. Busca-se, nesse ponto, avaliar em que medida o Judiciário pode — e deve — intervir para suprir lacunas deixadas pelos demais Poderes, sem, contudo, transbordar sua função jurisdicional. A análise parte do reconhecimento de que os direitos sociais, embora consagrados no texto constitucional, muitas vezes encontram sua realização obstada por fatores políticos, econômicos ou administrativos, exigindo, portanto, uma atuação judicial pautada por critérios de proporcionalidade, razoabilidade e deferência institucional.

### 3.1 Os direitos fundamentais – conceito e evolução histórica

Direitos fundamentais são prerrogativas jurídicas reconhecidas e asseguradas pela Constituição a todos os indivíduos, essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana, a proteção das liberdades individuais e coletivas, bem como para o pleno desenvolvimento da cidadania. Tais direitos constituem o núcleo intangível da ordem constitucional, vinculando os poderes públicos e irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico. Não se limitam a garantias meramente formais, mas traduzem exigências concretas que devem ser efetivadas por esforço mútuo dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Embora sua positivação ocorra em textos constitucionais, sua legitimidade ultrapassa a legalidade estrita, ancorando-se em valores ético-políticos que fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito.

Estão submetidos a um constante processo de transformação desde o momento em que passaram a ser constitucionalmente protegidos. A doutrina reconhece a existência de três gerações de direitos fundamentais – havendo discussão, ainda, quanto a uma quarta geração.

Importante ressaltar, contudo, que o termo “gerações” é criticado por parte da doutrina. Entende-se que os direitos fundamentais possuem caráter cumulativo e complementar, de modo que o termo “gerações” pode levar a uma falsa impressão de que cada geração nova substitui a antiga. Há quem prefira, portanto, o termo “dimensões”, afim de que se consolide a ideia de que as evoluções no que tangem aos direitos fundamentais são somadas às anteriores. Esta é a posição do doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2012), a qual compartilharemos neste trabalho. Ainda, o autor pontua: “Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos”.

A primeira geração de direitos fundamentais é consequência da ascensão liberal-burguesa que ocorreu no século XVIII. A característica predominante destes direitos é o cunho individualista de proteção do indivíduo frente ao Estado. O surgimento desses direitos está diretamente vinculado à necessidade de limitação do poder soberano e à consagração das liberdades civis e políticas, como o direito à liberdade, à propriedade e direito de ir e vir.

Sarlet (2012) pontua que os direitos de primeira dimensão, por serem, em essência, direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, são de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção do Estado, e não a uma conduta propriamente

dita por parte dos poderes públicos. São, em verdade, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. No mesmo sentido pontua Paulo Bonavides (2004, p. 564):

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (...) São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

Sem embargo, cabe retomar a crítica realizada por Virgílio Afonso da Silva (2009). Os direitos de primeira direção são, em essência, negativos. Não obstante, dependem de uma estrutura estatal para serem garantidos. O direito à liberdade, por exemplo, inexistente em uma sociedade em que não haja o policiamento adequado. O Estado torna-se responsável por criar e sustentar instituições sólidas que protejam as liberdades individuais, de modo que o indivíduo consiga exercê-las de maneira plena e resguardado dos arbítrios não só do Estado, como também de outros indivíduos.

Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, são resultado do impacto da industrialização no século XX, que solidificaram graves problemas sociais e econômicos. Inicialmente foram proclamados pelas Constituições Marxistas e na Constituição de Weimar, e passaram a estar presentes nas demais constituições após a Segunda Guerra.

Bonavides (2004, p. 564) e Sarlet (2012) apontam que a segunda geração de direitos fundamentais está intimamente entrelaçada ao princípio da igualdade, de modo que o indivíduo passa a ser titular de direitos prestacionais do Estado, bem como do direito de participar do bem-estar social. O direito à saúde, ao trabalho, à assistência social, à educação, dentre outros, passam a ser exigidos do Estado.

Nota-se, portanto, que os direitos de segunda dimensão são prestacionais, em que se exige uma postura ativa do Estado para tornar tais direitos eficazes e efetivos. Sarlet (2012) pontua, contudo, que não se tratam somente de direitos prestacionais. Abrange também as denominadas “liberdades sociais”, como, por exemplo, os direitos fundamentais dos trabalhadores (salário mínimo, férias remuneradas, limitação da jornada de trabalho, dentre outros).

O autor ressalva, ainda, que por mais que sejam denominados “direitos sociais” estes se reportam ao indivíduo, tal como nos de primeira dimensão. A expressão “social” está relacionada a questões de justiça social, e não devem ser confundidos

com direitos coletivos ou difusos – que serão melhor trabalhados ao tratarmos dos direitos de terceira dimensão.

Bonavides (2004, p. 565) realiza interessante reflexão quanto à eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão. O caráter prestacional destes direitos tornou sua eficácia duvidosa, posto que a carência de meios e recursos tornava dificultosa a sua efetivação. Por essa razão passaram a ser classificados como pragmáticos, “em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção dos direitos da liberdade”. Por conseguinte, pontua o autor que prevalece a noção de que os direitos da liberdade seriam de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais teriam aplicabilidade mediata.

Já os direitos de terceira geração, também denominados como direitos de fraternidade ou de solidariedade, como apontado anteriormente, desprendem-se do titular individual e passam a tutelar os direitos de grupos humanos, tais como a família, o consumidor e a nação. A titularidade passa a ser coletiva ou difusa – o que torna, muitas vezes, o titular do direito indefinido ou indeterminável. Neste sentido:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (...). Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2004, p. 569).

A quarta geração dos direitos fundamentais, conforme sistematizada por Paulo Bonavides, está diretamente relacionada aos desafios impostos pela globalização e pela crescente interdependência entre os Estados e os povos. Trata-se de uma etapa que transcende a lógica tradicional da soberania nacional, exigindo um novo modelo de proteção jurídica com foco na coletividade global.

Esses direitos abrangem temáticas como a preservação da paz, o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental, o acesso universal à informação qualificada e o controle ético das inovações tecnológicas. Nesse contexto, a universalização dos direitos assume papel central, pois se reconhece que determinados bens jurídicos — como a integridade da espécie humana e a

estabilidade climática — ultrapassam fronteiras e demandam soluções de alcance internacional.

Bonavides destaca que a efetividade dos direitos de quarta geração depende da construção de uma ordem jurídica global, fundada nos princípios da solidariedade, da participação democrática e da corresponsabilidade dos povos. Assim, essa nova dimensão dos direitos fundamentais não substitui as anteriores, mas amplia seu alcance, reforçando o compromisso com uma cultura de paz e justiça em escala global.

Sarlet (2012), ainda que reconheça a relevância da tese originalmente criada por Bonavides, ressalva que a dimensão da globalização dos direitos fundamentais está longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional. Opina que, no presente momento, a denominada quarta dimensão de direitos fundamentais não passa de “justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica”.

Por fim, cabe retomar a questão da efetividade dos direitos fundamentais, agora observada diante das distinções de dimensão acima mencionadas. É evidente que a proteção e efetivação dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão é mais dificultosa, visto que demanda posicionamento predominantemente ativo do Estado – ao passo que os de primeira geração são predominantemente passivos.

Neste trabalho, o principal ponto debatido diz respeito à existência de recursos financeiros do Estado para que possam ser fortificados tais direitos, e de que maneira o Poder Judiciário possui competência para determinar a destinação de recursos para satisfação da obrigação Estatal perante os direitos sociais do indivíduo.

### **3.2 Separação dos poderes - o Poder Judiciário como meio de efetivação dos direitos sociais**

A teoria da separação dos poderes, ainda que já citada na obra *A Política*, de Aristóteles, difundiu-se com o livro *O espírito das leis*, de Montesquieu (DALLARI, 2016, p. 214). Este último defendia a existência de um Estado politicamente liberal, com especial proteção aos direitos individuais dos cidadãos. A separação dos poderes, segundo o autor, é um requisito para assegurar a liberdade individual,

evitando-se, assim, que os governantes controlem o poder, de acordo com seus próprios caprichos:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe Liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a Liberdade do cidadão seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168)

Com fulcro nos ideais trabalhados por Montesquieu, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789) passou a instituir taxativamente a separação de poderes como reclamação inegociável do povo francês, que passou a considerar este um requisito essencial para proteção de seus direitos e para a conservação Constitucional: “Artigo 16º - Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Desde então, a separação dos poderes passou a ser condição substancial para existência de uma Constituição. O Poder Constituinte Originário deu especial atenção a tal quesito na Constituição 1988 (BRASIL, 1988), quando fez da separação de poderes não só um princípio no ordenamento jurídico, como também o transformou em cláusula pétrea:

CRFB/88, Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
III - a separação dos Poderes; [...].

Não obstante, deve-se atentar que, embora o termo mais utilizado seja “separação de poderes”, diversos doutrinadores fazem ressalva à expressão, como evidenciado por Dallari (2016, p. 213). É pacífico o entendimento que o poder do Estado é uno e indivisível, derivado da soberania Estatal. Não seria possível, portando, dividir o poder entre órgão distintos. Mais preciso seria utilizar a expressão “distribuição de funções do Estado” ao se tratar do tema, havendo, dessa forma, diversos órgãos que exercem funções do Estado sem interferir na soberania a este pertencente.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, estabelece que os Poderes da União — Legislativo, Executivo e Judiciário — são independentes e harmônicos entre si, o que assegura ao Judiciário autonomia funcional, administrativa e financeira, permitindo-lhe atuar com imparcialidade e isenção. Essa independência é condição

essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito, assegurando que as decisões judiciais sejam proferidas com base na Constituição e nas leis, livres de pressões externas dos demais Poderes. A harmonia, por sua vez, impõe a necessidade de respeito recíproco e colaboração institucional, garantindo o equilíbrio na atuação estatal.

Além do já exposto objetivo de limitar o exercício do poder, garantindo assim as liberdades individuais e a manutenção constitucional do Estado, a divisão de funções também acarreta um ganho evidente na eficiência nas funções exercidas por ele, já que se organiza da maneira mais adequada para exercer suas atribuições. Tendo em vista tais objetivos, originou-se a divisão clássica em três poderes: o poder Legislativo, voltado à promulgação de leis; o poder Executivo, direcionado a executar as leis promulgadas pelo legislativo, e, por fim, o Judiciário, que tem como premissa o julgamento nos ditames das leis.

O modo utilizado para controle das funções exercidas por cada órgão foi denominado “sistema de freios e contrapesos”, em que cada órgão possui não apenas as tarefas inerentes à sua função, mas também a de controlar as atividades exercidas pelos outros dois. Cada órgão tem a capacidade de controlar o outro por meio de mecanismos de contenção, que são taxativamente descritos na Constituição. Desse modo, pode-se dividir as atribuições dos órgãos em funções típicas e atípicas, como bem escrito por Alarcon (2014, p. 219):

Nesse marco, cada órgão cumpre funções consideradas *típicas*, que naturalmente lhes correspondem e das quais deriva seu nome, e *atípicas*, que originalmente realizadas por outro órgão, mas que, com o intuito de preservar a Independência são exercidas por ele.

O Poder Judiciário exerce funções típicas relacionadas à solução de conflitos de interesses mediante a aplicação da lei ao caso concreto, por meio da atividade jurisdicional. Trata-se da função estatal responsável por dizer o direito de forma definitiva, assegurando a tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Outra função típica do Poder Judiciário é a aplicação da denominada *jurisdição constitucional*. Trata-se da interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais: no Brasil, exercida por juízes e tribunais. Barroso (2024, p. 349) assim define a jurisdição constitucional: “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.”

Já a *judicialização* refere-se ao ato de submeter ao crivo do Poder Judiciário questões relevantes às esferas políticas, sociais ou morais. Em verdade, atribuir ao Judiciário a decisão sobre estes temas caracteriza uma transferência de função, uma vez que estes temas tradicionalmente deveriam ser solucionados pelos poderes Legislativo e Executivo.

Fato é que, sobretudo após o período da Ditadura Militar brasileira, o Poder Judiciário passou a desempenhar função essencial na proteção da democracia nacional. Soma-se à reiterada desilusão para com os demais poderes (Legislativo e Executivo) aumentou o campo da judicialização, a fim de que se tornassem efetivos os direitos previstos na Carta Magna. Não somente: a delegação da decisão de temas polêmicos ao Judiciário permite que os demais poderes não se comprometam perante a opinião pública, evitando assim o desgaste de sua imagem perante o eleitorado.

Os direitos sociais – objeto deste trabalho – são reiteradamente judicializados para que se tornem efetivos. Isso porque além das razões acima dispostas, estes direitos prestacionais necessitam de participação ativa dos outros poderes para tornarem-se efetivos. A omissão do Executivo e Legislativo priva o titular do direito de exercê-lo, de modo que o Poder Judiciário se torna a via garantidora de tais direitos. Nesse sentido:

Não se poderá deixar a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais na esfera plena e ilimitada de atuação do legislador. Dito de outro modo, também os direitos sociais não podem ter sua eficácia e efetividade, mesmo como direitos a prestações, integralmente, portanto, exclusivamente, condicionadas por uma interposição legislativa, cuidando-se, nessa perspectiva, também de autênticos trunfos contra a maioria. (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021, p. 654)

Questiona-se, contudo, se as decisões que obrigam o Estado a uma determinada prestação respeitam a separação dos poderes. A decisão que determina uma ação específica do Estado interfere diretamente no exercício da função dos outros poderes, que passam a ser limitados de exercer suas escolhas de forma autônoma, conforme aquilo que julgarem mais conveniente.

O primeiro argumento relevante a ser levantado é o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O ordenamento jurídico brasileiro consolida-se na ideia de que o Poder Judiciário, uma vez provocado, não poderá eximir-se de proferir decisão de mérito sobre o tema. Por essa razão, ainda que o tema seja de responsabilidade imediata dos demais poderes, uma vez provocado, o Poder Judiciário terá o dever constitucional de pronunciar-se sobre o tema. Neste sentido:

Importa assinalar, contudo, que a consagração da garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) por si só bastaria para fragilizar o argumento da inviabilidade do controle judicial das políticas públicas, mais ainda quando se trata de dar eficácia e efetividade à perspectiva objetiva dos direitos sociais. (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2021, p. 659)

A discussão em torno do ativismo judicial é especialmente relevante quando se trata da atuação do Judiciário sobre políticas públicas. Muitas vezes, decisões judiciais que determinam a adoção ou modificação de determinada política são interpretadas como interferência indevida na esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, considerados os legítimos representantes da vontade popular. Isso se justifica pelo fato de que esses dois poderes são compostos por agentes eleitos pelo voto direto, o que lhes confere respaldo democrático para definir os rumos políticos e administrativos da sociedade.

Nesse contexto, entende-se que, ao impor condutas ou substituir escolhas políticas dos demais Poderes, o Judiciário pode estar se afastando de sua função típica e assumindo um protagonismo que extrapola sua legitimidade institucional. O ativismo judicial se caracteriza, assim, pela superação dos limites tradicionais da jurisdição, na medida em que o magistrado — figura não eleita — interfere na deliberação democrática, alterando ou condicionando decisões tomadas por representantes eleitos. Trata-se, portanto, de um fenômeno que suscita intensos debates acerca da separação dos poderes, da legitimidade democrática e dos limites da atuação judicial em um Estado constitucional de Direito.

Barroso (2024, p. 353) contrapõe-se à crítica segundo a qual o ativismo judicial representaria uma usurpação das competências dos Poderes Legislativo e Executivo. Para o autor, há situações em que essa atuação não configura confronto institucional, mas sim preenchimento de lacunas deixadas pelos demais Poderes. Nas palavras do próprio autor, “em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”. A partir dessa premissa, Barroso sistematiza as principais hipóteses nas quais o Judiciário é legitimamente instado a intervir, em especial no que tange à efetivação dos preceitos constitucionais.

A primeira hipótese refere-se aos casos em que a Constituição se mostra insuficiente ao tratar de determinada matéria, exigindo do intérprete uma atuação extensiva para preencher os silêncios normativos e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais. A segunda hipótese ocorre nas declarações de inconstitucionalidade, especialmente quando a fundamentação exige juízo de valor sobre princípios

constitucionais não explicitamente definidos no texto. Por fim, a terceira hipótese, de especial interesse para este trabalho, trata da imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, seja por inércia legislativa, seja por omissão administrativa. Como pontua o autor:

A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público, sobre criação de município e sobre a criminalização da homofobia – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. (BARROSO, 2024, p. 353)

Contudo, é fundamental distinguir as noções de judicialização e ativismo judicial, frequentemente confundidas, mas conceitualmente distintas. A judicialização representa um fenômeno estrutural do sistema constitucional brasileiro, resultante da ampla densidade normativa da Constituição de 1988, que conferiu ao Judiciário a incumbência de proferir decisão sempre que provocado (princípio da inafastabilidade da jurisdição). Trata-se, portanto, de uma consequência institucional, inevitável diante da previsão constitucional que atribui as competências dos órgãos judiciais.

Já o ativismo judicial refere-se a uma postura deliberada do magistrado ao interpretar a Constituição de forma ampliativa, com o objetivo de extrair de seus enunciados vagos — como princípios ou conceitos jurídicos indeterminados — regras concretas de conduta. Para Barroso, essa atitude costuma se consolidar em contextos de retração do Poder Legislativo ou de distanciamento entre a classe política e os anseios sociais, nos quais determinadas demandas deixam de ser respondidas por via democrática, sendo deslocadas para o Judiciário. Nesses casos, o juiz assume a função de conferir efetividade aos direitos constitucionais, ampliando o alcance normativo da Constituição para suprir lacunas.

Em oposição a esse comportamento, situa-se a autocontenção judicial, que consiste em uma postura de reserva e deferência institucional diante das opções políticas adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. A autocontenção parte do pressuposto de que o Judiciário não deve intervir nas escolhas públicas sempre que estas se mantenham dentro dos limites constitucionais. Trata-se, portanto, de uma atitude que valoriza a legitimidade democrática das decisões oriundas dos representantes eleitos, preservando o equilíbrio entre os Poderes e evitando o avanço do Judiciário sobre funções que não lhe são típicas.

Nesse contexto, Barroso sintetiza as diferenças entre esses fenômenos, nos seguintes termos:

“A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.” (BARROSO, 2024, p. 354–355).

Diante do exposto, constata-se que a teoria da separação dos poderes permanece como um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito, não apenas enquanto mecanismo de limitação do poder estatal, mas também como arranjo funcional que assegura a legitimidade e a eficiência das funções públicas. Desde Montesquieu até a positivação constitucional brasileira, esse princípio consagrou-se como garantia de liberdade individual e de preservação da ordem constitucional, culminando, na Constituição de 1988, com seu reconhecimento como cláusula pétrea.

Todavia, o exercício harmônico e independente das funções estatais não prescinde de uma leitura dinâmica e atualizada da realidade institucional. A crescente judicialização de demandas sociais e políticas impôs ao Poder Judiciário um papel cada vez mais ativo na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo em contextos de inércia ou insuficiência dos Poderes Legislativo e Executivo. Essa atuação, por vezes classificada como ativismo judicial, tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, especialmente quanto aos limites de sua legitimidade diante do princípio da separação dos poderes.

Como demonstrado, a judicialização é, em si, uma decorrência necessária do modelo constitucional vigente, especialmente diante da garantia da inafastabilidade da jurisdição. O ativismo, por sua vez, configura uma postura propositiva de interpretação constitucional, que pode ser legitimada em situações excepcionais, desde que orientada por critérios jurídicos consistentes e voltada à realização dos direitos previstos na Constituição. Não se trata de ruptura com o sistema de freios e

contrapesos, mas de sua reinterpretação à luz das exigências contemporâneas da democracia substancial.

O desafio, portanto, reside em encontrar um ponto de equilíbrio entre a atuação responsiva do Judiciário e o respeito à autoridade institucional dos demais Poderes, assegurando que a jurisdição constitucional não se transforme em instrumento de dominação, mas de proteção efetiva da ordem jurídica e dos direitos fundamentais.

O estudo desenvolvido nos capítulos seguintes tem por objetivo compreender de que forma a Suprema Corte brasileira tem operado o equilíbrio entre a efetivação dos direitos sociais e os limites decorrentes da reserva do possível, analisando como tais elementos são sopesados nas decisões proferidas pelo tribunal.

#### 4. A RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível é o instituto que regula a extensão e a possibilidade da atuação estatal na concretização de determinados direitos constitucionais, vinculando essa atuação à disponibilidade de recursos públicos. Nas palavras de Carolina Zockun (2009, p.51): “A expressão ‘reserva do possível’ corresponde ao fato econômico da limitação dos recursos estatais disponíveis frente às necessidades quase sempre infinitas a serem por eles acudidas.”

O tema toma especial relevância no estudo aqui desenvolvido, pois é um dos mais frequentes argumentos apresentados pelo Estado quando demandado judicialmente em ações que tenham como objeto direitos sociais prestacionais. Ocorre que os direitos sociais, ainda que não sejam os únicos que dependam de dotação orçamentária para se satisfazerem, demandam especial atenção ao aspecto econômico, financeiro e tributário, uma vez que requerem, diretamente, a realocação de recursos para que se execute a demanda. Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2021) complementam, no mesmo sentido: “remete tanto ao problema da gestão e definição das prioridades na esfera do gasto público, como a questões vinculadas a conflitos com outros direitos fundamentais, aspectos orçamentários, financeiros e tributários, apenas para se referir a alguns”.

O termo “reserva do possível” foi cunhado originalmente no direito alemão (*der Verbehalt des Möglichen*) no julgamento BVerfGE 33, 303. O objeto em debate tratava da insuficiência de vagas em instituições de ensino superior para o número de candidatos inscritos (LAZARI, 2012; SARLET, 2010; ZOCKUN 2009). De um lado, argumentou-se que o direito à educação deveria ser igualitário e oferecido a todos os que desejassem exercê-lo. Contudo, a Corte Alemã decidiu que a limitação do número de vagas seria inevitável, visto que a absorção de um número elevado de alunos pelos centros universitários acarretaria uma diminuição significativa da qualidade de ensino e, sobretudo, em um custo insuportável ao Estado. Firmou-se o entendimento de que a prestação requerida está subordinada àquilo que o indivíduo pode, racionalmente, exigir da coletividade.

Criou-se, a partir de então, a ideia de que os direitos sociais que requerem uma prestação material do Estado estão sujeitos à real existência de recursos econômicos para satisfação da pretensão.

Ponto importante a se observar é que a Corte Constitucional alemã reconheceu a necessidade administrativa de aumentar o número de vagas das Universidades, não deixando inerte, por completo, a violação do direito à igualdade e educação. O que se instituiu no julgamento foi a concepção de que a Reserva do Possível só prevalece como argumento último, em ocasiões específicas as quais o pleito prejudique, de forma amplamente comprovada, a subsistência financeira do ente demandado. Nesse sentido expõe Lazari (2012, p. 74):

No caso concreto, reconheceu a Corte Constitucional a movimentação administrativa em favor da diminuição da escassez de vagas. Tal dado, inclusive, deixa claro o caráter de excepcionalidade da alegação e reconhecimento da Reserva do Possível, somente sendo passível sua utilização como salvaguarda última, em derradeira instância, comprovada a real e efetiva incapacidade estatal, e não primariamente a toda e qualquer demanda de cunho provedor interposta no Poder Judiciário, como vem acontecendo atualmente, na prática, no Brasil.

Um dos mais fortes argumentos constitucionais que legitimam a reserva do possível no contexto jurídico pátrio é o da estrita legalidade. O disposto no art. 167 da CRFB/88<sup>1</sup> é taxativo ao proibir a realização de despesas sem a correspondente dotação orçamentária, bem como a abertura de novos créditos orçamentários sem que haja previsão legal. Os princípios que alicerçam a cláusula da reserva do possível são, assim, a legalidade orçamentária e o da programação financeira estatal, os quais visam assegurar a racionalidade na alocação dos recursos públicos e a observância dos limites impostos pelo planejamento fiscal. Em última análise, trata-se de preservar a estabilidade das contas públicas e garantir que as obrigações estatais estejam condicionadas à viabilidade jurídica e financeira previamente autorizada pelo processo legislativo orçamentário.

Por essa razão, ao analisarmos situação na qual o Judiciário seja provocado a decidir sobre pretensão cujo objeto sejam direitos sociais prestacionais há de ser levado em conta o conflito entre dois princípios colidentes: de um lado, o direito fundamental cuja efetividade é pleiteada pelo titular; de outro, o princípio da legalidade orçamentária, que condiciona a realização de despesas públicas à prévia autorização

---

<sup>1</sup> Art. 167. São vedados:

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

legal e à existência de dotação específica no orçamento. Carolina Zockun (2009, p. 53) expõe que se trata, em essência, de dois valores constitucionais que devem ser ponderados: “Não se nega que a Constituição, em seu art. 167, II, V e VI, proíba a realização de despesas sem a correspondente dotação orçamentária, mas cumpre destacar que a mesma Constituição assegura a aplicação imediata dos direitos sociais (art. 5º, §1º)”.

Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2021, p. 658) condicionam, assim, a atuação do Poder Judiciário à análise de três principais fatores, uma vez argumentada a reserva do possível pelo Estado. Em primeiro lugar, deve-se observar a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais, bem como a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas. Por fim, deve-se atentar ao problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito.

#### **4.1 Comentários acerca da atuação do Poder Judiciário frente à reserva do possível**

Ana Paula de Barcellos (2010) sistematizou, com notável clareza, as principais críticas que se faz quanto ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais.

A professora doutora examina, de início, a crítica da teoria da Constituição. Os princípios constitucionais, como visto anteriormente, estruturalmente se dividem em dois campos: a *parte nuclear* e outra *não nuclear*. A partir dessa lógica entende-se que a parte nuclear teria efeito de regras, com imposição de efeitos determinados indisponíveis, ao passo que a parte não nuclear indicam um sentido geral, em que há margem para escolhas dentro das políticas públicas.

A crítica que se constrói contra a interferência do Judiciário se baseia na premissa de que definir quanto, com que finalidade, em que e como gastar os recursos públicos é uma escolha de deliberação democrática, e não judiciária. Não à toa a definição e a execução das políticas públicas está submetida ao controle político-social da oposição e da população, que se manifesta por meio do voto.

A doutrinadora rebate tal argumento com três assertivas que merecem maior explicação. Em primeiro lugar, argumenta-se que o gozo mínimo dos direitos fundamentais é requisito indispensável para o sustento do regime democrático. Isso porque “sem o conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público” (BARCELLOS; SARLET; TIMM, 2010, p. 108).

O segundo argumento que ganha relevância é o da opção constitucional por proteger determinados direitos fundamentais. Entende-se que cada país emite em sua Carta Magna opções objetivas do que deve ser tratado como prioridade inegociável, campo no qual não haveria discricionariedade da Administração Pública para optar dar eficácia ou não a tais direitos.

Em terceiro lugar, a autora pontua que a interferência do Judiciário não anula a competência dos outros poderes: é, em verdade, uma atuação subsidiária que se presta a corrigir desvios, e não criar políticas ou ditar os rumos das já existentes.

A autora conclui que, a respeito da crítica da Teoria da Constituição, ao tratarmos de países em desenvolvimento, o controle de políticas públicas está diretamente relacionado ao sustento do regime democrático de direito. Não somente: pontua-se que o texto constitucional decidiu pela inafastabilidade da jurisdição, de modo que a legitimidade do Poder Judiciário para tratar de tais temas já foi decidida pelo Constituinte.

Em um segundo momento a autora analisa a crítica filosófica, em que se questiona: seria o Poder Judiciário mais conhecedor das necessidades do cidadão que os agentes por ele escolhidos? Sobretudo no momento pós-moderno da filosofia no qual nos encontramos, os valores morais e éticos são voláteis, relativos. Questiona-se: por que o magistrado teria maior capacidade para decidir sobre esses temas?

A autora responde à crítica abordando os seguintes fatores. Em primeiro lugar, apesar do senso de moralidade pós-moderno ter se tornado relativo, há ainda consensos amplamente difundidos. Em suas palavras: “há parâmetros que permitem concluir que determinadas possibilidades ou opiniões são adequadas e outras não”. Após, discute-se a questão de que as decisões acerca dos direitos fundamentais não são somente morais, mas também técnico-científicas. Desse modo, uma vez instruído

de conhecimento suficiente para conhecer do tema, o magistrado poderá decidir com base nos argumentos que lhe foram apresentados.

Por fim, a crítica operacional trata do campo de visão do juiz ao tratar dos temas de políticas públicas. Argumenta-se que a demanda que é apresentada ao juiz integra apenas uma esfera individual, denominada *microjustiça*. O magistrado não possui meios para avaliar a realidade estatal na totalidade, tampouco as necessidades coletivas frente à demanda individual. Além disso, sustenta-se que nem sempre os indivíduos que demandarão providências do Judiciário representam, de fato, as necessidades das classes menos favorecidas.

Com o desenvolver do trabalho a autora conclui, ao arremate da crítica operacional, que a justiça individual não pode ser dissociada da justiça coletiva, visto que é por meio da primeira que se atinge a segunda. Em suas palavras:

Quanto à crítica operacional – a terceira das críticas examinadas – há duas notas a fazer. Em primeiro lugar, não existirá “macrojustiça” sem “microjustiça” ou a justiça individual. A “macrojustiça” - assim como a clássica noção de *interesse público* - não existe como um conceito etéreo, desvinculado da realidade e das pessoas concretamente consideradas. Assim, se determinados bens são considerados indispensáveis para a dignidade humana em uma dada sociedade, a atribuição de tais bens às pessoas - as múltiplas “microjustiças” - formarão necessariamente um dos conteúdos obrigatórios da “macrojustiça”, de tal modo que, se esta última não incluir tais prestações em seu bojo, haverá uma injuridicidade em sua concepção. A segunda nota a fazer, na verdade, envolve as modalidades de controle - se individual, coletiva ou abstrata - tema que será examinado de forma específica adiante. (BARCELLOS, 2012, p. 125)

Diante das reflexões apresentadas, constata-se que a reserva do possível, embora represente um limite legítimo à atuação estatal, não pode ser compreendida como uma barreira absoluta à concretização dos direitos fundamentais sociais. Ana Paula de Barcellos rebate com precisão as principais críticas dirigidas à atuação do Judiciário nesse campo. Frente à crítica de natureza constitucional, afirma que o gozo mínimo dos direitos fundamentais é condição indispensável ao próprio funcionamento da democracia, e que a Constituição brasileira não apenas autoriza, mas impõe a intervenção judicial quando tais direitos são negligenciados. Em relação à crítica filosófica, destaca que, embora os valores morais sejam, em alguma medida, relativos, ainda subsistem parâmetros racionais e consensuais suficientes para orientar a atuação jurisdicional, especialmente quando esta é amparada por conhecimento técnico adequado. Por fim, ao enfrentar a crítica operacional, sustenta que não há macrojustiça possível sem a realização da microjustiça, já que a efetivação individual de direitos forma o conteúdo real da justiça coletiva. Com isso, a autora afasta a

compreensão de que a atuação judicial seja ilegítima ou incompatível com a separação dos poderes.

Nesse cenário, a reserva do possível deve ser considerada com a devida ponderação, sem jamais se tornar um argumento automático de negativa de direitos. Sua aplicação exige critérios objetivos, devidamente fundamentados em cada decisão. A atuação do Poder Judiciário deve ser entendida como mecanismo corretivo e subsidiário, voltado à concretização dos compromissos assumidos pela ordem constitucional. Em um Estado Democrático de Direito, a proteção dos direitos fundamentais sociais — notadamente aqueles que integram o mínimo existencial — não pode ser submetida à exclusiva discricionariedade administrativa, tampouco inviabilizada por argumentos genéricos de limitação orçamentária. Assim, a reserva do possível deve funcionar como cláusula de controle, e não como instrumento de negação do núcleo essencial dos direitos sociais.

#### **4.2 Sentenças aditivas e suas implicações orçamentárias**

Sentença aditiva é definida por Fernando Facury Scaff (2012, p. 133) como aquela que “implica o aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”. É o que ocorre quando uma sentença determina a efetivação de determinado direito social, resultando em um custo para que a Administração satisfaça a determinação judicial.

O autor pontua que este termo, apesar de amplamente utilizado no direito italiano, carece de tradução reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a expressão não será encontrada diretamente em doutrina ou jurisprudência pátria.

Ainda que a questão das sentenças aditivas seja mais expressiva no campo do direito comparado, algumas características do ordenamento jurídico brasileiro fazem com que o tema possua relevância também no tratarmos da efetivação dos direitos sociais. Em um primeiro momento, porque o art. 5º, §1º da CRFB/88 atribui aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais; em seguida, o controle de constitucionalidade misto brasileiro (que se dá por meio do controle concentrado e difuso); e, por fim, por ser um país com acentuadas diferenças socioeconômicas, o

que faz crescer a necessidade de uma “justiça direta” que busque reduzir estas desigualdades.

É necessário reconhecer que as sentenças aditivas, sobretudo aquelas voltadas à concretização de direitos sociais, impõem à Administração Pública a adoção de medidas que envolvem dispêndios orçamentários não previstos. No entanto, a formulação e a execução de políticas públicas demandam planejamento adequado, o que inclui a análise rigorosa da disponibilidade financeira do Estado e a compatibilização entre os diversos encargos públicos. A implementação judicial de tais prestações, se desconsideradas as limitações orçamentárias e a alocação racional dos recursos, pode comprometer a sustentabilidade fiscal e inviabilizar outras ações estatais igualmente relevantes do ponto de vista constitucional. Scaff (2012, p. 137) aponta duas possíveis consequências da análise superficial da situação econômica do Estado:

a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; b) destinar esses recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira “captura” dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquela política.

Julgar que uma única pessoa tem direito à saúde, conforme prescrito na Constituição, e determinar que o Estado despenda vários milhões em seu tratamento não implementa este direito social, mas apenas atribui a uma única pessoa, ou grupo de pessoas, que teve acesso àquele magistrado e àquela decisão.

Os efeitos das sentenças aditivas não podem, portanto, ser ignorados, uma vez que geram desembolso imediato e não planejado de certa razão econômica. Pode-se citar como alternativa o sistema de pagamento imediato de pequenos valores<sup>2</sup>, cuja satisfação está interligada a um fundo financeiro na Lei Orçamentária Anual, com o fim de amparar estes gastos.

Contudo, não é o que ocorre na execução das sentenças aditivas. Em verdade, o que se vê, é o bloqueio de dinheiro público depositado em bancos, somado à ameaça de prisão dos responsáveis em caso de descumprimento da medida. Para Scaff este seria a pior fórmula de solucionar a falta de efetividade dos direitos sociais,

---

<sup>2</sup> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

visto que destrói a capacidade de planejamento financeiro público, estando essa subjugada à alocação pontual de verbas, por meio de decisões individualizadas.

Conclui-se, assim, que ainda que respaldadas pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e pela atuação jurisdicional diante de desigualdades estruturais, sua adoção indiscriminada pode comprometer o planejamento financeiro estatal e produzir distorções na distribuição dos recursos.

## **5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL – DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **5.1 A proteção do mínimo existencial no sistema carcerário brasileiro - HC 172136/SP**

O Habeas Corpus n.º 172.136/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2020, discute a omissão do Estado em garantir o direito ao banho de sol a presos custodiados na Penitenciária “Tacyan Menezes de Lucena”, em São Paulo. Ocorre que os detentos se encontravam em situação de isolamento total, sem acesso a espaços abertos. A Defensoria Pública da União impetrou habeas corpus coletivo com fundamento na proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), na vedação à tortura e a tratamentos cruéis (art. 5º, III, CRFB/88), e na garantia dos direitos dos presos (art. 5º, XLIX, CRFB/88).

O Estado de São Paulo alegou impossibilidade estrutural de garantir o banho de sol devido a falhas no projeto arquitetônico da unidade e o elevado custo da reforma, o que tornaria a medida impraticável diante das limitações orçamentárias. Sustentou-se, ainda, que os presos estavam cumprindo regime disciplinar excepcional (regime disciplinar diferenciado - RDD), cabendo à administração penitenciária adotar as providências necessárias dentro de sua autonomia.

Pedido inicialmente indeferido, com reversão da ordem pelo Supremo Tribunal Federal. Por maioria foi reconhecida a ilegalidade da omissão do Estado e determinando que fosse assegurado o banho de sol diário aos custodiados, conforme previsão da Lei de Execuções Penais (arts. 40 e 41, da Lei 7.210/84).

A decisão final determinou ao Estado de São Paulo que assegurasse o banho de sol diário aos detentos da unidade, com a adoção de medidas concretas, inclusive estruturais, para viabilizar o exercício do direito. A Corte também fixou a possibilidade de expedição de alvarás de soltura ou progressão de regime em caso de descumprimento reiterado da ordem, indicando a gravidade da omissão e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Levantou-se, inicialmente, a questão do “indisfarçável e anômalo ‘estado de coisa inconstitucional’ resultante da omissão do Poder Público” (BRASIL, HC 172.136/SP, 2020, p. 8) no que tange ao sistema carcerário nacional. As condições em que se encontram os estabelecimentos prisionais - superlotadas e com estruturas precárias - descumprem não só a Constituição Federal, como também a Lei de

Execuções Penais e outras convenções internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário.

O princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado como vetor interpretativo para o caso em análise. O Ministro Relator fundamenta seu posicionamento tendo como base o art. 1º, inc. III da CRFB: entende-se que a dignidade da pessoa humana é central para que a ordem republicana e democrática seja consagrada.

**A opção** do legislador constituinte *pela concepção democrática* do Estado de Direito **não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção** pelo Estado Democrático de Direito, *por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano* de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores* consagrados pela Constituição da República. (BRASIL, HC 172.136/SP, 2020, p. 13, grifos do autor)

No tocante à cláusula da reserva do possível, o STF rechaçou seu uso como justificativa para negar o cumprimento de obrigações mínimas constitucionais. O relator pontuou que a cláusula da reserva do possível 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” (BRASIL, HC 172.136/SP, 2020, p. 16). A Corte reconheceu que, ainda que existam limitações financeiras, elas não podem eximir o Estado do dever de respeitar direitos fundamentais mínimos dos custodiados sob sua guarda.

Não obstante o Ministro Relator ter evidenciado a questão da centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, foram também considerados os necessários contrapontos que decorrem da escassez e finitude dos recursos econômico-financeiros do Estado. São denominadas como “*escolhas trágicas*”, em que o administrador público precisará priorizar interesses e valores “com sacrifício” de outros. Pontua-se, contudo, que a cláusula da reserva do possível encontrará “insuportável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial”.

A análise crítica do julgado permite verificar que o Supremo Tribunal Federal sopesou dois valores constitucionais em conflito: o direito abstrato dos indivíduos encarcerados ao banho de sol e a capacidade fática do Estado de concretizar tal

direito, diante das limitações orçamentárias públicas. Em última análise, realizou-se o aquilo que Alexy (1986) denomina como “técnica de sopesamento fundamentada”, em que o aplicador do direito observa o “dever-ser” prescrito constitucionalmente e o harmoniza com a realidade, tornando os preceitos constitucionais eficazes.

A Corte reconheceu que o direito ao banho de sol não pode ser relativizado com base em justificativas genéricas de escassez de recursos, uma vez que integra o conteúdo mínimo do direito à dignidade da pessoa humana e à integridade física e moral dos custodiados. Nesse sentido:

*Em suma: a cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador. (BRASIL, HC 172.136/SP, 2020, p. 23 - grifos do autor)*

Nesse sentido, os ministros que compuseram o julgamento destacaram que a atuação do Judiciário não visa substituir o administrador público, mas assegurar a realização de prestações que já constam de obrigações legais e constitucionais e infraconstitucionais. Ao fundamentar sua decisão na ideia de núcleo essencial, na exigência de proporcionalidade e na vedação à omissão estatal injustificada, o Supremo reafirma que a cláusula da reserva do possível não pode funcionar como um obstáculo absoluto à eficácia das normas constitucionais.

O caso reafirma o papel do Poder Judiciário como garantidor da supremacia da Constituição, especialmente em contextos de vulnerabilidade estrutural dos destinatários do direito violado. Como conclui o relator, não se trata de substituir o administrador, mas de compelir o Estado a observar os limites mínimos do constitucionalismo democrático.

## **5.2 Determinação de concurso público pelo Poder Judiciário – direito à saúde e os limites da reserva do possível no RE 684612/RJ**

O Recurso Extraordinário 684.612 foi interposto pelo Município do Rio de Janeiro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que, em sede de apelação cível, acolheu pedido formulado pelo Ministério Público fluminense

em Ação Civil Pública. A ação foi motivada por relatório do Conselho Regional de Medicina, que apontava precariedade nas condições do Hospital Municipal Salgado Filho, especialmente quanto ao déficit de médicos e técnicos. Diante desse quadro, pleiteou-se a que o Município realizasse concurso público para suprimento dos cargos vagos e saneamento das irregularidades estruturais.

O objeto da lide é o direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da Constituição da República. A Requerente sustentou a omissão estatal quanto ao dever de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, afetando, notadamente, os cidadãos em situação de vulnerabilidade social que dependem exclusivamente da rede pública.

O Município do Rio de Janeiro, por sua vez, contestou a decisão, alegando que a contratação de pessoal por meio de concurso público configuraria ato administrativo discricionário, cuja imposição pelo Judiciário violaria o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CRFB/88). Invocou, ainda, a reserva do possível como limite à prestação do direito pleiteado, argumentando que a imposição judicial de gastos comprometeria o equilíbrio orçamentário e a gestão racional dos recursos públicos.

A sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido, acolhendo o argumento de que a intervenção judicial configuraria invasão da competência do Executivo. O Tribunal de Justiça reformou a decisão e impôs ao Município a realização de concurso público para provimento dos cargos de médicos e técnicos, com fixação de prazo para saneamento das irregularidades, sob pena de multa. O STF, por maioria, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, anulando o acórdão recorrido para que o juízo de origem reanalise a demanda conforme os parâmetros fixados pelo Supremo.

Voto vencido, o relator originário Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que o Judiciário possui competência para impor ao Poder Executivo a realização de concurso público, caso a omissão comprometa a garantia do mínimo existencial. O Ministro ressaltou que a reserva do possível não pode ser utilizada como pretexto genérico para descumprimento de deveres constitucionais, devendo ser concretamente comprovada.

Já o voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, adotou postura intermediária: reconheceu a possibilidade de intervenção judicial em situações excepcionais, mas estabeleceu limites à atuação jurisdicional, como a

necessidade de o Judiciário fixar finalidades a serem atingidas, e não meios específicos de cumprimento. A decisão final do STF fixou três teses:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;
3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). (BRASIL, RE 684612/RJ, 2023)

No tocante à cláusula da reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que ela não pode ser invocada genericamente para justificar omissões estatais. A insuficiência orçamentária deve ser demonstrada de forma objetiva e contextual, considerando-se, inclusive, a vinculação constitucional de receitas à saúde (art. 198, §2º, CRFB/88). Ademais, o STF ponderou que o mínimo existencial – núcleo irreduzível de direitos sociais – não pode ser restringido por meras alegações de falta de recursos, sob pena de inviabilizar a própria dignidade da pessoa humana.

A decisão proferida no RE 684.612 revela esforço significativo do Supremo Tribunal Federal em construir um ponto de equilíbrio entre a efetividade dos direitos sociais e os limites institucionais do Poder Judiciário. A ponderação realizada entre o direito fundamental à saúde (art. 196 da CRFB/88) e a cláusula da reserva do possível foi feita com base na verificação concreta da gravidade da omissão estatal e na exigência de parâmetros objetivos para a atuação jurisdicional.

Nesse sentido, evidencia-se a adoção da teoria da eficácia das normas constitucionais de Konrad Hesse (1991), a qual pressupõe que o conteúdo normativo da Constituição deva ser efetivado, mesmo diante de limitações fáticas, desde que respeitados os contornos da realidade concreta. A Constituição não pode se esvaziar em razão de obstáculos econômicos genéricos. A pretensão de eficácia da norma exige que se busquem os meios possíveis para sua realização, conforme o ensinamento de Hesse sobre a relação dialética entre o ser e o dever-ser.

No tocante à restringibilidade dos direitos fundamentais, o STF reconheceu que o direito à saúde admite gradação em sua implementação, mas não pode ser suprimido de forma absoluta. Adotando premissas similares às de Robert Alexy, a Corte procedeu a uma ponderação de princípios, reconhecendo a máxima eficácia

possível ao direito à saúde, mas sem desconsiderar a necessidade de racionalidade na alocação de recursos públicos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal considerou, entre outros aspectos, que a imposição judicial da realização de concurso público, embora voltada à garantia do direito fundamental à saúde de determinados indivíduos, poderia, na verdade, comprometer o acesso ao mesmo direito por parte de outros cidadãos. Isso ocorreria em razão da realocação de recursos públicos necessários ao cumprimento da ordem judicial. Tal tensão entre as dimensões individual e coletiva da justiça é analisada por Ana Paula Barcellos (2012), ao abordar a contraposição entre micro e macrojustiça. Com efeito, não se pode afirmar com segurança que a decisão judicial, ainda que bem-intencionada, resguardará efetivamente o interesse social ou o interesse coletivo de maneira ampla. Nesse sentido, destaca-se:

Além disso, a atuação judicial em demandas individuais acaba por colocar em posição de vantagem aqueles que pertencem às classes mais favorecidas. De fato, nessas hipóteses, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. (BRASIL, RE 684612/RJ, 2023, p. 9)

Quanto à atuação do Poder Judiciário, o acórdão reafirma sua função de garantidor da eficácia das normas constitucionais, inclusive frente a omissões administrativas. Contudo, delimita tal atuação à fixação de resultados a serem atingidos, evitando a substituição indevida do administrador público. O Judiciário, nessa perspectiva, atua como garantidor da legalidade e defensor da dignidade da pessoa humana, mas sem invadir o mérito administrativo.

A separação dos poderes, por sua vez, foi interpretada de forma compatível com a eficácia dos direitos fundamentais. A Corte afastou a compreensão estanque do princípio, reconhecendo que, diante de omissões estatais inconstitucionais, a atuação judicial torna-se legítima, sobretudo para assegurar o mínimo existencial. Conforme destacou o Ministro Barroso, o papel do Judiciário não é substituir o Executivo na definição de políticas públicas, mas garantir sua conformidade com a Constituição, especialmente quando a inércia administrativa compromete direitos fundamentais.

Dado esse quadro, como recorrentemente destaco, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos.  
(...)

Tendo por parâmetros hermenêuticos esses núcleos axiológicos extraídos da Constituição Federal - separação dos poderes (independência) e sistema de freios e contrapesos (harmonia) -, por mais louvável que seja a implementação judicial de medidas impostas ao gestor da coisa pública, a fim de se evitar a fricção entre os poderes republicanos, a intromissão há de ser afastada dentro de um contexto fático-normativo operado pela regra e não pela exceção (BRASIL, RE 684612/RJ, 2023, p. 20)

Conclui-se, pois, que o STF adotou uma posição de equilíbrio: admitiu a possibilidade de intervenção judicial em hipóteses de omissão grave e comprovada, mas com respeito ao espaço de discricionariedade administrativa. A decisão valoriza a eficácia das normas constitucionais sem negligenciar a complexidade institucional da gestão pública, reafirmando a força normativa da Constituição em sua dimensão social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida ao longo deste trabalho permitiu constatar que a teoria da reserva do possível, embora legítima diante das limitações orçamentárias do Estado, não pode ser manejada como cláusula de bloqueio automático à concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

A Corte Constitucional brasileira, valendo-se de instrumentos como a proporcionalidade e o sopesamento tem delineado critérios para equilibrar direitos prestacionais e os limites financeiros do Estado. Dentre os parâmetros destacados, ressalta-se: (i) a demonstração concreta e documental da incapacidade financeira estatal; (ii) a análise da essencialidade da prestação reclamada, notadamente se integra o conteúdo mínimo do direito fundamental envolvido; (iii) a inexistência de alternativa administrativa eficaz já adotada; e (iv) a observância da reserva do possível não como escudo absoluto, mas como elemento de ponderação no caso concreto.

Nesse contexto, confirma-se a hipótese proposta: é dever do Poder Judiciário atuar de forma subsidiária, porém ativa, na garantia dos direitos sociais, exigindo do Estado a justificação de eventuais omissões e assegurando o núcleo essencial desses direitos quando configurada ameaça à dignidade humana. O STF, ao utilizar a técnica de ponderação estruturada nos moldes propostos por Robert Alexy, revela sensibilidade ao equilíbrio entre a eficácia normativa da Constituição e os limites da realidade, reafirmando seu papel como guardião do Estado Democrático de Direito e promotor da justiça social.

Contudo, é imprescindível que a atuação judicial respeite os contornos do princípio da separação dos poderes, evitando a usurpação das funções administrativas e legislativas. A intervenção judicial em políticas públicas deve ocorrer apenas quando caracterizada omissão estatal inconstitucional, sendo vedado ao Judiciário substituir escolhas legítimas de alocação de recursos sem a devida análise técnica e institucional. Além disso, é necessário reconhecer que a concessão de direitos sociais por decisão judicial pode impactar outros direitos fundamentais ou comprometer a sustentabilidade de políticas públicas setoriais, razão pela qual o sopesamento deve considerar, também, os efeitos sistêmicos e o equilíbrio entre os diversos interesses constitucionais em análise.

## REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público; uma introdução ao direito público na contemporaneidade**. 2ª ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 1986.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - 12ª Edição 2024**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade De Suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745**, Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento em 2 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 172.136/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471/RS**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 17 set. 2009. Tema 6 da Repercussão Geral.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 684.612**, Rio de Janeiro, rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 30 jun. 2023, Plenário, DJe n. 169, publicado em 03 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.366.243/PR**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 26 maio 2023. Tema 1234 da Repercussão Geral.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 60**. Publicada em 16 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 61**. Publicada em 20 set. 2024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 33ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 1789.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ESCRIVÁ, Josemaría. **Sulco**. 6. ed. São Paulo: Quadrante, 2006.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e o mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133 - 154.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1998.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.