



•NOVA•
UCSAL

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR – UCSAL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

JOSÉ IVO DE AGUIAR OLIVEIRA

**A RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**SALVADOR
2024**

JOSÉ IVO DE AGUIAR OLIVEIRA

**A RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Alteridade e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta.

**SALVADOR
2024**

Dados de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica. UCSAL. Biblioteca Dom Geraldo Majella Agnelo

O48 Oliveira, José Ivo de Aguiar
A reserva do possível como restrição à efetivação dos direitos fundamentais/
José Ivo de Aguiar Oliveira. – Salvador, 2024.
178 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria
de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Área de Concentração:
Alteridade e Direitos Fundamentais.

1. Reserva do Possível 2. Direitos Fundamentais 3. Mínimo Existencial
4. Limitações Orçamentárias I. Pimenta Paulo Roberto Lyrio – Orientador
II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
III. Título.

CDU 347.2

TERMO DE APROVAÇÃO


José Ivo de Aguiar Oliveira

“ A RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ”


Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 26 de setembro de 2024.

Banca Examinadora:

Documento assinado digitalmente
 PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA
Data: 01/10/2024 18:15:42-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof.(a)s. Dr.(a)s. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UCSAL (orientador)

Documento assinado digitalmente
 TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA SILVA
Data: 02/10/2024 12:27:20-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof.(a) Dr.(a) Tagore Trajano de Almeida Silva – UCSAL (examinador interno)

JOAO GLICERIO Assinado de forma digital
DE por JOAO GLICERIO
OLIVEIRA DEOLIVEIRA FILHO
Dados: 2024.10.07 10:17:27
-03'00'

Prof.(a) Dr.(a) João Glicério de Oliveira Filho – UFBA (examinador externo)

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo investigar a teoria da reserva do possível e sua aplicação como restrição à efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, especialmente no contexto das demandas sociais crescentes e a insuficiência de recursos públicos. A teoria, originada no direito alemão e adotada no Brasil, busca equilibrar a exigência de direitos sociais, como saúde e educação, com a capacidade financeira do Estado. Inicialmente, são abordadas a origem e a evolução dos direitos fundamentais, bem como as restrições que podem ser legitimamente impostas a esses direitos. A pesquisa analisa criticamente os principais precedentes judiciais que utilizaram a reserva do possível como argumento para justificar a limitação na prestação de direitos fundamentais, observando as decisões do Supremo Tribunal Federal em questões relacionadas ao fornecimento de medicamentos de alto custo e à garantia do mínimo existencial. Em seguida, discute-se a relação entre a reserva do possível e a obrigação estatal de assegurar esse mínimo, considerado inegociável, mesmo diante de restrições orçamentárias. A dissertação explora também as críticas doutrinárias à importação dessa teoria para o Brasil, ressaltando as peculiaridades socioeconômicas do país que tornam sua aplicação mais complexa. A metodologia adotada é de revisão bibliográfica e análise de decisões judiciais, com o intuito de compreender como o Judiciário tem aplicado a teoria e quais são os impactos disso na efetivação dos direitos fundamentais no Brasil. Ao final, a dissertação propõe uma reflexão sobre o papel do Estado e do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, sugerindo que a reserva do possível seja aplicada de forma que não comprometa a dignidade humana, priorizando a proteção do mínimo existencial e garantindo a justiça social.

Palavras-chave: Reserva do possível; Direitos fundamentais; Mínimo existencial; Limitações orçamentárias.

ABSTRACT

The present dissertation aims to investigate the theory of the “reservation of possibility” and its application as a limitation to the enforcement of fundamental rights in Brazil, particularly in the context of increasing social demands and insufficient public resources. The theory, originally developed in German law and later adopted in Brazil, seeks to balance the demand for social rights, such as healthcare and education, with the financial capacity of the State. Initially, the dissertation addresses the origin and evolution of fundamental rights, as well as the legitimate restrictions that may be imposed on these rights. The research critically analyzes key judicial precedents that have invoked the theory of the “reservation of possibility” to justify limitations on the provision of fundamental rights, with particular attention to decisions of the Brazilian Supreme Federal Court regarding the provision of high-cost medications and the guarantee of the existential minimum. Subsequently, the dissertation explores the relationship between the “reservation of possibility” and the State's obligation to ensure this minimum necessary to existence, which is considered non-negotiable, even in the face of budgetary constraints. The study also delves into doctrinal criticisms of the importation of this theory into Brazil, emphasizing the country's socioeconomic peculiarities that render its application more complex. The methodology adopted includes a literature review and an analysis of judicial decisions, with the goal of understanding how the Judiciary has applied the theory and the impact this has had on the enforcement of fundamental rights in Brazil. In conclusion, the dissertation proposes a reflection on the role of the State and the Judiciary in the protection of fundamental rights, suggesting that the theory of the “reservation of possibility” should be applied in a way that does not compromise human dignity, prioritizing the protection of the minimum necessary to existence and ensuring social justice.

Keywords: Reservation of possibility; Fundamental rights; Minimum necessary to existence; Budgetary constraints.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.2. DEFINIÇÃO FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
2.3. ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – REGRAS E PRINCÍPIOS	24
2.4. A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
2.4.1 Os direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações	34
2.5. DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
3. DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
3.1. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO – TEORIA EXTERNA E INTERNA	45
3.2. CONCEITO DE RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA VISÃO DE ROBERT ALEXY	48
3.3. AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
3.4. NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	54
3.5. NORMAS PROGRAMÁTICAS E A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA QUALIDADE DE DIREITOS SUBJETIVOS A PRESTAÇÕES	57
4. APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO ALEMÃO	68
4.1. ORIGEM DO TERMO RESERVA DO POSSÍVEL (<i>VORBEHALT DES MÖGLICHEN</i>)	68
4.2. ORIGEM DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO ALEMÃO (POLÍTICA EXTERNA E INTERNA)	73
4.3. FUNDAMENTOS DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	78
4.3.1 A impossibilidade fática, jurídica e política	78
4.3.2 A escassez de recursos	82
4.3.3 O custo dos Direitos	87
4.4. PRECEDENTES DO TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL	91
4.4.1 Recente precedente sobre a reserva do possível no âmbito da pandemia do COVID-19	93
5. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL	98
5.1. ATUAL PANORAMA SOCIOECONÔMICO DO BRASIL	98

5.1.1 Panorama social brasileiro	99
5.1.2 Panorama econômico brasileiro	107
5.2 A ADOÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL	114
5.3. CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL	117
5.3.1 Dimensão fática: Inexistência de recursos	121
5.3.2 Dimensão Jurídica: indisponibilidade de recursos	127
5.3.3 Dimensão negativa: proteção contra o esvaziamento de outras prestações ...	136
5.4 CRÍTICAS À IMPORTAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	139
5.5. A RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL	143
5.6 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	151
5.7 A RESERVA DO POSSÍVEL E O FINANCIAMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	156
6. CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS	172

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais encontram-se positivados nas constituições contemporâneas, servem como garantias essenciais à dignidade humana e constituem-se como uma limitação contra os abusos do poder estatal. Em essência, tais direitos têm por finalidade a proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais do indivíduo. Contudo, esses direitos não são absolutos e podem estar sujeitos a restrições legítimas, o que levanta questões sobre até que ponto o Estado pode ser obrigado a realizá-los, em face de limitações orçamentárias e estruturais. Nesse contexto, a teoria da reserva do possível surge como uma doutrina que justifica a necessidade de compatibilizar a exigibilidade dos direitos fundamentais com as capacidades reais do Estado, considerando os recursos disponíveis.

As restrições aos direitos fundamentais representam uma área complexa do Direito Constitucional, pois envolvem a necessidade de equilibrar a proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos com a capacidade do Estado de realizar a sua efetivação. Nesse sentido, o objeto de estudo do presente trabalho será determinar se a teoria da reserva do possível configura uma forma de restrição, diante da impossibilidade estatal de atender plenamente a todas as demandas sociais sem comprometer a viabilidade de outras políticas públicas.

A teoria da reserva do possível surgiu da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão, na decisão conhecida como *numerus clausus*, com o sentido de que somente aquilo que é razoável pode ser exigido do Estado e, em última análise, da própria sociedade. A teoria, desenvolvida na Alemanha, posteriormente, foi incorporada em outros ordenamentos jurídicos, incluindo o brasileiro. A referida teoria estabelece que não é possível conceder aos indivíduos todos os direitos fundamentais disponíveis, pois há pleitos cuja exigência não é razoável. Essa teoria tem gerado intenso debate, especialmente no que se refere à sua aplicação prática no Brasil, onde a judicialização de demandas por direitos sociais, como saúde e educação, tem crescido significativamente, colocando em evidência as tensões entre a garantia desses direitos e a realidade fiscal do Estado.

A relevância do tema da reserva do possível tornou-se ainda mais evidente durante a pandemia mundial da COVID-19 e do desastre sem precedentes das enchentes no Rio Grande do Sul, que expôs a fragilidade dos sistemas de saúde e a insuficiência dos recursos governamentais frente ao aumento exponencial de demandas sociais. A crise sanitária exigiu do governo investimentos massivos e inesperados, destacando a limitação dos recursos disponíveis para a implementação de uma ampla gama de direitos fundamentais. Além disso,

a crescente judicialização na busca pela efetivação desses direitos, especialmente em relação ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, evidenciou os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário em balancear as demandas individuais com a necessidade de preservar a sustentabilidade do sistema público. Essa situação ressalta a importância de uma análise crítica da teoria da reserva do possível, especialmente em um país como o Brasil, onde as desigualdades sociais e econômicas ampliam a complexidade da distribuição justa e equitativa dos recursos.

Por outro lado, as consequências da aplicação da reserva do possível são profundas e impactam diretamente a realização plena dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Ao se considerar que o Estado deve priorizar o mínimo existencial, surge a questão de como essa priorização pode ser realizada de forma a não violar outros direitos igualmente importantes. A relevância do tema justifica-se, portanto, pela importância de compreender como essa doutrina atua como uma limitação à efetivação dos direitos fundamentais, e quais são as implicações práticas dessa limitação para a sociedade brasileira.

O problema de pesquisa que orienta esta dissertação é: De que maneira a reserva do possível atua como uma limitação à efetivação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e quais são as implicações dessa limitação para a realização plena dos direitos sociais e individuais assegurados pela Constituição Federal? Esse questionamento é crucial para entender as dinâmicas entre a proteção dos direitos fundamentais e as limitações impostas pela realidade financeira do Estado, além de investigar as possíveis soluções que poderiam mitigar os impactos negativos dessa doutrina.

O objetivo geral deste trabalho é analisar criticamente a aplicação da reserva do possível como uma restrição à efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, examinando suas consequências para a concretização dos direitos sociais e individuais e propondo alternativas para mitigar seus impactos negativos. Os objetivos específicos são: (1) Examinar a origem e o desenvolvimento dos direitos fundamentais, incluindo as possibilidades de restrição a esses direitos; (2) Analisar a origem e o desenvolvimento da doutrina da reserva do possível no direito comparado e sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro; (3) Investigar os principais casos e decisões judiciais no Brasil que aplicaram a reserva do possível como argumento para a limitação de direitos fundamentais, com foco em direitos sociais como saúde e educação; (4) Avaliar as críticas doutrinárias à reserva do possível, especialmente no contexto da sua aplicação como restrição aos direitos sociais, e explorar as alternativas teóricas que buscam equilibrar a limitação de recursos com a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais; (5) Investigar o papel do Poder Judiciário na aplicação

da reserva do possível, analisando como os tribunais podem contribuir para uma interpretação que preserve a essência dos direitos fundamentais, mesmo diante das limitações de recursos.

A metodologia utilizada nesta dissertação será de revisão bibliográfica, com análise crítica de obras clássicas e contemporâneas que abordam os direitos fundamentais e a teoria da reserva do possível. Além disso, serão examinados casos e decisões judiciais relevantes que ilustram a aplicação dessa teoria no Brasil. Complementarmente, serão considerados dados estatísticos sobre o panorama socioeconômico do país, fornecendo um contexto mais aprofundado para a análise do tema proposto.

A dissertação está estruturada em quatro capítulos. O primeiro capítulo, intitulado "Dos Direitos Fundamentais", oferece uma análise sintética sobre a origem e evolução dos direitos fundamentais, bem como sua definição formal e material. Este capítulo abrange a estrutura das normas de direitos fundamentais, diferenciando regras e princípios, além de discutir a multifuncionalidade desses direitos, que podem atuar tanto como direitos de defesa quanto como direitos a prestações. Também serão abordadas as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, explorando como essas diferentes perspectivas influenciam a aplicação prática desses direitos.

No segundo capítulo, "Das Restrições aos Direitos Fundamentais", serão exploradas as possibilidades de restrição a esses direitos, tanto na teoria externa quanto interna. O conceito de restrição aos direitos fundamentais também será discutido à luz da visão de Robert Alexy, que fornece um arcabouço teórico importante para entender como e por que esses direitos podem ser limitados. Além disso, serão examinadas as espécies de restrições e a questão do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que deve ser preservado mesmo diante de restrições. Por fim, o capítulo abordará as normas programáticas e a problemática dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos a prestações, uma área de particular relevância no contexto da reserva do possível.

O terceiro capítulo, "A Aplicação da Reserva do Possível no Direito Alemão", examina a origem e o desenvolvimento da teoria no contexto jurídico alemão, onde o termo *Vorbehalt des Möglichen* foi inicialmente cunhado. Este capítulo também explorará os fundamentos jurídicos da teoria e os precedentes estabelecidos pelo Tribunal Federal Alemão, que têm influenciado a aplicação dessa doutrina em outros ordenamentos, incluindo o brasileiro. A análise dos precedentes alemães permitirá uma compreensão mais profunda das raízes e das implicações da teoria da reserva do possível.

No quarto capítulo, "Aplicação da Teoria da Reserva do Possível no Brasil", será discutido conceito e a adoção dessa teoria no contexto jurídico brasileiro, bem como um

resumo do atual panorama socioeconômico do País. Outrossim, serão abordadas as críticas à importação da teoria da reserva do possível, destacando as particularidades do sistema jurídico e social brasileiro que podem tornar sua aplicação problemática. Além disso, o capítulo discutirá a relação entre a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, bem como a aplicação da teoria pelo Supremo Tribunal Federal, com ênfase nos casos que envolvem o custeio de medicamentos de alto custo e outros direitos sociais. Esse capítulo final busca oferecer uma análise crítica e construtiva da aplicação da teoria no Brasil, propondo alternativas para uma interpretação que equilibre as limitações de recursos com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No contexto dos direitos fundamentais, é necessário compreender sua origem, evolução e relevância no direito constitucional moderno. A trajetória histórica desses direitos remonta ao desenvolvimento do Estado de Direito, com importantes marcos como a Magna Carta e as declarações de direitos dos séculos XVII e XVIII. Esses documentos foram fundamentais para o reconhecimento de direitos básicos, como a liberdade e a igualdade, elementos essenciais para a dignidade humana.

Como pressuposto teórico desta dissertação, considera-se essencial, antes de abordar a teoria da reserva do possível, realizar uma breve revisão sobre as principais características dos direitos fundamentais e sua importância para a história.

2.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais formam a espinha dorsal dos sistemas jurídicos democráticos modernos, servindo como garantias essenciais à dignidade humana e à proteção contra abusos do poder estatal. Esses direitos, reconhecidos e positivados nas constituições contemporâneas, desempenham um papel crucial na organização das sociedades, ao estabelecer tanto as limitações ao poder quanto as obrigações positivas do Estado.

É importante destacar que a perspectiva histórica dos direitos fundamentais é uma ferramenta hermenêutica, mas, acima de tudo, tem relevância devido ao fato de que a trajetória dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento do moderno Estado constitucional. Este, por sua vez, tem como essência e finalidade o reconhecimento e a proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais do indivíduo. Dentro deste contexto, pode-se afirmar que a história dos direitos fundamentais é, em certa medida, também a história da limitação do poder¹.

A influência das doutrinas jusnaturalistas, especialmente a partir do século XVI, desempenhou um papel significativo no reconhecimento subsequente dos direitos fundamentais durante os processos revolucionários do século XVIII. Durante a Idade Média, foi desenvolvida a ideia de que existem princípios suprapositivos que, ao orientar e limitar o poder, servem como critérios para legitimar seu exercício. O pensamento de Santo Tomás de Aquino é um exemplo.

¹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 36.

Além de defender a concepção cristã da igualdade entre os homens perante Deus, Tomás de Aquino sustentava a existência de duas ordens distintas: o direito natural, derivado da natureza racional do ser humano, e o direito positivo. Afirmava também que, em situações extremas, a desobediência dos governantes ao direito natural poderia até mesmo justificar o direito de resistência por parte da população².

Outro momento significativo aconteceu na Inglaterra do século XVII, onde a visão contratualista da sociedade e a noção de direitos naturais do homem ganharam destaque, tanto na teoria quanto na prática. As várias Cartas de Direitos que foram assinadas pelos monarcas daquela época exemplificam o momento.

Nesse ponto, cumpre destacar que John Locke (1632-1704) foi pioneiro ao reconhecer que os direitos naturais e inalienáveis do ser humano — vida, liberdade, propriedade e resistência — possuíam uma força que poderia ser invocada contra aqueles que detinham o poder, que, segundo sua teoria, se baseava no contrato social. Vale destacar, contudo, que, para Locke, apenas os cidadãos, identificados principalmente como proprietários, tinham o direito de resistência, sendo considerados verdadeiros sujeitos ativos no processo de governança, e não meros objetos do governo.³

A teoria contratualista sustentava que os seres humanos têm a capacidade de estruturar o Estado e a sociedade com base em sua razão e vontade. Essa visão evidencia que a relação entre autoridade e liberdade se apoia na autovinculação dos governados, estabelecendo, dessa forma, os fundamentos do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII. Esse desenvolvimento culminou no constitucionalismo e no reconhecimento dos direitos de liberdade dos indivíduos, que passaram a ser vistos como limites ao poder do Estado.

De acordo com Perez Luño⁴, o desenvolvimento doutrinário dos direitos humanos, como reconhecido nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, no âmbito do direito positivo, por uma gradual incorporação de direitos, liberdades e deveres individuais, os quais podem ser vistos como precursores dos direitos fundamentais.

No século XVIII, na Inglaterra, emergiu um dos documentos mais referenciados por estudiosos da evolução dos direitos humanos: a *Magna Charta Libertatum*. Firmada pelo Rei João Sem-Terra, em 1215, em conjunto com bispos e barões ingleses, este pacto estabeleceu

² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 30.

³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 40.

⁴ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 33.

um marco importante, servindo como referência para alguns dos direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a proteção da propriedade.

Nesse ponto, Ingo Wolfgang⁵ ressalta que é importante afastar a ideia de que os "direitos" e privilégios reconhecidos durante a era medieval possam ser considerados autênticos direitos fundamentais, pois esses direitos eram concedidos pela autoridade real em um contexto social e econômico profundamente desigual, sendo mais apropriado caracterizá-los como direitos estamentais, destinados a determinadas classes ou castas que compunham a sociedade medieval, excluindo, assim, uma grande parte da população de seu usufruto.

Todavia, Sarlet ressalta⁶:

Ainda assim, impende não negligenciar a importância desses pactos, de modo especial as liberdades constantes da Magna Charta, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições, ainda mais quando é justamente no seu já referido art. 39 que a melhor doutrina – contrariando a ainda prestigiada tese de Georg Jellinek, no sentido de que a liberdade religiosa teria sido o primeiro direito fundamental – vê a origem destes direitos na liberdade de locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião.

Outro marco relevante na evolução que levou ao surgimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, pois impulsionou a reivindicação e o gradual reconhecimento da liberdade de escolha religiosa e de culto em vários países da Europa. Como exemplo, cite-se o Édito de Nantes, promulgado por Henrique IV da França em 1598, que garantiu a liberdade religiosa. No entanto, esse edito foi posteriormente revogado por Luís XIV (1685).

De igual forma, merecem destaque as declarações de direitos inglesas do século XVII, como a *Petition of Rights* de 1628, assinada por Carlos I; o *Habeas Corpus Act* de 1679, ratificado por Carlos II; e o *Bill of Rights* de 1689, promulgado pelo Parlamento e implementado durante o reinado de Guilherme de Orange, como consequência da chamada "Revolução Gloriosa" de 1688. Por fim, o *Establishment Act* de 1701, que estabeleceu as leis da Inglaterra como direitos naturais do seu povo⁷.

Apesar de sua relevância na evolução dos direitos e de servir como fonte de inspiração para outras declarações, a positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, mesmo tendo levado a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode ser considerada o marco inicial ou o nascimento dos direitos fundamentais no sentido moderno do termo. Isso se deve, principalmente, ao fato de que esses direitos e liberdades, apesar de

⁵ WOLFGANG, Ingo. *Direitos fundamentais e estado constitucional*. 4 ed. São Paulo: Revista, 2009. p. 41.

⁶ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 41.

⁷ *Id.*, 2009, p. 42.

restringirem o poder monárquico, não impunham obrigações ao Parlamento, carecendo assim da supremacia e estabilidade necessárias. Portanto, o que ocorreu na Inglaterra foi uma fundamentalização dos direitos e liberdades individuais, mas não uma constitucionalização. Vale destacar que essa fundamentalização não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, que é característica dos direitos consagrados em Constituições escritas⁸.

Em que pese a celeuma doutrinária entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a Declaração do Estado Norte-Americano que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. A Declaração da Virgínia acabou servindo de inspiração para as demais Declarações das ex-colônias inglesas na América, tais como as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (igualmente de 1776), bem como as de Massachussetts (1780) e de New Hampshire (1784), acabando por refletir na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição de 1787 por meio das emendas de 1791⁹.

As declarações americanas adotaram quase todos os direitos e liberdades previamente reconhecidos nas declarações inglesas do século XVII, direitos esses que também foram concedidos aos habitantes das colônias americanas. Embora o conteúdo fosse praticamente idêntico, essas declarações americanas se destacaram por enfatizar a universalidade e supremacia dos direitos naturais, conferindo-lhes eficácia até mesmo em relação à representação popular e vinculando todos os poderes públicos.

Trata-se da primeira oportunidade em que os direitos naturais do homem foram positivados como direitos fundamentais constitucionais. Na lição de Ingo Wolfgang¹⁰:

Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.

Assim, os direitos fundamentais ocupam e representam um “espaço histórico, um processo, um caminho de invenção permanente”¹¹. Nesse sentido, as diferentes dimensões que acompanham a evolução do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais

⁸ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 42-43.

⁹ GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*, 2 ed., Fankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994. p. 80.

¹⁰ WOLFGANG, 2009, *op. cit.*, p. 41.

¹¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. 4. ed. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993, p. 127.

demonstram que esses direitos constituem uma categoria materialmente dinâmica e em constante transformação.

No entanto, é possível identificar certa permanência e uniformidade nesse âmbito, evidenciado por exemplos clássicos, como o direito à vida, a liberdade de locomoção e de pensamento, entre outros. Esses direitos permanecem tão relevantes hoje quanto eram no século XVIII, ou até mesmo antes disso, considerando os precedentes mencionados no contexto histórico anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições.¹²

A teoria das dimensões ou "gerações"¹³ dos direitos fundamentais¹⁴, que tem em Paulo Bonavides um de seus principais expoentes no Brasil, é amplamente utilizada para categorizar e compreender a progressão histórica e funcional desses direitos.

Conforme Bonavides¹⁵, o lema revolucionário do século XVIII sintetizou nos três princípios cardeais todo o escopo dos direitos fundamentais, antecipando inclusive a ordem histórica de sua gradual institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

A primeira dimensão de direitos fundamentais corresponde aos direitos de liberdade, os primeiros a serem incorporados aos textos constitucionais. Esses direitos, predominantemente civis e políticos, estão intimamente ligados, do ponto de vista histórico, à fase inicial do constitucionalismo no Ocidente.

Além disso, tais direitos 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 Estado¹⁶.

Fazem parte desse rol os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o

¹² SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 46.

¹³ A ideia de dividir os direitos fundamentais em gerações é creditada a Kasel Vasak, que a introduziu durante uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, em 1979. Vasak se inspirou no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) e fundamentou sua proposta em um processo histórico de institucionalização desses direitos. MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.40.

¹⁴ Nas novas edições do seu livro, acaba reconhecendo a proeminência científica do termo "dimensões" em face do termo "gerações", "caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade" BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

¹⁵ BONAVIDES, 2006, *op. cit.*, p. 562.

¹⁶ *Id.*, 2006, p. 563-564.

direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

A segunda dimensão de direitos fundamentais emergiu em resposta às profundas desigualdades sociais e econômicas que se tornaram evidentes no século XIX, especialmente com a Revolução Industrial e as lutas sociais subsequentes. Esses direitos, também conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais, exigem uma atuação positiva do Estado para garantir condições mínimas de dignidade e bem-estar para todos os cidadãos. Incluem o direito ao trabalho, à educação, à saúde e à seguridade social.

A terceira dimensão de direitos fundamentais é uma resposta aos desafios globais que surgiram no século XX, incluindo a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Esses direitos, chamados de direitos de solidariedade ou da fraternidade, refletem a interdependência crescente entre as nações e a necessidade de uma ação conjunta para resolver problemas que afetam toda a humanidade.

A quarta dimensão de direitos fundamentais, conforme proposta por Bonavides, é resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Essa dimensão inclui direitos relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo¹⁷.

Por fim, Bonavides¹⁸ ressalta que a paz se elevou ao grau de direito fundamental da quinta geração ou dimensão (as gerações antecedentes compreendem direitos individuais, direitos sociais, direito ao desenvolvimento e direito à democracia). Para o festejado autor¹⁹.

Devemos assinalar doravante que a defesa da paz se tornou princípio constitucional, insculpido no art. 4º, inciso VI, da Constituição. Desde 1988, avulta entre os princípios que o legislador constituinte estatuiu para reger o país no âmbito de suas relações internacionais. E, como todo princípio na Constituição, tem ele a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais. Só falta universalizá-lo, alçá-lo a cânone de todas as Constituições. Vamos requerer, pois, o direito à paz como se requerem a igualdade, a moralidade administrativa, a ética na relação política, a democracia no exercício do poder.

Ademais, vale ressaltar que Oliveira Júnior²⁰ também indica uma quinta dimensão de direitos fundamentais, ligada aos avanços no campo da tecnologia da informação, à proteção

¹⁷ BONAVIDES, 2006, *op. cit.*, p. 571.

¹⁸ *Id.*, 2006, p. 572.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos fundamentais*. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 2008, p. 92. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

²⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. de. *Direitos Fundamentais e as Novas Tecnologias: A Quinta Dimensão dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Editora Jurídica, 2020, p. 125.

de dados pessoais e à necessidade de regulamentar a inteligência artificial e outras tecnologias emergentes.

2.2. DEFINIÇÃO FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão direitos fundamentais (*droit fondamentaux*) foi utilizada pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789. Ao tratar do tema, Ingo Wolfgang²¹ esclarece que o termo “direitos fundamentais” apresenta uma heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica. Além disso, a Constituição de 1988 utiliza uma variedade de termos ao referir-se aos direitos fundamentais, como por exemplo: a) direitos humanos (artigo 4, II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e artigo 5º, § 1º); c) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e artigo 5º, § 1º).²²

O professor J. J. Gomes Canotilho²³ aponta que sem a positivação jurídico-constitucional não se pode falar em direitos fundamentais, mas talvez em direitos humanos, liberdades públicas, pretensões, aspirações e até mesmo privilégios. Nesse sentido, os "direitos fundamentais" se referem aos direitos expressamente consagrados nas Constituições de cada nação, diversamente da expressão "direitos humanos", que é frequentemente usada para se referir aos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico internacional.

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang²⁴ indica que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. José Afonso da Silva²⁵ também demonstra preferência pela expressão "direitos fundamentais", acrescentando-lhe o termo "direitos fundamentais do homem". Com isso, ele se refere aos direitos que estão relacionados a situações jurídicas essenciais para a sobrevivência e realização da pessoa humana dentro da

²¹ WOLFGANG, 2009, *op. cit.*, p. 27.

²² Quanto à utilização do termo "direitos fundamentais", o nosso Constituinte se baseou principalmente na Constituição da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo assim com todas as tradições em nossos direitos constitucionais positivos. Segundo ensina Ingo Sarlet 2009, nota de rodapé, “na Constituição de 1824, falava-se nas “Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão “Declaração de Direitos” como epígrafe da Seção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantida nas Constituições de 1937 e de 1946 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos.”

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 497.

²⁴ WOLFGANG, 2009, *op. cit.*, p. 28.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178.

sociedade, os quais estão consagrados na Constituição ("fundamentais") e são inerentes à própria condição humana ("do homem").

Devido a essa característica particular — a positivação jurídico-constitucional — pode-se afirmar que os direitos fundamentais possuem um maior grau de efetividade, já que contam com uma estrutura judiciária capaz de assegurar o cumprimento das normas pertinentes. Por outro lado, o mesmo não ocorre com os direitos humanos, pois as cortes internacionais nem sempre têm a capacidade de garantir o respeito a esses direitos, embora essa questão esteja fora do escopo da investigação proposta.

Jorge Miranda²⁶ indica que, de acordo com um conceito formal, os direitos fundamentais são todos aqueles reconhecidos como tais pelo texto constitucional. Na mesma linha, Canotilho²⁷ esclarece que os direitos considerados formalmente fundamentais são aqueles previstos em normas jurídicas com status constitucional, ou seja, normas que são formalmente parte da Constituição.

Paulo Bonavides²⁸ destacou dois critérios formais para a identificação dos direitos fundamentais, indicados na teoria desenvolvida por Carl Schmitt: (1) considera-se como direitos fundamentais todos aqueles expressamente nomeados no texto constitucional; (b) também são considerados direitos fundamentais aqueles que recebem uma proteção maior por parte do constituinte, seja por serem imutáveis sob a perspectiva de reformas constitucionais (as chamadas "cláusulas pétreas"), seja pela exigência de procedimentos mais rigorosos para sua modificação.

Ao tratar do tema, Ingo Sarlet²⁹ ressalta que, embora o critério formal seja importante, ele não é suficiente para identificar completamente os direitos fundamentais na Constituição de 1988. Isso ocorre principalmente porque a própria Constituição inclui direitos fundamentais fora do catálogo do Título II, seja por meio de direitos espalhados ao longo do texto constitucional (como os direitos fundamentais sociais previstos no título da Ordem Social), seja por meio de direitos derivados dos princípios e do regime constitucional, ou ainda por meio de direitos provenientes de tratados internacionais.

Do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos³⁰. De igual forma, Jorge

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 8.

²⁷ CANOTILHO, 1993, *op. cit.*, p. 528.

²⁸ BONAVIDES, 2006, *op. cit.*, p. 561.

²⁹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 80.

³⁰ BONAVIDES, 2006, *op. cit.*, p. 562.

Miranda³¹ reafirma que um conceito material de direitos fundamentais é sempre relativo, uma vez que precisa considerar as posições filosóficas, políticas e éticas de cada constituinte em diferentes países. No entanto, o valor e a dignidade da pessoa permanecem como critérios materiais de grande importância.

Assim, direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais³².

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o constituinte estatuiu, no § 2º do art. 5º da CF/88³³, que seriam aceitos também como direitos fundamentais outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. A regra do art. 5º, § 2º, da CF de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano, desde a Constituição de fevereiro de 1891, inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA de 1791, e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais.

A referida norma reflete a ideia de que, além do conceito formal de Constituição (e dos direitos fundamentais), existe um conceito material, indicando que certos direitos, devido ao seu conteúdo e essência, fazem parte do núcleo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo que não estejam expressamente listados no catálogo constitucional³⁴.

Assim, com base no entendimento implícito no art. 5º, § 2º, da CF, Ingo Wolfgang³⁵ indica três categorias de direitos fundamentais presentes na doutrina nacional: a) direitos que são tanto formais quanto materialmente fundamentais (baseados na Constituição formal); b) direitos que são apenas materialmente fundamentais (sem expressa menção no texto constitucional); c) a dos direitos que são apenas formalmente fundamentais.

Ingo Sarlet³⁶ destaca ainda que, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que, de acordo com a lição de Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, “aponta para a especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.

A fundamentalidade formal dos direitos é consequência direta da sua inserção na Constituição, conforme examinado por Ingo Wolfgang Sarlet³⁷, e pode ser compreendida em

³¹ MIRANDA, 1993, *op. cit.*, p. 9-10.

³² SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 80.

³³ Cf/88 – Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁴ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 78.

³⁵ WOLFGANG, 2008, *op. cit.*, p. 28.

³⁶ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 74.

³⁷ *Id.*, 2009, p. 74-75.

várias dimensões: a) as normas que estabelecem direitos fundamentais possuem uma hierarquia superior em relação às outras normas do sistema jurídico; b) tais normas estão sujeitas aos limites formais e materiais (cláusulas pétreas) impostos para a revisão e emenda constitucional, conforme estipulado no artigo 60 da Constituição Federal; c) de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 5^o³⁸, essas normas possuem aplicabilidade imediata e são obrigatórias para todos os poderes públicos.

Por sua vez, a fundamentalidade material dos direitos está vinculada à correspondência entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que orienta a Constituição, com destaque para os princípios consagrados no Título I da Constituição Federal, sendo a dignidade da pessoa humana um dos mais relevantes. Sob o aspecto material, os direitos fundamentais expressam as escolhas axiológicas essenciais feitas pelo constituinte no que tange à organização do Estado e da sociedade. Nesse contexto, é pertinente observar as intenções constitucionais delineadas no preâmbulo da Constituição de 1988³⁹, que declara expressamente como "valores supremos" da sociedade "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça"⁴⁰.

Na visão de Sarlet⁴¹, considerando que a Constituição de 1988 adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, é possível admitir, ao menos em teoria, a existência de dispositivos que, embora incluídos no catálogo dos direitos fundamentais, não sejam, devido à sua importância, natureza e substância, considerados direitos fundamentais em sentido material. Tais elementos poderiam ser vistos como normas de natureza organizacional ou até mesmo como regras que poderiam estar presentes na legislação infraconstitucional. Além disso, é importante não ignorar que alguns direitos fundamentais, devido à forma como foram positivados, podem se assemelhar a normas organizacionais, como por exemplo o art. 14, §§ 1^o a 11 (que dispõe sobre o alistamento eleitoral, inelegibilidades etc.) e os diversos incisos e parágrafos que integram o art. 17.

³⁸CF/88 – Art. 5^o, § 1^o – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³⁹CF/88 – Preâmbulo – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte BRASIL. Constituição (1988). *op. cit.*, Preâmbulo.

⁴⁰ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 75.

⁴¹ *Id.*, 2009, p. 137.

Importa destacar, por oportuno, que autores como Ingo Sarlet⁴², Paulo Bonavides⁴³, Gilmar Mendes⁴⁴ e Luís Roberto Barroso⁴⁵ defendem que os direitos sociais previstos nos art. 6^o⁴⁶ e 7^o da Constituição Federal, na medida em que positivados na Constituição e submetidos ao regime da aplicabilidade imediata do art. 5^o, §1^o da CF, também são autênticos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais não são direitos que se opõem ao Estado, mas sim direitos que dependem da atuação estatal, exigindo que o Poder Público providencie determinadas prestações materiais. Cabe ao Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação efetiva de infraestruturas e serviços públicos, definir, executar e implementar as chamadas "políticas sociais" (como educação, saúde, assistência, previdência, trabalho e habitação), de modo a garantir o gozo efetivo dos direitos protegidos pela Constituição.

Por outro lado, a concretização desses direitos sociais demanda altos investimentos públicos. Portanto, em um cenário de escassez de recursos, sua efetivação plena enfrenta obstáculos significativos, especialmente quando as limitações financeiras.

2.3 ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – REGRAS E PRINCÍPIOS

Na visão de Robert Alexy⁴⁷, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Essa distinção, na visão do autor, é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

De início, o autor⁴⁸ esclarece que as normas de direito fundamental são frequentemente caracterizadas como “princípios”, principalmente quando se fala em valores e

⁴² *Id.*, 2009, p. 66.

⁴³ BONAVIDES, 2006, *op. cit.*, p. 518.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 46.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 99-101.

⁴⁶ CF/88 - Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. BRASIL. Constituição (1988). *op. cit.*, Art. 6^o.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 85.

⁴⁸ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 86.

objetivos. Por outro lado, as normas de direitos fundamentais são tratadas como “regras” quando se argumenta que a constituição deve ser considerada seriamente como uma lei, ou quando se menciona a possibilidade de fundamentação dedutiva no contexto dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, Alexy propõe uma distinção clara entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção. Diante disso, a distinção merece destaque no presente trabalho para identificar se as normas de direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988 se alinham mais ao modelo de princípio ou de regra, abordando as implicações jurídicas relevantes, especialmente em questões como a reserva do possível⁴⁹.

Cumprido esclarecer que a distinção entre regra e princípio, na visão de Alexy, é uma distinção entre duas espécies de norma. Assim, tanto regra quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Assim, propõe o autor⁵⁰:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (...) Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

A distinção é qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio. A referida diferença mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito. Vejamos.

No conflito entre regras, Alexy⁵¹ indica que a solução somente pode ocorrer com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se, pelo menos, uma das regras for declarada inválida. Com essa construção, o autor acrescenta um novo elemento à distinção entre regras e princípios estabelecida por Dworkin⁵²: a possibilidade de uma

⁴⁹A distinção entre regras e princípios não é nova. Ronald Dworkin, por exemplo, indica que a diferença entre regras e princípios seria de natureza lógica, sendo que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, cabendo sobre ela tão somente um juízo de validade, de modo que, se válida, deverá ser aplicada ao caso concreto; se inválida, não poderá ser utilizada no processo decisório. Em contrapartida, os princípios funcionam como razões que poderiam orientar uma decisão, sendo aplicados de acordo com seu peso ou importância, o que lhes permite influenciar a decisão em diferentes graus. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

⁵⁰ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 90.

⁵¹*Id.*, 2009, p. 92.

⁵²Ronald Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, estabelece uma distinção fundamental entre regras e princípios. Para Dworkin, a diferença entre essas duas categorias de normas jurídicas reside na forma como

cláusula de exceção que suspende a aplicação de uma regra em um caso concreto, sem removê-la do ordenamento jurídico. Sob essa nova perspectiva, torna-se possível conceber um conflito entre regras e princípios.

Por sua vez, as colisões entre princípios são solucionadas de forma diversa. Quando dois princípios entram em conflito — como no caso em que um princípio proíbe algo enquanto outro permite —, um deles precisará ceder. No entanto, isso não implica que o princípio cedente seja considerado inválido ou que deva ser alterado com uma cláusula de exceção. O que acontece é que um dos princípios assume precedência sobre o outro em certas circunstâncias. Sobre o tema pontifica o autor alemão:

Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. 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.

De fato, existem conflitos entre princípios que só podem ser resolvidos por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo do sopesamento é definir quais dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.

Nos casos em que, por exemplo, há uma colisão entre o dever estatal de garantir a aplicação da lei penal e o interesse do acusado na garantia dos seus direitos constitucionais consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado, Alexy⁵³ assevera que nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade. Tais deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Ademais, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição.

Destarte, essa situação não é resolvida pela declaração de invalidade de um dos princípios, nem pela sua remoção do ordenamento jurídico. Outrossim, não se resolve por

elas operam e se aplicam nos casos concretos. As regras, segundo o autor, possuem uma aplicação do tipo "tudo ou nada". Isso significa que, quando uma regra é válida, deve ser aplicada de maneira completa ao caso que se enquadra em sua hipótese normativa, de modo que, ou a regra é cumprida integralmente, ou não é aplicada. As regras, portanto, são absolutas em sua aplicação; quando há conflito entre duas regras, é necessário que uma delas seja considerada inválida ou que uma exceção seja criada para a outra.

Por outro lado, os princípios não funcionam dessa forma rígida. Eles são caracterizados por uma flexibilidade intrínseca, servindo como diretrizes ou mandamentos de otimização, ou seja, normas que devem ser cumpridas na maior medida possível, considerando as condições fáticas e jurídicas de cada situação. Diferentemente das regras, os princípios podem ser aplicados de maneira ponderada, o que significa que, em situações de conflito, ambos podem ser válidos, sendo necessário que o tribunal ou o intérprete decida qual princípio tem maior peso no caso concreto. Essa ponderação leva em consideração a importância relativa de cada princípio no contexto específico, sem a necessidade de declarar a invalidez de um deles.

Dessa forma, enquanto as regras são aplicadas de maneira binária, os princípios operam em um espectro de aplicação, permitindo uma maior elasticidade no processo de decisão jurídica. Como afirma Dworkin, "os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, e, quando entram em conflito, o tribunal deve considerar essa dimensão para decidir qual princípio prevalece" DWORKIN, 2002, *op. cit.*, p. 35-46.

⁵³ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 95.

meio da introdução de uma exceção que transformaria um dos princípios em uma regra absoluta, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao analisar a tensão entre a admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto, decidiu que “Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição”.⁵⁴

Segundo Alexy⁵⁵, um princípio limita as possibilidades jurídicas de aplicação do outro. A solução para esse conflito está em estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios, considerando as circunstâncias específicas do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro.

A partir dessa análise, Alexy⁵⁶ desenvolve uma "lei de colisão" e assevera que um princípio pode ter precedência sobre outro em um determinado caso, mas essa precedência é sempre condicional e não absoluta. A precedência é determinada pelas circunstâncias específicas do caso concreto e não pela validade ou invalidade do princípio. Isso significa que, em outro contexto, o princípio que cedeu pode, por sua vez, prevalecer. Assim, a resolução de conflitos entre princípios envolve uma avaliação ponderada, onde os princípios em questão são sopesados com base em sua importância relativa e nas circunstâncias do caso, estabelecendo-se qual deles tem maior peso naquele momento específico.

Em resumo, a "lei de colisão" de Alexy estabelece que, diante de um conflito entre princípios, não há um vencedor absoluto, mas sim uma solução baseada na ponderação e na aplicação condicional, considerando as particularidades do caso concreto. Nessa senda, uma intervenção em um direito fundamental só é considerada aceitável se for devidamente ponderada, fundamentando-se no postulado da proporcionalidade.

Nessa senda, Alexy⁵⁷ ressalta que uma característica importante desse tópico é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

⁵⁴BVerfGE 51, 324 (366).

⁵⁵ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁶*Id.*, 2009, p. 96.

⁵⁷ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 103.

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. (...)

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

Como exemplo, podemos considerar o disposto no artigo 7º, inciso XVIII⁵⁸, da Constituição Federal, que estabelece o direito à licença-maternidade para as trabalhadoras. Esse dispositivo constitui uma *regra* que impõe um mandamento definitivo *prima facie*: uma vez presente a condição fática da "gravidez", a trabalhadora gestante tem direito à licença com a manutenção de seu salário por um período de cento e vinte dias. Por outro lado, o inciso XXII do mesmo artigo 7º⁵⁹ sugere a presença de um *princípio* ao estabelecer o direito do trabalhador à "redução dos riscos inerentes ao trabalho". Nesse caso, a norma exige que algo seja realizado na maior medida possível, ou seja, que sejam implementadas normas de saúde, higiene e segurança para reduzir os riscos inerentes ao trabalho, de modo que esses riscos sejam eliminados ou se tornem insignificantes. Em ambos os casos, observa-se uma importante distinção *prima facie* na conduta prescrita⁶⁰.

Como se observa, as normas de direitos fundamentais podem adotar tanto a estrutura de regras quanto a de princípios, apresentando, assim, diferentes características *prima facie*. Alexy⁶¹, ao criticar Ronald Dworkin⁶², argumenta que esse caráter *prima facie* não é uniforme para todos os princípios e regras. No caso dos princípios, o caráter *prima facie* pode ser reforçado ou mitigado pela argumentação jurídica, permitindo que sua aplicação seja ajustada conforme o contexto específico. No caso das regras, embora estas geralmente imponham uma

⁵⁸CF/88 – Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. BRASIL. Constituição (1988). *op. cit.*, Art. 7º, XVIII.

⁵⁹CF/88 – Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. *Id.*, Art. 7º, XXII.

⁶⁰ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 79.

⁶¹ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 104.

⁶²Na visão de Alexy, “alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário.” *Id.*, 2009, p. 104.

conduta definitiva, podem existir cláusulas de exceção que, ao serem aplicadas, comprometem a definitividade dessa determinação.

Nesse contexto, quando um direito fundamental assume a forma de regra, cabe ao intérprete aplicar a conduta prevista de maneira definitiva, seguindo estritamente o mandamento, proibição ou permissão estabelecidos na norma. Não há espaço para uma aplicação parcial da regra, pois o cumprimento integral assegura a observância da norma, enquanto o cumprimento parcial ou o não cumprimento constituem uma violação. A lógica subjacente à aplicação das regras é a do "tudo ou nada". A única situação em que a regra não seria aplicada ocorre quando existe uma cláusula de exceção que justifique seu afastamento, a exemplo da regra que estabelece que a jornada de trabalho não pode exceder oito horas diárias (art. 7º, XIII, da Constituição Federal⁶³).

Nesse caso, imagine uma situação em que um grupo de bombeiros em uma pequena cidade está combatendo um incêndio. Se todos os bombeiros abandonarem seus postos ao fim de suas jornadas, o incêndio poderá se tornar incontrolável. Nessas circunstâncias, outros princípios aplicáveis ao caso concreto funcionam como uma cláusula de exceção, justificando o afastamento da regra, mesmo que as condições fáticas para sua aplicação estejam presentes⁶⁴.

Por outro lado, no caso de um direito fundamental social configurado na forma de princípios, é importante notar que o mandamento jurídico pode ser concretizado com base em circunstâncias fáticas ou jurídicas, resultando, eventualmente, em um mandamento definitivo. No entanto, esse mandamento não será *prima facie*, já que o caráter definitivo *prima facie* é exclusivo das regras. Assim, o caráter *prima facie* das regras, fundamentado em decisões proferidas por autoridades legitimadas ou derivado de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte⁶⁵.

A distinção elaborada por Alexy é fundamental para entender como o direito opera na prática, especialmente no contexto de direitos fundamentais. Ela permite a adaptação do direito às complexidades e particularidades dos casos concretos, garantindo tanto a flexibilidade dos princípios quanto a rigidez necessária das regras.

⁶³CF/88 – Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. BRASIL. Constituição (1988). *op. cit.*, Art. 7º, XIII.

⁶⁴ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁵ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 106.

Nesse ponto, é importante a observação Luís Virgílio Afonso da Silva⁶⁶:

Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios (...), admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação.

Considerando que os direitos fundamentais sociais são essencialmente princípios que estabelecem posições jurídicas *prima facie*, a aplicação dos critérios de proporcionalidade e ponderação é necessária para se definir posições jurídicas definitivas, que possam ser efetivamente exigidas judicialmente⁶⁷.

2.4 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos⁶⁸.

Albert Bleckmann⁶⁹ cita decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão⁷⁰, sustentando uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, arrolando as seguintes funções por estas desempenhadas: 1 – direitos de defesa; 2 – direitos de participação ou quota-parte; 3 – garantias institucionais; 4 – garantias procedimentais; 5 – direitos fundamentais como ordem de valores; 6 – direitos fundamentais como normas objetivas; 7 – direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação; 8 – direitos fundamentais como normas de conduta social; 9 – direitos fundamentais como fundamento de deveres de proteção do Estado; 10 – direitos fundamentais negativos, ou deveres fundamentais; 11 – função legitimadora dos direitos fundamentais; e 12 – função pacificadora e de parâmetro de justiça.

⁶⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 798, abril 2002. p. 43-44.

⁶⁷ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁸ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁹ BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II: Die Grundrechte*. 4. ed. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn: München, 1997. p. 243.

⁷⁰ *BVerfGE* 6,55 [71 e ss.] e 30, 173 [188].

Segundo Ingo Sarlet⁷¹, a doutrina dos quatro status de Georg Jellinek, desenvolvida no final do século XIX, também serve como uma importante base teórica, tendo sido recentemente utilizada, inclusive em nossa tradição jurídica, como um referencial para a classificação dos direitos fundamentais. Dada a contínua influência dessa concepção original e sua relevância reconhecida tanto para a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais quanto para a questão de sua classificação, é pertinente abordarmos esse tema.

Georg Jellinek, em sua obra "Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos" (*System der subjektiv öffentlichen Rechte*), desenvolveu uma concepção original que propõe que o indivíduo, ao se vincular a um Estado, assume uma posição específica em relação a este, definida por quatro tipos de situações jurídicas (status), seja como portador de deveres, seja como detentor de direitos.

Segundo o ensinamento de Jellinek, na formulação apresentada por Robert Alexy⁷², o status é descrito como uma relação do Estado que qualifica o indivíduo, bem como uma espécie de condição ou situação em que o indivíduo se encontra e que define sua relação com o Estado. O conceito de *status* é definido com mais clareza a partir da sua estruturação em quatro relações de status, que definem a posição jurídica do indivíduo: o status passivo, o status negativo, o status positivo e o status ativo.

O status passivo, também chamado de *status subiectionis*, refere-se à situação de sujeição do indivíduo ao poder do Estado, onde ele é obrigado a cumprir as imposições estatais, no âmbito da esfera de obrigações individuais. Nesse contexto, o indivíduo seria apenas portador de deveres, sem possuir direitos, o que implica que o Estado tem a autoridade de vinculá-lo juridicamente através de ordens e proibições.

O status negativo, ou *status libertatis*, por sua vez, corresponde ao núcleo de liberdade de cada pessoa, onde suas ações são juridicamente irrelevantes para o Estado, formando uma esfera de total permissão — sem obrigações nem proibições.

Segundo esclarece Alexy⁷³, o status negativo é formado por uma esfera individual de liberdade, que se caracteriza como a classe das ações dos súditos que são irrelevantes para o Estado. Irrelevante para o Estado seria uma ação que não tenha condições de produzir um efeito juridicamente relevante, como o saborear de um vinho ou passear em sua própria propriedade.

⁷¹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 156.

⁷² ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 255.

⁷³ *Id.*, 2009, p. 258.

O status positivo, também conhecido como *status civitatis*, coloca o indivíduo em uma posição em que pode exigir ações positivas do Estado, como a prestação de determinados serviços. No *status positivus* é, em termos gerais, onde se podem enquadrar os chamados direitos a prestações estatais, inclusive os direitos sociais à moradia, à saúde, à educação, ao trabalho e ao lazer.

Por fim, o status ativo se relaciona às competências conferidas ao indivíduo para participar na formação da vontade estatal. Nesse status, o indivíduo passa a ser visto como titular de competências que lhe asseguram a possibilidade de participar ativamente na formação da vontade estatal, como ocorre, por exemplo, com o direito de voto.

Nesse ponto, é importante considerar que ao longo do tempo, a despeito das inúmeras críticas tecidas à teoria dos quatro status, as lições de Jellinek foram complementadas pela doutrina para se ajustarem às funções contemporâneas atribuídas aos direitos fundamentais, que já não correspondem ao contexto em que a teoria dos quatro status foi originalmente desenvolvida.

De igual forma, Robert Alexy⁷⁴ propôs uma classificação dos direitos fundamentais, levando em consideração a função que desempenham no ordenamento jurídico, agrupando-os em três categorias principais: direitos a algo, liberdades e competências.

Os direitos a algo seguem a estrutura deôntica na qual o sujeito A possui, em relação ao sujeito B, o direito a X. Essa categoria engloba tanto o direito a uma abstenção por parte de outro, como o Estado, quanto o direito a uma prestação positiva. As liberdades, por sua vez, estão associadas ao conceito de permissão, representando uma escolha de ação, ou seja, a possibilidade de realizar ou não determinada conduta, expressa da seguinte forma: "x é livre (ou não) em relação a y para fazer ou não fazer z." Por fim, as competências estão vinculadas à capacidade ou ao poder de um indivíduo de modificar sua própria situação jurídica, o que se traduz em um "poder jurídico" garantido por normas específicas que estabelecem expressamente a permissão e as condições de validade para a realização de um ato⁷⁵.

Alexy esclarece que, de acordo com a interpretação liberal clássica de Carl Schmitt, os direitos fundamentais são destinados, em primeiro lugar, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções estatais (status negativo). Assim, "direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado"⁷⁶. Por outro lado, encontram-se os direitos a uma ação positiva do Estado, pertencentes ao status positivo.

⁷⁴ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 193.

⁷⁵ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 433.

Para Alexy⁷⁷, os direitos a ações estatais positivas abrangem os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento), bem como os direitos a prestações *stricto sensu*, que identifica com os direitos fundamentais sociais de natureza positiva.

J. J. Gomes Canotilho⁷⁸, ao tratar do tema, introduziu uma inovação significativa, ao subdividir a categoria de "direitos a prestações" em duas vertentes: direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações. Os direitos originários a prestações correspondem a direitos de natureza prestacional que podem ser diretamente compreendidos a partir da norma constitucional, sem a necessidade de intervenção do legislador para definir seu conteúdo. Já os direitos derivados a prestações referem-se aos direitos dos cidadãos a uma participação igualitária nas prestações estatais, de acordo com as capacidades existentes, garantindo assim que os poderes públicos assegurem o nível de concretização das prestações previstas constitucionalmente.

Segundo o mestre português⁷⁹, os direitos originários a prestações podem ser identificados sempre que "(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade do cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos". Como exemplo, cite-se o direito fundamental social ao ensino fundamental público e gratuito, previsto no art. 208, I, e § 1º, da nossa Constituição Federal⁸⁰, bem como o direito de garantia de um salário mínimo como benefício aos portadores de deficiência e aos idosos que não tiverem meios de garantir o próprio sustento (art. 203, V, da CF/88⁸¹).

Por outro lado, os direitos derivados à prestação correspondem ao direito de igualdade no acesso, obtenção e utilização das estruturas institucionais estabelecidas pelos poderes públicos, bem como no direito à participação equitativa nos bens e serviços oferecidos por essas instituições. Esses direitos podem ser entendidos como resultantes da efetivação das normas constitucionais pelo legislador ordinário⁸². Nesse contexto, por exemplo, a legislação

⁷⁷ *Id.*, 2009, p. 433.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 541-542.

⁷⁹ *Id.*, 2000., p. 554.

⁸⁰CF, art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria; § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. BRASIL, 1988, *op. cit.*

⁸¹CF, art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. *Id.*, 1998.

⁸² CANOTILHO, 2000, *op. cit.*, p. 553.

que regulamenta as condições para a concessão da licença maternidade, conforme disposto no art. 7º, XVIII, e art. 201, II, da CF/88⁸³, confere à cidadã um direito fundamental social de natureza prestacional derivado.

Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁴ propôs uma classificação dos direitos fundamentais baseada em sua funcionalidade, influenciada pela teoria de Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho. De acordo com Sarlet⁸⁵, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos: os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais prestacionais. Os direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa, têm como objetivo principal a limitação do poder estatal, garantindo ao indivíduo uma esfera de liberdade. Esses direitos conferem ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, bem como eliminar agressões que possam ocorrer em sua esfera de autonomia pessoal.

O segundo grupo, referente aos direitos prestacionais, é subdividido em direitos a prestações em sentido amplo, que incluem tanto os direitos à proteção quanto os direitos à participação na organização e nos procedimentos, e direitos a prestações em sentido estrito, que se referem aos direitos a prestações materiais sociais. Ademais, Sarlet⁸⁶ distingue dentro dos direitos prestacionais entre os direitos originários a prestações e os direitos derivados a prestações, seguindo a concepção desenvolvida por Canotilho⁸⁷.

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, envolvam tanto direitos prestacionais em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões exijam o uso de recursos públicos para sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais que frequentemente enfrenta a dependência de recursos públicos para sua efetivação.

2.4.1 Os direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações

De acordo com a clássica concepção liberal-burguesa, os direitos fundamentais são vistos, em primeiro lugar, como direitos de defesa do indivíduo contra as intervenções do

⁸³CF/88, art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; e CF/88, art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: II - proteção à maternidade, especialmente à gestante. BRASIL, 1988, *op. cit.*

⁸⁴SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 78.

⁸⁵*Id.*, 2009, p. 79.

⁸⁶*Id.*, 2009, p. 79.

⁸⁷CANOTILHO, 2000, *op. cit.*, p. 554.

Estado em sua liberdade pessoal, propriedade, a igualdade perante a lei e o direito à vida, todos tradicionalmente agrupados naquilo que se convencionou chamar de primeira geração dos direitos fundamentais.

Essencialmente, os direitos fundamentais – enquanto direitos de defesa – têm como objetivo principal limitar o poder do Estado. Eles garantem ao indivíduo uma esfera de liberdade, conferindo-lhe um direito subjetivo que o capacita a evitar interferências indevidas na área protegida pelo direito fundamental, bem como a eliminar quaisquer agressões que comprometam sua autonomia pessoal.

Portanto, os direitos fundamentais, em sua função defensiva, são essencialmente caracterizados como direitos negativos, que exigem principalmente uma conduta de abstenção por parte do destinatário, seja ele o Estado ou indivíduos (considerando a possibilidade de eficácia privada dos direitos fundamentais).

O mestre Gomes Canotilho⁸⁸ pontifica que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma perspectiva dupla:

(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.

Segundo Sarlet⁸⁹, o espectro dos direitos de defesa, os quais podem ser enquadrados no “status negativus e/ou libertatis”, segundo classificação de Jellinek, engloba também as garantias fundamentais (direitos-garantia), os direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais, os novos direitos contra manipulações genéticas e a assim denominada liberdade de informática e o direito a autodeterminação informativa.

Por outro lado, os direitos a prestações implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material⁹⁰.

Os direitos fundamentais a prestações se inserem no contexto dos direitos de segunda dimensão. Esses direitos refletem a transição do Estado de Direito, com raízes liberais e burguesas, para um Estado Democrático e Social de Direito, e foram incorporados em grande parte das Constituições adotadas após a Segunda Guerra Mundial.

⁸⁸ CANOTILHO, 2000, *op. cit.*, p. 552.

⁸⁹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁰ *Id.*, 2009, p. 185.

Na Constituição de 1988, os direitos a prestações alcançaram uma receptividade inédita no constitucionalismo brasileiro, o que levou à inclusão de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais dentro do catálogo de direitos e garantias fundamentais. Além disso, em diversas outras partes do texto constitucional, inclusive fora do catálogo de direitos fundamentais, encontram-se várias disposições que contemplam direitos a prestações. Nesse contexto, pode-se citar o art. 17, § 3º,⁹¹ da CF, que garante aos partidos políticos o direito a recursos do fundo partidário, e o art. 5º, incisos XXXV⁹² e LXXIV⁹³, que asseguram o acesso à Justiça e a assistência jurídica integral e gratuita.

Conforme descrito alhures, Ingo Sarlet⁹⁴ estabelece uma subdivisão interna no grupo dos direitos a prestações, qual seja: em sentido amplo e em sentido estrito. Os direitos a prestações *lato sensu* são considerados todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa. Por outro lado, citando a acepção de Alexy, Sarlet⁹⁵ (2009, p. 281) ressalta que os direitos a prestações em sentido estrito constituem os direitos fundamentais a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares, os quais identifica com os direitos sociais.

Ao tratar do tema, Flavio Gladino⁹⁶ esclarece que esta é a mais importante classificação dos direitos fundamentais (positivo/negativo), senão sob o aspecto dogmático, pelo aspecto prático (de sua utilidade), por orientar as escolhas sociais. Nesse ponto, destaca que é possível retirar consequências teóricas e práticas da distinção, quais sejam: (1) no terreno dogmático: estabelecer uma linha histórica evolutiva dos Estados e, mais importante, (ii) sob o prisma prático: discernir entre os direitos fundamentais que são de pronto exigíveis do Estado e os que não são sindicáveis *ipso facto*, orientando-se assim as escolhas da sociedade.

Caso mantida a distinção entre direitos negativos e positivos, Galdino⁹⁷ esclarece que a "reserva do possível" atua como um limite apenas no que diz respeito às prestações positivas por parte do Estado, que geralmente se referem aos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, os direitos de liberdade, frequentemente considerados como direitos negativos (ou que

⁹¹BRASIL, 1988, *op. cit.*

⁹²*Id.*, 1988.

⁹³*Id.*, 1988.

⁹⁴SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 281.

⁹⁵*Id.*, 2009, p. 281.

⁹⁶GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem Em Árvores*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 163.

⁹⁷GALDINO, 2005, *op. cit.*, p. 197.

exigem apenas prestações não materiais), podem ser plenamente garantidos e implementados sem as restrições impostas pelas limitações orçamentárias.

Entretanto, a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos prestacionais tem sido objeto de críticas. Em sua obra recente “os custos dos direitos”, Stephen Holmes e Cass Sunstein⁹⁸ apresentaram uma afirmação categórica: “todos os direitos são positivos”. Segundo os autores, todos os direitos requerem uma forma de prestação estatal, sob uma perspectiva econômica – todos os direitos envolvem custos. Isso se aplica não apenas no sentido de garantir prestações sociais concretas, mas também na criação de estruturas institucionais que possibilitem o exercício desses direitos. Assim, demonstram que todos os direitos passíveis de imposição jurídica são necessariamente positivos.

Em um estudo detalhado sobre a questão dos custos dos direitos, Flávio Galdino⁹⁹ identificou a existência de cinco modelos teóricos no desenvolvimento da doutrina brasileira a respeito da classificação dos direitos fundamentais em "positivos" (referentes aos direitos a prestações) e "negativos" (relacionados aos direitos de defesa), a saber:

- (I) - modelo teórico da indiferença: o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico;
- (II) - modelo teórico do reconhecimento: reconhecimento institucional de direitos a prestações (ditos sociais), o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade desses novos direitos;
- (III) - modelo teórico da utopia: a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite iguala direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado;
- (IV) - modelo teórico da verificação da limitação dos recursos: o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível;”
- (V) - a superação dos modelos anteriores: tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais.

Ao final do estudo, Galdino¹⁰⁰ defende a completa eliminação da distinção entre direitos positivos e negativos, propondo que todos os direitos fundamentais sejam compreendidos em uma dimensão positiva. Ele sustenta que qualquer direito exige uma ação do Estado, seja por meio de provocação, como ocorre através do Poder Judiciário, ou de forma espontânea, como se verifica na atuação do poder de polícia ou das instituições administrativas.

⁹⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 23-25.

⁹⁹ GALDINO, 2005, *op. cit.*, p. 181.

¹⁰⁰ *Id.*, 2005, p. 346.

Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁰¹, asseveram que todos os direitos implicam uma prestação econômica por parte do Estado – todos os direitos têm custos, pois mesmo que não se trate de oferecer prestações sociais fáticas, há a necessidade de criar estruturas institucionais que possibilitem o exercício desses direitos. Para demonstrar tal argumento, os autores citam o caso de um incêndio ocorrido em agosto de 1995, em Westhampton, onde o direito à propriedade (tradicionalmente visto como um direito de defesa ou negativo) só foi assegurado graças à atuação prestacional dos poderes públicos, que mobilizaram os recursos necessários para conter o fogo e proteger as propriedades em risco.

Assim, não mais se defende que existem direitos fundamentais exclusivamente negativos, ou de defesa, e outros exclusivamente positivos ou prestacionais. É certo que não se pode falar em uma dicotomia entre as duas funções, na medida em que já se assumiu que, em verdade, ambas as dimensões dos direitos fundamentais se completam. Nesse sentido, é possível identificar normas de direitos fundamentais que têm uma predominância ora como direitos de defesa, ora como direitos a prestações¹⁰².

No mesmo sentido, Ingo Sarlet¹⁰³ afirma que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Portanto, é inegável que todos os direitos fundamentais podem gerar um custo, de modo que essa característica não se restringe apenas aos direitos sociais que envolvem prestações.

Como cediço, a escassez de recursos públicos impede a realização de todos os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, de modo que a implementação de alguns desses direitos impõe necessária e inevitavelmente o sacrifício de outros, igualmente importantes.

Nesse ponto, a reserva do possível pode ser vista não apenas como uma limitação jurídica e fática dos direitos fundamentais, mas também como uma possível garantia desses direitos em determinadas situações. Por exemplo, em casos de conflitos entre direitos, a reserva do possível pode ser invocada – sempre respeitando os critérios da proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial para todos os direitos – para justificar a indisponibilidade de recursos, com o objetivo de proteger o núcleo essencial de outro direito fundamental.

¹⁰¹ HOLMES; SUNSTEIN, 2019, *op. cit.*, p. 3-5.

¹⁰² OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 285.

2.5 DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A doutrina reconhece que os direitos fundamentais podem ser abordados sob duas dimensões distintas. A primeira é a perspectiva objetiva, onde os direitos estão vinculados aos objetivos fundamentais da comunidade, do ponto de vista da coletividade. A segunda é a perspectiva subjetiva, em que esses direitos se manifestam como direitos subjetivos, que podem ser exercidos individualmente¹⁰⁴.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência evocam a decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht), no caso Lüth¹⁰⁵, como origem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Naquela decisão, a Corte Alemã estabeleceu que os direitos fundamentais não se restringem à sua função principal de servir como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas também se configuram como decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva dentro da Constituição. Esses direitos possuem eficácia em todo o ordenamento jurídico e fornecem diretrizes para os poderes legislativo, judiciário e executivo. Assim, os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, operam, não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica¹⁰⁶.

Ingo Sarlet¹⁰⁷ enumera três aspectos de suma relevância para a compreensão da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, quais sejam:

1) Partindo do princípio de que tanto as normas de direitos fundamentais que estabelecem direitos subjetivos individuais quanto aquelas que impõem obrigações de natureza objetiva aos poderes públicos podem assumir a forma de princípios ou de regras (considerando a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios), é importante reconhecer que não há um paralelismo obrigatório entre regras e a perspectiva subjetiva, nem

¹⁰⁴ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁵ A decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no caso Lüth é considerada um marco no desenvolvimento da jurisprudência constitucional alemã, especialmente no que diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O caso envolveu Erich Lüth, um jornalista que organizou um boicote a um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta associado ao regime nazista. Harlan processou Lüth, e o tribunal regional de Hamburgo concedeu uma liminar em favor do cineasta, proibindo o boicote com base no direito civil. Derrotado no Tribunal de Hamburgo, Lüth reclamou ao Tribunal Constitucional, que decidiu a seu favor. Segundo o tribunal, haveria uma "ordem objetiva de valores" na Constituição, e todo o ordenamento jurídico seria irradiado por essa ordem, incluindo-se aí o direito civil e as relações entre particulares. Fonte: <https://www.conjur.com.br/2018-set-02/opiniao-60-anos-luth-autocontencao-judicial/>

¹⁰⁶ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁷ *Id.*, 2009, p. 144.

entre princípios e a perspectiva objetiva. Dessa forma, é possível identificar tanto regras e princípios que consagram direitos subjetivos fundamentais quanto regras e princípios que possuem caráter meramente objetivo;

2) É importante diferenciar a relevância da perspectiva objetiva em seu aspecto axiológico, ou seja, como expressão de uma ordem de valores fundamentais, de sua mais-valia jurídica, que se manifesta no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, além da perspectiva subjetiva. Ambos os aspectos são de grande importância para a teoria jurídica contemporânea dos direitos fundamentais;

3) Da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, o autor informa que não se limita a qualquer uma das facetas específicas que a matéria suscita, traçando um quadro mais abrangente possível.

Nesse sentido, Ingo Sarlet aborda a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, inicialmente focando em seu aspecto axiológico, onde os direitos fundamentais seriam a representação da ordem de valores prevalentes na sociedade. De acordo com o autor¹⁰⁸:

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.

Outro aspecto intimamente relacionado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais é o que pode ser chamado de eficácia dirigente que esses direitos exercem sobre os órgãos estatais, mesmo aqueles que primariamente atuam como direitos subjetivos. Nesse contexto, afirma-se que os direitos fundamentais impõem “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”¹⁰⁹.

Um dos principais desdobramentos da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais é o que a doutrina alemã chama de eficácia irradiante¹¹⁰. Esse conceito sugere que os direitos fundamentais, em sua condição de direitos objetivos, fornecem orientações e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. Isso também aponta para a necessidade de uma interpretação que seja conforme aos direitos fundamentais, uma

¹⁰⁸ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰⁹ *Id.*, 2009, p. 146.

¹¹⁰ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 382.

prática que pode ser vista, com algumas ressalvas, como semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.

Além dessa eficácia irradiante, há a questão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conhecida como eficácia horizontal ou *Drittwirkung*, conforme o termo popularizado na doutrina alemã. Nesse ponto, Ingo Sarlet¹¹¹ destaca que a ideia de que os direitos fundamentais produzem efeitos também nas relações privadas — e não apenas em relação ao poder público — é considerada um dos mais significativos desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, ainda que essa interpretação seja objeto de controvérsias.

Ainda no contexto da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, Sarlet¹¹² destaca o reconhecimento dos deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de cabe a este assegurar, inclusive de forma preventiva, a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não apenas contra ações dos poderes públicos, mas também contra ameaças provenientes de particulares e até de outros Estados. Essa responsabilidade, por sua vez, resulta na obrigação do Estado de implementar diversas medidas positivas, como proibições, autorizações e legislações de natureza penal, entre outras, com o objetivo principal de assegurar a proteção efetiva do exercício dos direitos fundamentais.

Assim, arremata Sarlet¹¹³:

Neste contexto, se é correto – como leciona Dieter Grimm – que os deveres de proteção, por exigirem intervenções por parte dos órgãos estatais – resultam em restrições de direitos, acarretando, nesta perspectiva, uma redução do âmbito de liberdade individual, tais restrições, vinculadas precisamente à necessidade de proteção de bens fundamentais (além de sujeitas, convém acrescentar, ao regime dos limites dos limites dos direitos fundamentais, nomeadamente, o respeito às exigências da proporcionalidade e da garantia do núcleo essencial) têm sempre por escopo a maximização dos direitos fundamentais, visto que as restrições objetivam, no plano geral, mais proteção da liberdade e dos direitos fundamentais das pessoas no âmbito da comunidade estatal.

Por fim, é importante destacar um último desdobramento significativo da perspectiva objetiva: a função dos direitos fundamentais como parâmetros para a criação e estruturação de organizações estatais e para a regulamentação dos procedimentos. Na visão de Ingo Sarlet¹¹⁴:

Por derradeiro, não poderíamos deixar de mencionar – como último importante desdobramento da perspectiva objetiva – a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de

¹¹¹ *Id.*, 2009, p. 147.

¹¹² *Id.*, 2009, p. 148.

¹¹³ *Id.*, 2009, p. 150.

¹¹⁴ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 150.

organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Neste sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles.

Sob essa ótica objetiva, fica mais clara a conclusão alcançada por Cass Sunstein e Stephen Holmes de que todos os direitos fundamentais são, na verdade, positivos e implicam um custo, visto que o Estado possui um dever de ação para proteção direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais, inclusive através da criação e estruturação de organizações estatais.

Quanto aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, Ingo Sarlet¹¹⁵ remete “a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”. Portanto, a perspectiva subjetiva refere-se à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

O ministro Luis Roberto Barroso¹¹⁶, bem como boa parte da doutrina brasileira, utiliza a expressão “direito público subjetivo”, sempre que “a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado”¹¹⁷.

Por direito subjetivo, segundo Barroso¹¹⁸, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Ademais, estabelece as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber:

a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tinha o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.

¹¹⁵ *Id.*, 2009, p. 152.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Eficácia e efetividade do direito à liberdade*. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, n. 5, p. 35–53, 2007. DOI: 10.21056/aec.v0i5.773. Disponível em: <https://revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/773>. Acesso em: 14 ago. 2024. p. 166-167.

¹¹⁷ Esta expressão é criticada por Sarlet, pois seria resultado de resquícios do liberalismo e do positivismo, em que se fazia referência aos direitos de defesa da autonomia privada frente ao Estado (SARLET, 2009, p. 152).

¹¹⁸ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 152.

Ao tratar do tema, Clémerson Clève¹¹⁹ observa que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais também desempenha três funções: a) de defesa do indivíduo contra a ingerência do poder público que venha impedir a satisfação do direito fundamental; b) de prestação, segundo a qual o indivíduo pode demandar a realização do objeto do direito fundamental; e c) de não discriminação, segundo a qual o indivíduo deve ter ao seu dispor, sem discriminação em relação aos demais (a não ser que a discriminação seja necessária para a concretização da igualdade material), os bens e serviços necessários à satisfação de seus direitos fundamentais.

Por sua vez, Robert Alexy¹²⁰ constrói sua concepção de direitos fundamentais (o que chamou de sistema das posições jurídicas fundamentais) em sua perspectiva subjetiva, com base em uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como “direitos” em: 1) direitos a algo (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações); 2) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições) e 3) competências (competências ou autorizações).

A doutrina tem sustentado a existência de uma presunção em favor da primazia da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Sarlet¹²¹, citando Alexy, elenca dois argumentos: 1) a finalidade principal dos direitos fundamentais, mesmo quando coletivos, é a proteção do indivíduo, não da coletividade. A perspectiva objetiva, por sua vez, serve principalmente como um reforço à proteção jurídica dos direitos subjetivos; 2) denominado de “argumento da otimização”, destaca o caráter principiológico dos direitos fundamentais, enfatizando que o reconhecimento de um direito subjetivo implica um grau mais elevado de realização do que a mera imposição de obrigações objetivas.

Seguindo essa linha de pensamento, e na formulação de Gomes Canotilho¹²² (que adota também a doutrina de Alexy), os direitos fundamentais são, em sua essência, direitos individuais, o que leva à constatação de que, quando protegidos constitucionalmente como tais, essa proteção se dá sob a forma de direitos subjetivos. Por fim, Ingo Sarlet aponta que “este predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana”¹²³.

¹¹⁹ CLÉVE, Clémerson Merlin. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 23.

¹²⁰ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 193.

¹²¹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 154.

¹²² CANOTILHO, 2015, *op. cit.*, p. 554.

¹²³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 154.

Vicente de Paulo Barreto¹²⁴, ao tratar do tema, indica a existência de três argumentos “políticos” que apontam para uma inefetividade dos direitos fundamentais sociais, o que reflete a dificuldade de concebê-los como autênticos direitos subjetivos, quais sejam: a) são direitos de segunda ordem, pois não participaram da fundação do Estado de Direito; b) dependem de uma economia forte; e c) o custo dos direitos sociais supera os recursos orçamentários.

Por fim, Ana Carolina Olsen¹²⁵ destaca que a principal dificuldade em caracterizar os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos e efetivá-los está ligada ao conceito de reserva do possível. Esses direitos sociais, que demandam prestações por parte do Estado, só poderiam ser exigidos diretamente quando houvesse condições financeiras adequadas, previsão orçamentária específica, respeito ao princípio democrático de alocação "livre" dos recursos pelo legislador e observância da discricionariedade estatal na definição das políticas públicas a serem implementadas para sua concretização.

Isto posto, faz-se necessário conhecer as teorias relativas às restrições dos direitos fundamentais, a fim de que se possa identificar se a reserva do possível constitui uma restrição à efetivação dos direitos fundamentais.

¹²⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 115-122.

¹²⁵ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 131.

3. DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de um Estado de Direito serve como a fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, funcionando como um limite imposto aos Poderes Públicos, conforme já exposto alhures. Esses direitos, ao serem consagrados constitucionalmente, não apenas garantem proteção individual, mas também vinculam os agentes estatais a agir de acordo com as normas que os estabelecem. No entanto, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto¹²⁶.

A questão que se coloca é: são legítimas as intervenções dos poderes constituídos no âmbito dos direitos fundamentais? É possível restringir um direito fundamental? E, em caso afirmativo, até que ponto? A doutrina apresenta duas correntes principais que abordam esse tema de maneira distinta: a teoria interna e a teoria externa.

3.1 POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO – TEORIA EXTERNA E INTERNA

A ideia de que os direitos tenham restrições e possam ser restringidos é natural e para Alexy¹²⁷, quase trivial. Conforme indica Norberto Bobbio¹²⁸:

Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecido de uma vez por todas.

Segundo pontua Alexy¹²⁹, o problema não está no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações.

Nesse ponto, a doutrina divide-se em duas teorias opostas, a *teoria externa* e a *teoria interna*. Segundo esclarece Alexy¹³⁰, o conceito de restrição a um direito implica a existência de dois elementos distintos: o direito e a sua restrição, que mantêm entre si uma relação

¹²⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 276.

¹²⁷ ALEXY, 2008, *op. cit.*, p. 276.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 42.

¹²⁹ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 276.

¹³⁰ *Id.*, 2009, p. 277.

específica, caracterizada como uma relação de restrição. Nessa perspectiva, o direito existe primeiramente em sua forma plena, sem restrições, e, em segundo lugar, o que resta desse direito após ser submetido a uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção denominada de teoria *externa*.

Entretanto, embora a teoria externa reconheça que, em um ordenamento jurídico, os direitos frequentemente se manifestem principalmente como direitos restringidos, ela concebe que esses direitos também podem ser concebidos sem restrições. Dessa forma, de acordo com a teoria externa, não há uma relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrição. Essa relação surge apenas devido à necessidade, externa ao próprio direito, de equilibrar os direitos de diferentes indivíduos, assim como os direitos individuais em relação aos interesses coletivos¹³¹.

A teoria externa foi originalmente desenvolvida com base nas ideias de Schmitt, que, a partir da separação entre o Estado e a sociedade, concebeu a liberdade individual como um direito pré-estatal, e, portanto, naturalmente ilimitado. O Estado poderia, caso necessário, intervir nessa esfera de liberdade, mas tal intervenção seria considerada uma exceção à regra, que seria a liberdade sem limites¹³².

Um cenário completamente oposto é a base de sustentação da *teoria interna*. Segundo esta teoria, “não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo”¹³³. Nesse caso, o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite.

Friedrich Klein, adepto da teoria interna, argumenta que a ideia de restrição a direitos fundamentais é logicamente inadmissível. Para Klein¹³⁴, esses direitos permitem apenas a delimitação de seu conteúdo e a definição de seus contornos conceituais, mas nunca uma restrição propriamente dita. Portanto, não há uma restrição, mas sim um limite conceitual do direito, conhecido como o "limite imanente" do direito fundamental.

Os defensores da teoria interna argumentam que, ao consagrar os direitos fundamentais, a Constituição já estabelece seus limites. Todos os direitos fundamentais são concebidos desde o início com seus próprios limites imanentes. Esses limites são parte integrante de cada direito, ou seja, são imanentes ao próprio direito, o que exclui a possibilidade de restrições externas.

¹³¹ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 277.

¹³² OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 143.

¹³³ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 277.

¹³⁴ *Id.*, 2009, p. 277-278.

Assim, segundo a teoria interna, um direito fundamental possui desde sua origem um conteúdo jurídico específico, de modo que qualquer posição jurídica que ultrapasse esses limites não pode ser considerada parte desse direito. No mundo jurídico, portanto, existe apenas um objeto normativo: o direito fundamental com seus limites concretos, os chamados "limites imanentes", que não podem ser considerados como restrições. Se a restrição é algo que diminui ou reduz o alcance de proteção do direito, quando devidamente integrada à norma, ela não é uma restrição, mas sim uma definição do âmbito normativo do direito. Se essa redução não estiver incorporada ao direito, então não se trata de uma restrição, mas de uma verdadeira violação da norma de direito fundamental¹³⁵.

Para Alexy¹³⁶, a ideia de restrições aos direitos fundamentais está estreitamente vinculada ao modelo normativo adotado – seja baseado em regras ou em princípios. No caso da teoria interna, pode-se observar uma conexão com o modelo normativo das regras, pois essa teoria sustenta que não existem restrições legítimas aos direitos fundamentais. De acordo com essa perspectiva, ou se está dentro do âmbito normativo, onde se pode falar em limites imanentes para ajustar a correspondência com a situação de fato, ou se está fora desse âmbito, o que configuraria uma verdadeira violação à norma de direito fundamental. Assim, ao considerar um modelo exclusivamente baseado em regras, as normas resultariam apenas em posições jurídicas definitivas, o que levaria à adoção automática da teoria interna.

Sarlet¹³⁷ adverte que a falta de distinção, na teoria interna, entre o âmbito de proteção e os limites dos direitos fundamentais permite a inclusão de considerações relativas a outros bens dignos de proteção (como interesses coletivos ou estatais) no próprio âmbito de proteção desses direitos. Essa ausência de separação aumenta o risco de restrições arbitrárias à liberdade.

Jorge Reis Novais¹³⁸ também apontou algumas críticas à teoria interna. Segundo ele, embora a lógica dessa teoria seja "irrefutável," ela aborda a aplicação das normas de direitos fundamentais de forma estritamente formal, o que, na prática, pode comprometer o controle efetivo das atividades "restritivas" realizadas pelos poderes constituídos. Na verdade, essa teoria vai ainda mais longe ao "tender a legitimar qualquer concretização específica dessas atividades ou, ao menos, ao obscurecer objetivamente a natureza 'restritiva' da intervenção

¹³⁵ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 138-139.

¹³⁶ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 278.

¹³⁷ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 338-339.

¹³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 135.

estatal, enfraquece a efetividade dos mecanismos de controle típicos de um Estado de Direito, aos quais essa intervenção deveria estar sujeita."

Ana Carolina Olsen¹³⁹ indica que na doutrina nacional, ainda que não o tenham expressado de forma explícita, autores como Gilmar Ferreira Mendes¹⁴⁰ e Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴¹ parecem ter adotado a teoria externa. Sarlet, por exemplo, argumenta que não faz sentido falar em direitos fundamentais de acordo com a lei, mas sim em lei conforme os direitos fundamentais.

Portanto, é necessário reconhecer a possibilidade de restrições legítimas aos direitos fundamentais, assim como a importância de controlar essa atividade restritiva. Essa noção é crucial para a compreensão das interações entre os direitos fundamentais prestacionais e a doutrina da reserva do possível.

3.2 CONCEITO DE RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA VISÃO DE ROBERT ALEXY

Na visão de Alexy¹⁴², "restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Segundo o autor, uma restrição a um bem protegido é sempre uma restrição a uma posição *prima facie*, considerando que os princípios de direitos fundamentais exigem uma proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como por exemplo, a liberdade mais ampla possível da integridade física.

Portanto, as restrições a direitos fundamentais são normas. Para explicar como normas são restrições a direitos fundamentais, Alexy¹⁴³ esclarece que uma norma só pode ser considerada uma restrição a um direito fundamental se estiver em conformidade com a Constituição. Caso seja inconstitucional, ela pode até ser vista como uma intervenção, mas não como uma restrição legítima. Assim, fica clara uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais apenas quando são compatíveis com a Constituição.

Para resolver a questão de entender o que torna uma norma compatível com a Constituição uma restrição a direitos fundamentais, Alexy¹⁴⁴ aponta que é essencial distinguir entre diferentes tipos de normas. Em particular, é importante diferenciar entre normas de

¹³⁹ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 147.

¹⁴⁰ MENDES, 1999, *op. cit.*, p. 123.

¹⁴¹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 339.

¹⁴² ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 281.

¹⁴³ *Id.*, 2009, p. 281.

¹⁴⁴ *Id.*, 2009, p. 281.

competência, que fundamentam a autoridade do Estado para criar leis, e normas mandatórias e proibitivas direcionadas aos cidadãos.

As normas de competência mais relevantes para a teoria das restrições são aquelas definidas pelas reservas legais constitucionais. Essas reservas concedem ao legislador a autoridade para impor restrições aos direitos fundamentais. Dessa competência legislativa decorre a obrigação do titular de direitos fundamentais de se submeter a tais restrições.

Nesse ponto, Alexy¹⁴⁵ estabelece a diferença entre as competências para a criação de normas, que são estabelecidas pelas reservas legais constitucionais - competências diretamente estabelecidas pela Constituição - das competências constitucionais indiretas, como aquelas que surgem quando o legislador autoriza a emissão de decretos ou quando o poder regulamentar permite a emissão de atos administrativos. Esses tipos de normas de competência não impõem restrições aos direitos fundamentais; apenas fundamentam sua restringibilidade. Portanto, as reservas legais, por si só, não constituem restrições, mas sim fundamentam a possibilidade jurídica de sua aplicação.

Com relação as normas mandatórias e proibitivas dirigidas ao cidadão, Alexy¹⁴⁶ parte da fundamental distinção entre regras e princípios para esclarecer o conceito de restrição a direitos fundamentais.

Quanto as regras que estabelecem restrições, Alexy¹⁴⁷ afirma que uma regra (compatível com a Constituição) constitui uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, uma liberdade fundamental *prima facie* ou um direito fundamental *prima facie* é substituído por uma não-liberdade ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. Exemplos podem ajudar a esclarecer essa ideia. Enquanto não existe uma obrigação para motociclistas usarem capacete, o titular de um direito fundamental, com base no princípio da liberdade geral de ação, possui uma liberdade fundamental *prima facie* para decidir, como motociclista, se quer ou não usar capacete. No entanto, assim que a obrigação é estabelecida, o titular passa a estar em uma situação de não-liberdade definitiva em relação ao uso do capacete. A regra que exige o uso de capacete por motociclistas é, portanto, uma restrição a um direito fundamental, pois, com sua vigência, uma liberdade *prima facie* é substituída por uma não-liberdade definitiva de igual teor.

Por outro lado, princípios também fazem parte das normas que podem ser restrições a direitos fundamentais. Para Alexy¹⁴⁸, princípios restritivos, por si só, não têm a capacidade

¹⁴⁵ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 282.

¹⁴⁶ *Id.*, 2009, p. 283.

¹⁴⁷ *Id.*, 2009, p. 283.

¹⁴⁸ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 284.

de colocar o indivíduo em posições definitivamente restringidas (como não-liberdades ou não-direitos). Para que uma restrição definitiva ocorra, é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional afetado e o(s) princípio(s) que o limitam. Dessa forma, pode-se argumentar que não são os princípios em si que atuam como restrições, mas sim as regras que, conforme a lei de colisão, refletem o resultado desse equilíbrio.

Entretanto, Alexy¹⁴⁹ alerta que princípios em conflito limitam, de forma substancial, as possibilidades jurídicas de concretização de outros princípios. Se esses princípios conflitantes não existissem ou não tivessem hierarquia constitucional, essas possibilidades seriam mais amplas. Portanto, o desafio não está na natureza restritiva desses princípios, mas na extensão em que restringem outros princípios.

Citando a doutrina de Robert Alexy¹⁵⁰, o Supremo Tribunal Federal¹⁵¹ já decidiu que a garantia contra a autoincriminação não pode ser interpretada de forma absoluta, admitindo, em consideração a sua natureza principiológica de direito fundamental, a possibilidade de relativização justamente para viabilizar um juízo de harmonização que permita a efetivação, em alguma medida, de outros direitos fundamentais que em face daquela eventualmente colidam.

3.3 AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A identificação das restrições¹⁵² aos direitos fundamentais é essencial para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo, em colaboração com o legislador ordinário. Para Ingo Sarlet¹⁵³, embora a ideia de que existam limites ou restrições a um direito, distintos do próprio direito, possa parecer trivial à primeira vista, ela oculta uma série de problemas. Esses problemas decorrem, por um lado, da determinação do significado desses limites e, por outro, da eventual distinção entre o que constitui uma limitação e outras atividades normativas.

Os limites aos direitos fundamentais podem ser definidos, em sentido amplo, no magistério de Jorge Reis Novais¹⁵⁴, como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem

¹⁴⁹ *Id.*, 2009, p. 284.

¹⁵⁰ *Id.*, 2009, p. 285.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 971959*, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14 nov. 2018. Processo Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito. DJe-190, divulgado em 30 jul. 2020, publicado em 31 jul. 2020.

¹⁵² Nesse trabalho, utilizaremos a expressão restrição e limites aos direitos fundamentais como sinônimos. Adota-se a teoria externa, no sentido de que os direitos fundamentais podem ser restringidos.

¹⁵³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 391.

¹⁵⁴ NOVAIS, 2003, *op. cit.*, p. 157.

o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.

No que tange às espécies de restrições, há um consenso substancial de que os direitos fundamentais podem ser restringidos: 1) por disposição expressa na Constituição; 2) por norma legal promulgada com base nela; 3) pela imposição de restrições decorrentes de colisões entre direitos fundamentais, mesmo na ausência de uma limitação ou autorização expressa por parte do legislador. Embora essa terceira hipótese possa ser subsumida na segunda, a distinção entre essas três categorias de limites facilita a compreensão e o controle da atividade restritiva em cada caso específico. Além disso, essas três modalidades de limitação demonstram que, independentemente da forma, qualquer restrição a um direito fundamental exige, direta ou indiretamente, um fundamento constitucional¹⁵⁵ (SARLET, 2009, p. 391-392).

Quanto aos limites diretamente estabelecidos pela Constituição, cite-se o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII, CF¹⁵⁶), visto que, apesar de previsto como não sujeito a restrição no dispositivo referido, a inviolabilidade em princípio assegurada poderá ser temporária e excepcionalmente condicionada nas hipóteses de estado de defesa e de estado de sítio (art. 136, § 1º, I, b¹⁵⁷; art. 139, III¹⁵⁸), expressamente previstas na Constituição.

No que se refere às limitações impostas por meio de leis (em sentido formal, incluindo as medidas provisórias, conforme o art. 62, caput, da Constituição Federal de 1988) –

¹⁵⁵ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 191-192.

¹⁵⁶CF/88 – Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XII - e inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996) BRASIL, 1988, *op. cit.*

¹⁵⁷CF/88 - Art. 136 § 1º, I, b. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de:

(...)

b) sigilo de correspondência;

¹⁵⁸CF/88 – Art. 139, III – Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

(...)

III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei. BRASIL, 1988, *op. cit.*

chamadas de restrições indiretas –, é necessário abordar a questão das reservas legais. Em termos gerais, essas reservas podem ser definidas como disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Sarlet¹⁵⁹ esclarece que as reservas legais, por sua vez, são geralmente classificadas em dois grupos: reservas legais simples e reservas legais qualificadas. As reservas do primeiro grupo se caracterizam por permitir ao legislador intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem impor requisitos ou objetivos específicos a serem observados, conferindo, assim, uma competência mais ampla para a restrição. O art. 5º, LVIII¹⁶⁰, da Constituição Federal de 1988, é um típico exemplo, pois estabelece que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

Por outro lado, as reservas legais qualificadas se distinguem por estabelecerem requisitos e/ou objetivos que o legislador ordinário deve atender ao limitar direitos fundamentais. Um exemplo clássico é o sigilo das comunicações telefônicas. Nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Em terceiro lugar, como já mencionado, também são possíveis limitações decorrentes da colisão entre um direito fundamental e outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que pode legitimar a imposição de restrições, mesmo que não expressamente autorizadas pela Constituição. Em outras palavras, direitos fundamentais que formalmente não possuem limitações (isto é, que não estão sujeitos a reservas explícitas) podem ser restringidos se tal restrição for indispensável para garantir outros direitos constitucionais. Nesse sentido, alguns autores chegaram a defender a existência de uma "reserva geral imanente de ponderação"¹⁶¹.

Cite-se o clássico exemplo da liberdade de expressão, prevista no art. 5º, IX, da Constituição Federal¹⁶². Embora essa liberdade não esteja sujeita a reserva legal, ela pode entrar em conflito com outros direitos fundamentais, como os direitos à intimidade, à honra e

¹⁵⁹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 392.

¹⁶⁰ BRASIL, 1988, *op. cit.*

¹⁶¹ SARLET, 2009, p.393

¹⁶²CF, art. art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. BRASIL, 1988, *op. cit.*

à imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal¹⁶³), que também não estão sujeitos a reservas legais.

Nesse ponto, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente Reclamação (RCL 23364), ajuizada pelo deputado estadual Junior Alves Araújo, contra decisão da 3ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, que determinou a exclusão de mensagem publicada em sua conta no Twitter contra o então governador Marconi Perillo. Segundo o relator, Luís Roberto Barroso, a Constituição Federal de 1988 incorporou um sistema de proteção reforçado das liberdades de expressão, reconhecendo uma prioridade desta liberdade na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Segundo o ministro, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial, “o que significa dizer que seu afastamento é excepcional e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto”.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal (STF) condenou o deputado federal Daniel Silveira (PTB-RJ) a oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, por crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo. Para a maioria do Plenário, as declarações que motivaram a denúncia da Procuradoria-Geral da República (PGR) não foram apenas opiniões relacionadas ao mandato e, portanto, não estão protegidas pela imunidade parlamentar nem pela liberdade de expressão.

Na oportunidade, o ministro Barroso afirmou “que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e precisa ser ponderada com outros valores e direitos constitucionais, inclusive a democracia, o funcionamento das instituições e a honra das pessoas.”

Como visto, em situações de conflito entre direitos fundamentais, torna-se imprescindível o sopesamento, ou ponderação, desses direitos, um processo que visa garantir que a aplicação de um direito não se dê em detrimento injustificado de outro. O sopesamento não implica a hierarquização rígida dos direitos fundamentais, mas sim uma análise cuidadosa que leve em conta a proporcionalidade e a razoabilidade, com o objetivo de preservar, na maior medida possível, a integridade de todos os direitos envolvidos, respeitando o núcleo essencial de cada um deles e evitando a prevalência arbitrária de um direito sobre outro.

Por fim, vale a ressalva feita por Canotilho¹⁶⁴ de que mesmo quando o legislador possui autorização constitucional para editar normas restritivas, ele continua vinculado à obrigação de proteger o núcleo essencial dos direitos restringidos.

¹⁶³CF, art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. BRASIL, 1988, *op. cit.*

¹⁶⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos Fundamentais e Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 456.

3.4 NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais refere-se à preservação de uma parte do conteúdo de um direito que é indispensável para sua mínima eficácia. Sem essa proteção, o direito deixaria de ser reconhecido como fundamental, perdendo sua essência e valor jurídico.

Segundo as lições do mestre canotilho¹⁶⁵:

A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.

No debate sobre o valor da proteção dos direitos fundamentais, surgem duas abordagens: a teoria absoluta (*absolute Theorie*) e a teoria relativa (*relative Theorie*). Segundo Canotilho¹⁶⁶, as teorias absolutas veem no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestrito, fixado de forma abstrata, enquanto as teorias relativas enxergam o núcleo essencial como o resultado de um processo de ponderação de bens.

De acordo com a análise de Canotilho, as teorias absolutas concebem o núcleo essencial como uma posição subjetiva absolutamente inviolável, cuja relativização é inadmissível, mesmo diante de direitos ou interesses contrapostos. Por outro lado, na teoria relativa, o núcleo essencial é identificado como parte do direito fundamental prevalente determinado ao final de um procedimento de ponderação, no qual são considerados os direitos e interesses conflitantes¹⁶⁷.

Em outras palavras, para a teoria relativa, o conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais é variável e depende das circunstâncias específicas de cada caso. É através do procedimento de ponderação, mediado pelo princípio da proporcionalidade, que se determina se a posição fundamental do titular, no caso concreto, se encontra dentro do núcleo intangível do direito ou não.

Virgílio Afonso da Silva destaca que a teoria relativa tem ganhado mais adeptos na doutrina nacional, principalmente devido à sua estreita ligação com a constante necessidade de ponderar direitos fundamentais em conflito, com os seguintes argumentos¹⁶⁸:

¹⁶⁵ *Id.*, 1999, p. 458.

¹⁶⁶ *Id.*, 1999, p. 459.

¹⁶⁷ SGARBOSSA, Luciana. *Os Limites dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 292-293.

¹⁶⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 42.

O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.

De acordo com Sarlet¹⁶⁹, ambas as teorias, apesar de seguirem caminhos distintos, compartilham um objetivo comum: assegurar uma proteção mais robusta aos direitos fundamentais.

Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁰, ao tratar do tema, indica que diferentemente de outras ordens constitucionais, como as da Alemanha, Grécia, Portugal e Espanha (que exerceram significativa influência sobre o nosso constituinte), a Constituição Federal de 1988 não incorporou expressamente a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, dada a natureza predominantemente declaratória dessas cláusulas expressas, essa ausência nunca impediu, nem poderia impedir, o reconhecimento dessa garantia no nosso ordenamento jurídico.

Nesse contexto, é importante destacar que a ideia de núcleo essencial tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, na interpretação das limitações materiais ao poder constituinte de reforma, conforme enumeradas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988¹⁷¹. Nesse sentido, o Supremo possui jurisprudência pacífica no sentido de que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege¹⁷².”

Entretanto, na visão de Sarlet, não é possível definir com precisão o que constituiria o núcleo intangível dos direitos fundamentais, uma vez que essa avaliação depende das circunstâncias específicas de cada caso concreto. Segundo o autor¹⁷³:

¹⁶⁹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 403.

¹⁷⁰ SILVA, 2006. *op. cit.*, 19-22.

¹⁷¹CF/88 – Art. 60. §4º – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. BRASIL, 1988, *op. cit.*

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 224. Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno. Julgado em 03 de maio de 2007. Diário de Justiça Eletrônico (DJe), nº 042, divulgações em 21 de junho de 2007 e publicações em 22 de junho de 2007. Diário da Justiça (DJ), 22 de junho de 2007, p. 16. Ementa: vol. 02281-01, p. 128. Revista de Direito do Trabalho (RDDT), n. 143, 2007, p. 230-231.

¹⁷³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 404.

Com efeito, resulta elementar que a exata determinação de qual o núcleo essencial de um direito dificilmente poderá ser estabelecida em abstrato e por antecipação, de tal sorte que, ainda que se possa controverter sobre aspectos importantes de sua formulação doutrinária, a razão de fato parece estar com Virgílio Afonso da Silva, ao afirmar que “o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e suas restrições (teorias externa ou interna).

Por outro lado, Olsen¹⁷⁴ constata que os tribunais brasileiros, com o objetivo de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, têm buscado combinar a técnica de ponderação de princípios, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, com a preservação de um núcleo essencial considerado intangível. É o que pode observado a partir do voto do Ministro Celso de Mello no "Caso Ellwanger"¹⁷⁵, citado por Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁶:

(...) a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que permitam ponderar e avaliar, *'hic et nunc'*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.

Na oportunidade, o STF assim decidiu:

HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Redator(a) do acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 17/09/2003 Publicação: 19/03/2004 Órgão julgador: Tribunal Pleno ODS 10 - Redução das desigualdades ODS 16 - Paz, Justiça e Instituições Eficazes Publicação DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524 Partes PACTE: SIEGFRIED ELLWANGER IMPTES: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER COATOR.: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Ementa HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

(...)

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode

¹⁷⁴ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁵ Trata-se do julgamento do HC 82424 / RS, realizado pelo STF, em 19/03/2003. O paciente, Siegfried Ellwanger, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela prática do delito tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89 (define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.). O Tribunal fez incidir a cláusula da imprescritibilidade do delito (C.F., art. 5º, XLII). A questão girou em torno de decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu habeas corpus para manter a condenação de acusado de crime de discriminação contra os judeus, sob o fundamento de que tal conduta se enquadraria como racismo sendo, portanto, imprescritível.

¹⁷⁶ SILVA, 2006. *op. cit.*, p. 44.

abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. Grifos nossos.

Nesse sentido, o STF tem demonstrado esforços para combinar o princípio da proporcionalidade com a garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais. O Tribunal estabeleceu que o critério da proporcionalidade pode ser utilizado para avaliar a legitimidade e constitucionalidade das restrições a esses direitos, mas apenas até o ponto em que não ocorra o esvaziamento do núcleo essencial. Ao adotar elementos da teoria externa das restrições, juntamente com a ampla base fática das normas de direitos fundamentais, o Tribunal busca preservar um núcleo essencial intangível.

3.5 NORMAS PROGRAMÁTICAS E A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA QUALIDADE DE DIREITOS SUBJETIVOS A PRESTAÇÕES

José Afonso da Silva¹⁷⁷, festejado constitucionalista brasileiro, em sua clássica obra aplicabilidade das normas constitucionais, ensina que “não há norma constitucional destituída de eficácia”, pois todas irradiam efeitos jurídicos. No entanto, tais normas diferenciam-se quanto ao grau dos seus efeitos jurídicos em: 1) normas constitucionais de eficácia plena; 2) normas constitucionais de eficácia contida e 3) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas aptas a produzir todos os seus efeitos jurídicos imediatamente, incidindo diretamente sobre a matéria a que se referem. Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida, embora também capazes de produzir

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81, 135, 138.

seus efeitos, admitem a possibilidade de restrições ou limitações, seja por meio de legislação infraconstitucional ou pela interpretação judicial, em circunstâncias específicas. Por derradeiro, as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são todas aquelas que não possuem todos os seus efeitos com a simples entrada em vigor, dependendo de regulamentação posterior pelo legislador ordinário para que possam surtir todos os seus efeitos no ordenamento jurídico. O autor inclui as normas programáticas nesse último grupo, mas prefere chamá-las de normas constitucionais declaratórias de princípio programático¹⁷⁸.

Com base na doutrina Italiana, em especial Vezio Crisafulli¹⁷⁹, Silva¹⁸⁰ conceitua normas programáticas como:

(...) aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

O professor Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹⁸¹, em obra única na literatura jurídica que trata somente sobre o tema das normas programáticas, traz o seguinte conceito sobre normas programáticas:

(...) são normas jurídicas inseridas na Constituição Jurídica que representam uma tentativa do constituinte em conciliar os interesses opostos dos grupos sociais, tendo conteúdo econômico-social, função eficaz de programa, que, entretanto, obrigam os órgãos integrantes da organização política do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), mediante a determinação dos princípios que por eles devem ser cumpridos.

Para Paulo Pimenta¹⁸², todas as normas programáticas vinculam os órgãos públicos, embora apenas algumas mencionam expressamente a atuação do legislador. Atento a tais peculiaridades, o autor classifica as normas programáticas em:

¹⁷⁸ SILVA, 2003, *op. cit.*, p. 135.

¹⁷⁹ Apud PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Normas Programáticas e Constituição: Estudo Sobre a Natureza e Eficácia das Normas Programáticas*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. p. 137. Na visão De Crisafulli: “programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes”.

¹⁸⁰ SILVA, 2003, *op. cit.*, p. 138.

¹⁸¹ PIMENTA, 1999, *op. cit.*, p. 137.

¹⁸² PIMENTA, 1999, *op. cit.*, p. 143-144.

I - Normas programáticas em sentido estrito - são aquelas correspondentes à primeira espécie aludida por José Afonso, nas quais o Estado, ao fixar um programa, exige que o legislador o implemente através de lei. Exemplos: Art. 186. "A função social é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes critérios" (...)

II - Normas programáticas meramente definidoras de programas - este tipo de normas programáticas estabelece os programas, sem mencionar, contudo, a atuação do legislador através de lei. Exemplo: Art. 144. "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. (...)

III - Normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos - são as normas programáticas que enunciam direitos, sem estabelecer a forma de implementação destes, vinculando, entretanto, todos os órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional. Exemplos: Art. 6º "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição";(...)

IV - Normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado - trata-se das normas que fixam os fins mediante os quais o Estado se organiza, inclusive mencionando os de natureza econômica e sociais, inseridos na Constituição Econômica. Exemplos: Art. 170. "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Como visto, Paulo Pimenta, seguindo a linha de autores como José Afonso da Silva, insere parte dos direitos fundamentais sociais, como o direito à educação, saúde e moradia, dentro do conjunto de normas constitucionais programáticas. Tais direitos são objeto de inúmeros litígios judiciais envolvendo a teoria da reserva do possível.

De fato, a maioria das normas que definem os direitos fundamentais a prestações está contida em dispositivos que, devido à sua formulação, se enquadram mais adequadamente na categoria de normas de caráter programático. Essas normas geralmente se limitam a enunciar programas, objetivos, tarefas para o Estado ou a estabelecer ordens para a criação de legislação. Nesse contexto, basta observar brevemente o conjunto de direitos a prestações, incluindo aqueles fora do Catálogo, como exemplificado pelos artigos 6º e 7º, incisos II, III, IV, XI, XII e XIV, bem como pelos artigos 194, 196, 205 e 215 da Constituição brasileira.

Canotilho¹⁸³, ao abordar as normas programáticas, buscou conferir-lhes uma maior densidade normativa. Segundo o autor, essas normas correspondem a diretrizes materiais constitucionais e desempenham três funções distintas: (1) impõem ao legislador a obrigação de editar normas que definam seu conteúdo normativo, viabilizando sua efetivação; (2) vinculam os poderes públicos à concretização dos programas estabelecidos de forma abstrata; e (3) funcionam como limites negativos à atuação estatal, servindo como parâmetro para

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 315.

declarar a inconstitucionalidade de atos administrativos ou normativos que não estejam em conformidade com seu conteúdo.

Indo além, Paulo Pimenta¹⁸⁴, aponta que as normas programáticas apresentam os seguintes caracteres:

- 1) Disciplinam interesses socioeconômicos em conflito;
- 2) São normas acolhidas como programas a serem realizados pelo Estado, eis que, representando um compromisso entre grupos sociais antagônicos, não tiveram força suficiente para desenvolver-se;
- 3) Têm eficácia complementável através da ação do legislador infraconstitucional;
- 4) Os programas por elas traçados obrigam os órgãos estatais;
- 5) Determinam a cessação da vigência, por inconstitucionalidade sucessiva, das normas infraconstitucionais anteriores que disponham em sentido contrário;
- 6) Fixam critérios a serem adotados pelo legislador ordinário;
- 7) Possuem um duplo sentido proibitivo, porque vedam a emissão de normas legais contrárias, proibindo, também, a prática de comportamentos que tentem impedir a produção dos atos por ela impostos, consoante ensinamento de Jorge Miranda.

Para Ingo Sarlet (2009, p. 292), as normas da Constituição classificadas como de cunho programático¹⁸⁵ compartilham um elemento comum que justifica essa categorização, qual seja: tais normas exigem a intervenção do legislador para que possam alcançar plenamente seus efeitos. Nesse sentido, as normas programáticas possuem a característica comum de baixa densidade normativa, em maior ou menor grau, ou, em outras palavras, de uma normatividade insuficiente para alcançar plena eficácia. Essas normas estabelecem programas, objetivos e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou contêm imposições direcionadas ao legislador, com diferentes níveis de concretude.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau¹⁸⁶, faz uma crítica incisiva à classificação das normas constitucionais. Segundo Grau, afirmar que a eficácia de certas normas constitucionais depende da edição de leis pelo legislador ordinário implicaria, na prática, em uma "revogação de fato" sempre que o legislador não cumprisse seu dever de concretizar a norma constitucional. Isso resultaria em uma inversão da hierarquia das normas jurídicas, pois uma lei ordinária acabaria prevalecendo sobre uma norma constitucional. Nesse contexto, Grau¹⁸⁷ sustenta que as normas de direitos sociais, mesmo que

¹⁸⁴ PIMENTA, 1999, *op. cit.*, p. 138.

¹⁸⁵Ingo Sartlet justifica a adoção da "expressão genérica "normas constitucionais" de "cunho programático" (e não normas programáticas), para nela enquadrarmos todas as normas (normas-programa, normas-tarefa, normas-fim [ou objetivo], imposições legiferantes etc.) que, em princípio e independentemente da terminologia utilizada, reclamam uma concretização legislativa, sem desconsiderar eventuais especificidades, já que a diversa carga eficaz (em de regra de natureza jurídico-objetiva) destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma." SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 292.

¹⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1985. p. 40-43.

¹⁸⁷ *Id.*, 1985. p. 40-43.

prevejam a possibilidade de serem complementadas por legislação ordinária, não dependem dessa complementação para sua interpretação e aplicação, conferindo, assim, direitos subjetivos efetivos aos seus titulares.

Entretanto, a necessidade de intervenção legislativa nos direitos sociais de caráter programático justifica-se, em grande parte, pela questão de competência envolvida, pois a efetivação desses direitos depende tanto da disponibilidade de recursos quanto, em muitos casos, da implementação gradual e da execução de políticas públicas na esfera socioeconômica. Essa justificativa, ainda que não possa ser considerada de forma absoluta, está relacionada à complexidade inerente à operacionalização desses direitos¹⁸⁸.

Nesse sentido, Ingo Sarlet¹⁸⁹, citando dois exemplos de duas normas programáticas presentes na nossa constituição, questiona:

Com efeito, como poderiam, por exemplo, juízes e tribunais definir e regulamentar a forma da participação dos empregados nos lucros das empresas sem promover, além de uma análise de cunho técnico, um amplo e aberto debate envolvendo os segmentos interessados (entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores etc.)? Que tipo de atividades na esfera cultural poderiam compulsoriamente ser impostas ao Estado, no sentido de gerar, em contrapartida, um direito subjetivo individual a uma prestação concreta (por exemplo, um direito de livre acesso aos espetáculos culturais para a população carente, às expensas do Estado ou da entidade promotora)? A destinação de verbas públicas para o fomento da indústria cinematográfica nacional é constitucional em inexistindo incentivo similar para outras atividades culturais? A priorização de certas metas na esfera cultural é viável, em detrimento de outras?

Para Sarlet¹⁹⁰, “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa”. Porém, esclarece que ao adotar uma concepção ampla de direitos fundamentais, como a fundamentada nas premissas de Robert Alexy¹⁹¹, que concebe os direitos fundamentais como um todo, não há incompatibilidade em reconhecer que certas disposições ou conjuntos de disposições jusfundamentais podem ser entendidos como princípios programáticos (impositivos). Esses princípios, devido às suas características específicas, não possuem a mesma eficácia que os direitos fundamentais tratados como direitos subjetivos.

¹⁸⁸ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 293.

¹⁸⁹ *Id.*, 2009, p. 293-294.

¹⁹⁰ *Id.*, 2009, p. 294.

¹⁹¹ ALEXY, 2009, *op. cit.*, p. 20.

Segundo pontifica Paulo Pimenta¹⁹², a doutrina moderna brasileira afirma que, embora de eficácia reduzida, as normas programáticas geram efeitos jurídicos significativos, destacando-se entre eles a limitação imposta à atividade dos futuros legisladores, que ficam impedidos de adotar programas distintos em relação aos temas tratados por essas normas.

Nessa trilha, José Afonso da Silva¹⁹³ afirma que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

- I - estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem, o que será visto no capítulo seguinte.

No tocante a questão da eficácia dos direitos fundamentais como direitos subjetivos a prestações, cumpre analisar se, e em caso afirmativo, até que ponto e sob quais condições, é possível, com base em uma norma que proclama um direito fundamental, reconhecer a um indivíduo um direito subjetivo individual. Isso implica a possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma prestação material específica, como o direito à assistência médica, educação, moradia ou assistência social, entre outros.

A principal controvérsia nesse contexto emerge em relação aos chamados direitos originários a prestações sociais¹⁹⁴. Trata-se da questão de saber se é possível, com base diretamente na norma constitucional e sem a necessidade de qualquer mediação legislativa, reconhecer um direito subjetivo à prestação que constitui o objeto principal do direito fundamental consagrado pela Constituição¹⁹⁵.

Luís Roberto Barroso¹⁹⁶, ao tratar do tema, entende que as normas programáticas não conferem aos cidadãos um direito subjetivo que possa ser exigido judicialmente. Na visão do

¹⁹² PIMENTA, 1999, *op. cit.*, p. 161.

¹⁹³ SILVA, 2003. *op. cit.*, p. 164.

¹⁹⁴Os chamados direitos derivados a prestações, que se referem às posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo legislador, são relegados a um segundo plano. Isso ocorre porque, ao menos no que tange à possibilidade de tais direitos gerarem um direito subjetivo com base na lei e nos termos por ela estabelecidos, não há controvérsia significativa a ser destacada SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 299.

¹⁹⁵ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 299.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 118.

ministro, essas normas apenas estabelecem objetivos gerais a serem perseguidos pelo Estado, sem impor de maneira concreta e específica a adoção de condutas determinadas. Portanto, não é possível demandar judicialmente a realização dos programas nelas definidos. Por outro lado, o Barroso defende que tais normas fazem nascer um direito subjetivo "negativo" de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames.¹⁹⁷

O professor Paulo Pimenta¹⁹⁸ inovou no tema, com a categórica afirmação de que “não há como negar juridicidade às normas programáticas.” E assim ressalta¹⁹⁹:

Parece-nos, por conseguinte, que as normas programáticas outorgam aos administrados verdadeiro direito subjetivo, porque podem exigir o cumprimento dessas regras, se outras forem editadas em sentido contrário, o que deriva do efeito negativo da eficácia; bem como têm o direito de exigir interpretações nas decisões jurisdicionais direcionadas para os princípios consignados nas normas sob exame. Assim, por exemplo, quando o art. 205 da Constituição Federal assevera que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", o legislador constituinte outorga, diretamente, a qualquer cidadão, o direito à educação, não sendo permitido, pois, que o legislador ordinário edite qualquer norma que impeça, de alguma forma, o exercício desse direito subjetivo.

Com base na doutrina italiana de Santi Romano e Zanobini, Paulo Pimenta²⁰⁰ classifica o gênero *direito subjetivo* em duas subespécies. Em primeiro lugar, os *direitos cívicos* referem-se àqueles exercidos pelos cidadãos, em sua condição de membros da sociedade, com o objetivo de usufruir de prestações oferecidas pela Administração Pública. Por outro lado, os *direitos sociais* dizem respeito às reivindicações dos cidadãos perante o Estado, especialmente no âmbito econômico e social.

Com base nesse modelo, o autor observa que os direitos subjetivos originados das normas programáticas são, em sua essência, direitos públicos subjetivos, uma vez que são exercidos em face do Estado. Além disso, configuram-se como direitos públicos de prestação, direcionados ao acesso a serviços ou benefícios fornecidos pelo Estado, podendo ser classificados em direitos cívicos ou sociais, conforme a natureza da norma programática que os sustenta²⁰¹.

¹⁹⁷Apud Em nota de rodapé, o autor informa que idêntica posição é adotada por J. H. Meirelles Teixeira, segundo o qual as normas programáticas fazem "surgir direitos subjetivos em seu aspecto negativo; isto é, como faculdade de exigir uma abstenção, em face de leis e atos administrativos que lhes sejam manifestamente contrários". (Cf. op. cit., p. 361). PIMENTA, 1999, *op. cit.*, p. 139-140.

¹⁹⁸ PIMENTA, 1999, *op. cit.* p. 139-140.

¹⁹⁹ *Id.*, 1999, p. 173.

²⁰⁰ *Id.*, 1999, p. 174.

²⁰¹ PIMENTA, 1999, *op. cit.* p. 174.

Paulo Pimenta²⁰² cita o julgamento da ADI n. 51-RJ, que tratava sobre a autonomia universitária da UFRJ. Na ocasião o ministro Marco Aurélio assim declarou²⁰³:

Tornou-se, hoje, axiomático dizer que o direito à educação insere-se no quadro contemporâneo das liberdades públicas reais, como uma de suas expressões sociais mais significativas.

Traduz-se no reconhecimento da possibilidade de acesso das pessoas ao sistema educacional instituído pelo Estado.

Trata-se de uma liberdade pública, de caráter positivo, que impõe ao Estado um dever de prestação, um *facere*, do qual ele só se desincumbirá realizando o programa de ação consubstanciado na norma constitucional".

(omissis)

A Universidade, assim, representa, na globalidade desse contexto jurídico-social, um dos instrumentos mais eficazes, na esfera do ensino superior, de adimplemento, pelo Estado, do dever-função que lhe cometeu o ordenamento constitucional.

Assim, reconhecendo a possibilidade de uma norma programática gerar direito subjetivo, finaliza Paulo Pimenta²⁰⁴ “Ora, se a norma do art. 205 da CF estatui para o Estado um dever jurídico de prestação, de conteúdo positivo, logicamente que a ele corresponde um direito correlato, que só pode ser o direito subjetivo público de prestação.”

Entretanto, a concretização desses direitos subjetivos pode implicar em custos financeiros para o Estado. Atento a essa limitação dos recursos financeiros estatais, Paulo Pimenta oferece uma fórmula adequada para mitigar esse desafio²⁰⁵:

A reserva do possível não importa em esvaziamento da eficácia das normas programáticas, ou até mesmo em reconhecimento da sua ineficácia. De forma alguma. O significado dessa construção jurisprudencial é que os direitos estabelecidos pelas normas em estudo são direitos *prima facie*, razão pela qual estão submetidos a uma necessidade de ponderação. Logo, em determinados casos poderá ter um peso maior um princípio orçamentário, em detrimento de um direito fundamentado em um princípio veiculado pelas normas programáticas.

Na mesma linha de pensamento, Ingo Sarlet²⁰⁶ entende que “mesmo a partir de normas de cunho programático, que, em princípio, reclamam uma *interpositio legislatoris*, é possível deduzir-se, por vezes, um direito subjetivo individual.”

²⁰² *Id.*, 1999, p. 174.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 51-RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15 mar. 2000. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI%2051-RJ&base=baseAcordaos>. Acesso em: 13 set. 2024.

²⁰⁴ PIMENTA, 1999, *op. cit.*, p. 175.

²⁰⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível*. Revista de Informação Legislativa. Imprensa: Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, 2012. Texto completo disponível na Biblioteca Digital do Senado Federal, p. 20.

²⁰⁶ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 300.

Entretanto, o autor²⁰⁷ esclarece que:

(...) na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer.

Por outro lado, Sarlet²⁰⁸, fazendo referência a doutrina de Alexy, esclarece que mesmo quando se trata de assegurar um mínimo existencial (inclusive restrito ao mínimo necessário para a sobrevivência, dependendo das circunstâncias), pode haver um impacto significativo sobre os recursos públicos. Esse impacto é particularmente acentuado em países onde uma grande parte da população vive em condições de pobreza e miséria, tornando muitas dessas pessoas dependentes de prestações públicas para sua proteção social básica. Isso é especialmente relevante no contexto do direito à saúde, onde as prestações essenciais para a preservação da vida ou para garantir uma vida com um mínimo de qualidade (e, portanto, dignidade) podem ser extremamente onerosas. Assim, o reconhecimento de direitos subjetivos a essas prestações, no âmbito do mínimo existencial, não se justifica apenas pela ausência ou pelo baixo impacto nos recursos públicos, mas também pela necessidade – e pela imposição constitucional – de priorizar demandas relacionadas ao mínimo existencial, o que pode incluir a redistribuição ou suplementação de recursos.

Portanto, na visão do autor²⁰⁹, a questão da real relevância da reserva do possível, especialmente em sua dimensão fática (ou econômico-financeira), exige atenção ao seu impacto. Não se pode ignorar essa influência. Nesse sentido, a noção de impossibilidade fática não deve ser tratada com desdém ou arrogância por parte do jurista, como se o fenômeno jurídico pudesse prevalecer em todas as circunstâncias, independentemente das limitações reais.

Nesse contexto, é pertinente destacar a valiosa contribuição de Dieter Grimm²¹⁰ renomado publicista e juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, que argumenta que a efetividade dos direitos fundamentais (incluindo, mas não se limitando aos direitos

²⁰⁷ *Id.*, 2009, p. 350.

²⁰⁸ *Id.*, 2009, p. 350.

²⁰⁹ *Id.*, 2009, p. 351.

²¹⁰ GRIMM, Dieter. *Os Direitos Fundamentais na Constituição e na Política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 72.

sociais) não se alcança apenas com a simples vigência da norma. Portanto, essa questão não se resolve exclusivamente dentro do sistema jurídico, tornando-se, na verdade, um desafio que envolve uma verdadeira política dos direitos fundamentais²¹¹.

Além disso, torna-se imperativo que os órgãos do Poder Judiciário desenvolvam uma crescente conscientização sobre a necessidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Esses órgãos não apenas têm a prerrogativa, mas também o dever de zelar por esses direitos. Contudo, ao fazê-lo, devem agir com extrema cautela e responsabilidade, seja ao conceder ou negar um direito subjetivo a determinada prestação social, seja ao declarar a inconstitucionalidade de medidas restritivas ou retrocessivas que afetem direitos sociais.

Quanto a esse tema, registre-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se da seguinte forma acerca da efetivação dos direitos fundamentais sociais consagrados pelas normas programáticas²¹²:

a) reconhecimento da eficácia das normas programáticas; b) admissão da competência excepcional do Poder Judiciário para determinar a implementação de um direito fundamental social; c) reconhecimento de que a efetivação desses direitos depende de possibilidades econômico-financeiras do Estado; d) possibilidade de ponderação entre o direito social e princípios orçamentários que impedem a sua implementação no caso concreto; e) reconhecimento de que a garantia do mínimo existencial não pode ser afastada por limitações financeiro-orçamentárias do ente público.

Nesse contexto, e desde que a atuação judicial seja assegurada quando e na medida necessária, faz sentido a observação de Holmes e Sunstein²¹³ de que levar os direitos a sério, especialmente no que diz respeito à sua eficácia e efetividade, é também levar a sério o problema da escassez.

Nesse ponto Sarlet²¹⁴ adverte:

Levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Neste mesmo sentido, como bem averba Gerardo Pisarello, é preciso ter presente que o economicamente possível ou razoável não pode ser simplesmente presumido, existindo um dever de demonstração por parte dos órgãos públicos. Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a

²¹¹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 352.

²¹² PIMENTA, 2012, *op. cit.*, p. 20.

²¹³ HOLMES; SUNSTEIN, 2019, *op. cit.*, p. 75.

²¹⁴ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 356-357.

“produtividade” da reserva do possível, há que explorar outras alternativas disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar – no mínimo no que diz com as prestações básicas, o seu impacto.

Na visão de Ana Paula Olsen²¹⁵, a maior dificuldade em caracterizar os direitos fundamentais sociais como autênticos direitos subjetivos reside na concepção de "reserva do possível." Na visão da autora, o verdadeiro obstáculo à efetivação desses direitos está no entendimento de que os direitos fundamentais sociais, de caráter prestacional, só poderiam ser exigidos diretamente do Estado se houver condições financeiras adequadas, previsão orçamentária específica, respeito ao princípio democrático que permite ao legislador a "livre" disposição dos recursos, e se for considerada a discricionariedade estatal na escolha das políticas públicas a serem implementadas para sua realização.

Atento à realidade brasileira, Alexy²¹⁶ ensina que:

(...) em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”.

Demonstrada a relevância que a reserva do possível possui no âmbito dos direitos fundamentais, em especial, nas hipóteses de restrição desses direitos, faz-se necessário conhecer a origem e as diversas facetas da reserva do possível.

²¹⁵ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 131.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 69.

4. APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO ALEMÃO

4.1 ORIGEM DO TERMO RESERVA DO POSSÍVEL (*VORBEHALT DES MÖGLICHEN*)

Reinhard Gaier²¹⁷ indica que na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a expressão reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) é encontrada pela primeira vez no acórdão *numerus clausus* de 1972. Ao analisar o julgado, Gaier ressalta que a reserva do possível tem por objetivo limitar os pedidos de prestações dos cidadãos contra o Estado àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Por fim, sustenta que a forma como estes limites devem ser determinados num caso concreto é, em primeiro lugar, deixada ao legislador, a quem compete decidir.

De fato, o termo reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) é atribuído originalmente a um julgado proferido pela Corte Constitucional Alemã, ocorrido em 18 de julho de 1972, no julgamento de dois Controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de *Hamburg* e da Baviera. O objeto desses processos eram regulamentações de admissão [vestibular] para medicina nas universidades de Hamburg e da Baviera, dos anos de 1969 e 1970²¹⁸.

No caso supramencionado, denominado *numerus clausus*²¹⁹, dois estudantes requereram vagas no curso de medicina, nas universidades das províncias de Bavária e Hamburgo. Entretanto, as universidades negaram o acesso aos estudantes em razão do número de vagas disponíveis ser insuficiente para a demanda. A negativa das instituições de ensino superior encontrava fundamento nas regras *numerus clausus*, as quais estabeleciam requisitos específicos para o acesso no ensino superior.

De fato, a lei da Universidade de Hamburgo estabelecia, em seu §17, I, que o acesso para algumas Faculdades poderia ser limitado, se e enquanto fosse necessário à capacidade de absorção da Universidade, a fim de garantir corretamente o estudo na respectiva área de especialidade. De igual forma, a lei do Estado da Bavária, promulgada em 8 de julho de 1970, prescrevia que a admissão à Universidade seria limitada com base no critério da necessidade

²¹⁷ GAIER, Reinhard. *Der Vorbehalt des Möglichen als Gebot richterlicher Selbstbeschränkung, in Demokratieperspektiven: festschrift für brun-otto bryde zum 70.* 1 ed. Geburtstag, 2013. p. 367.

²¹⁸ KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.* 4. ed. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 52.

²¹⁹ *Numerus clausus* é uma expressão em latim que significa "número limitado". Refere-se ao sistema de seleção de candidatos para universidades adotado em vários países, como os Estados Unidos, Alemanha e outras nações da Europa continental. Esse sistema geralmente se baseia no desempenho do candidato em exames finais, conhecidos como *Abitur*, *Matura* ou *maturità*, que correspondem à conclusão do ensino médio no Brasil.

de conservação de um determinado estabelecimento de ensino, em termos de capacidade de absorção da Instituição Superior²²⁰.

Ao tratar do contexto histórico da época, Ana Carolina Lopes Olsen²²¹ ensina que, entre os anos de 1952 a 1967, o número de estudantes nas universidades da Alemanha dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. Ocorre que, apesar desse aumento, o desenvolvimento das universidades não acompanhou tal crescimento, pois seria preciso mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas se considerada a situação alemã pós-guerra. Por conta dessa realidade, nos anos 60, cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos seguintes ao pós-guerra.

Nesse sentido, as regras *numerus clausus* foram criadas na década de 1960 para compatibilizar o acesso às universidades, diante da pequena oferta de vagas em face da grande demanda, principalmente em áreas como direito, medicina e farmácia, considerando a necessidade de manutenção adequada do funcionamento das universidades alemãs²²².

A Corte Constitucional foi acionada para decidir sobre a compatibilidade das regras *numerus clausus* com a Constituição Alemã, considerando a possível violação da art. 12, I, da Lei Fundamental de Bonn, que dispunha o seguinte, *in verbis*²²³:

Art. 12, parágrafo primeiro: Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a sua profissão, seu emprego e sua instituição de formação. O exercício da profissão pode ser regulamentado mediante lei ou em virtude de lei.

Ao decidir o caso, a Corte Alemã esclareceu que no período pós segunda guerra mundial, a procura pelos cursos de nível superior, em especial pelo curso de medicina, aumentou consideravelmente, de modo que o governo federal necessitou adotar medidas para acompanhar tal crescimento.

Assim, a Corte Alemã concluiu que as regras *numerus clausus* não violavam o direito à livre escolha da profissão, mas restringiam de forma legítima o acesso dos candidatos às vagas almejadas.

Outrossim, a Corte declarou que qualquer cidadão que cumprisse os requisitos necessários para o ingresso no nível superior, possuiria o direito de concorrer livremente à vaga desejada. Todavia, a Corte enfatizou que não havia no caso direito subjetivo à vaga pelos estudantes, sindicável em juízo.

²²⁰ PIMENTA, 2012, *op. cit.*, p. 12.

²²¹ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 215.

²²² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98.

²²³ Tradução livre. Disponível em: <http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>. Acesso em 10 ago. 2024.

Destarte, o Tribunal decidiu que o direito de acesso estaria sujeito ao limite daquilo que *o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado*²²⁴. Assim, a Corte entendeu que não houve violação ao direito dos estudantes, considerando que o Estado Alemão agiu nas arraias da *reserva do possível*.

Nesse ponto, importa citar trechos da decisão (BVERFGE 33, 303 (NUMERUS CLAUSUS) sobre o tema, considerando ter sido a primeira vez que a expressão (*Vorbehalt des Möglichen*) foi utilizada²²⁵:

(...)

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a **reserva do possível**, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade.

(...)

Se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos à **reserva do possível**, e necessariamente terem que ser regulamentados.

(...)

Assim, um *Numerus Clausus* absoluto para ingressantes na universidade somente será constitucional, segundo o estágio das experiências realizadas, quando ele:

- (1.) for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação, e quando
- (2.) a escolha e a distribuição ocorrerem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com o maior atendimento possível à escolha individual do local de formação;
3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização são constitucionais, somente se: a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis; b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino;
4. O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos.

A reserva do possível, portanto, foi expressamente concebida como o limite imposto pela razoabilidade, como aquilo que um indivíduo pode racionalmente exigir da coletividade, consoante indicado no precedente acima e repetido na doutrina germânica.

Analisando-se a decisão proferida pela Corte Alemã, constata-se algumas noções elementares sobre a teoria da reserva do possível. Conforme descrito alhures, o Tribunal

²²⁴ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 364.

²²⁵ SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. São Paulo: Montevidéo, 2005. p. 656-666.

Alemão entendeu que a exigibilidade da prestação de ensino superior na rede pública de ensino pelo Estado não configurava um direito subjetivo para o cidadão, exigível em Juízo.

Ademais, o Tribunal entendeu que as regras *numerus clausus* não violaram o art. 12, 1,1 da Constituição Alemã, em razão de restringirem apenas o acesso de candidatos a vagas no ensino superior. Assim, restou resguardado o direito dos cidadãos à livre escolha da sua profissão, seu emprego e sua instituição de formação.

Nesse passo, a Corte afirmou que o mandamento constitucional assegurava a liberdade de escolha e não o acesso ou a garantia de uma vaga em instituições de nível superior. Ainda, o mandamento constitucional não obrigava a prover para cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada. Dessa forma, a admissão para alguns cursos poderia ser restringida, se e enquanto isso fosse necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento.

Com relação à disponibilidade financeira, o Tribunal entendeu que “fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.”²²⁶

Outrossim, houve o reconhecimento de que a União e os Estados-membros vinham adotando medidas para a expansão e construção de novas instituições do ensino superior, com vistas a garantir uma oferta suficiente e balanceada de vagas de pesquisa e formação. Logo, o Estado estava realizando o necessário na medida do possível.

Por derradeiro, o Tribunal reconheceu ser possível a restrição de acesso aos cursos de nível superior, tendo em vista que os direitos sociais de participação em benefícios estatais se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da sociedade. De mais a mais, a Corte pontuou que a responsabilidade de realizar esse julgamento deve recair sobre o legislador em primeira linha, o qual, na administração de seu orçamento, compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior.

Segundo as lições do professor Paulo Pimenta, nesta passagem do julgado reside o núcleo da teoria da reserva do possível, a qual reconhece a existência de limitações orçamentárias à realização das pretensões asseguradas por dispositivos constitucionais, admitindo que cabe ao legislador realizar a escolha das prioridades, eis que detém

²²⁶ SCHWABE, 2005, *op. cit.*, p. 664.

competência constitucional para elaborar o orçamento, estando adstrito ao cumprimento de determinadas regras constitucionais ao realizar essa tarefa²²⁷.

Ao examinar os termos do acórdão paradigmático, Ana Carolina Olsen²²⁸ (2018, p. 253) também observa:

Portanto, verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável.

Para o Tribunal Alemão, portanto, a noção de reserva do possível está ligada a ideia de limite às pretensões do indivíduo em temas de direitos sociais de participação em benefícios estatais, vinculado aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Logo, a teoria da reserva do possível, na sua gênese, não possui como foco principal a análise judicial sobre a existência da disponibilidade de recursos financeiros para satisfação dos direitos sociais, mas o exame da razoabilidade e proporcionalidade da pretensão pleiteada com vistas a sua efetivação.

Perlingeiro²²⁹ destaca que a expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) já foi invocada pelo Tribunal Constitucional Alemão em pelo menos seis oportunidades e continua sendo uma posição predominante até os dias atuais. Nesse ponto, vale salientar que alguns autores alemães, como Otto Depenheuer²³⁰ e Lino Munaretto, não colocam como marco inicial da teoria o julgamento “*numerus clausus*” (1972), pois afirmam que a “reserva do possível”, abertamente tematizada, está presente no Tribunal Constitucional Alemão desde o seu início.

Além disso, as decisões do Tribunal Constitucional Alemão apresentam inúmeras formulações que expressam coisas semelhantes²³¹, como “na medida do possível (nach Maßgabe des Möglichen)”²³², “dentro dos limites do que é possível e razoável (im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren)”²³³, “dentro dos limites do que é possível (im

²²⁷ PIMENTA, 2012, *op. cit.*, p. 13.

²²⁸ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 253.

²²⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. *É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?* Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo, ano 1, v. 2, p. 163-185, set./out. 2013. p. 168.

²³⁰ DEPENHEUER, Otto. § 269 Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (eds.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Vol. XII. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 557.

²³¹ MUNARETTO, Lino. *Der Vorbehalt des Möglichen: Öffentliches Recht in begrenzten Möglichkeitsräumen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. 570 p.

²³² BVerfGE 15, 126 (146).

²³³ BVerfGE 35, 79 (123).

Rahmen des Möglichen)"²³⁴, "dentro dos limites do que é tecnicamente possível (im Rahmen des technisch Möglichen)"²³⁵, "dentro dos limites do que é razoável (im Rahmen des Zumutbaren)"²³⁶, "dentro dos limites do que é razoável para o Estado (*in den Grenzen des der staatlichen Gemeinschaft Zumutbaren*)"²³⁷, "de acordo com [...] o que é possível, levando em conta os outros encargos e as necessidades financeiras para as próximas tarefas (*nach Maßgabe dessen [...] was unter Berücksichtigung der übrigen Lasten und der finanziellen Bedürfnisse für bevorstehende Aufgaben möglich ist*)"²³⁸, "na medida do que é legal e realmente possível e responsável (*im Maße des rechtlich und tatsächlich Möglichen und Verantwortbaren*)"²³⁹, "tendo em vista os recursos que não estão disponíveis em quantidades ilimitadas (*angesichts der nicht in unbegrenzter Höhe zur Verfügung stehenden Mittel*)"²⁴⁰, "não sujeito a restrições de capacidade (*angesichts der nicht in unbegrenzter Höhe zur Verfügung stehenden Mittelnicht unter Kapazitätsvorbehalt*)"²⁴¹, "sujeito à disponibilidade real de tais forças (*Vorbehalt der tatsächlichen Verfügbarkeit solcher Kräfte*)"²⁴².

4.2 ORIGEM DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO ALEMÃO (POLÍTICA EXTERNA E INTERNA).

Conforme alerta Andreas Krell²⁴³, constitui requisito fundamental para qualquer estudo de Direito Comparado conhecer o Direito estrangeiro em conjunto com uma compreensão do contexto social em que ele é aplicado. Isso exige um entendimento básico da história, das ideias sociais e das condições econômicas do país. Portanto, é inviável "transplantar" um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem considerar as condicionantes que influenciam todos os sistemas jurídicos.

²³⁴BVerfGE 1, 117 (133).

²³⁵BVerfGE 16, 130 (140).

²³⁶BVerfGE 36, 264 (275); BVerfGE 40, 276 (284); BVerfGE 48, 127 (156).

²³⁷BVerfGE 102, 254 (302).

²³⁸BVerfGE 84, 90 (125).

²³⁹BVerfGE 88, 203 (259).

²⁴⁰BVerfGE 27, 253 (285).

²⁴¹BVerfGE 140, 65 (2401).

²⁴²BVerfG NJW 2001, 1411 (1412); BVerfG NJW 2001, 2069 (2072); BVerfG NVwZ 2006, 1049 (1050).

²⁴³ KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. 4. ed. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 66.

Ao tratar da Reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Otto Depenheuer²⁴⁴ afirma que a "reserva do possível" está presente no Tribunal Constitucional Alemão desde o seu início e indica que pode ser feita uma distinção entre "reservas do possível" internas e de política externa. Em ambos os grupos de casos, o recurso à "reserva do possível" destina-se a preservar a capacidade de ação do Estado em matéria de política interna e externa através da relativização das obrigações jurídicas.

A doutrina nacional trata apenas da reserva do possível na perspectiva "interna", mas pela relevância da matéria, abordaremos os aspectos gerais do que caracteriza a reserva do possível em termos de política externa, utilizando-se da doutrina de Otto Depenheuer²⁴⁵.

No tocante a reserva do que é possível em termos de política externa, Depenheuer ressalta que dois *topois* caracterizam a reserva do possível: por um lado, no contexto da resolução das consequências da guerra e da divisão da Alemanha, o *topos* "mais próximo da Lei Fundamental", e atualmente, no contexto da integração europeia e da superação da crise do euro.²⁴⁶

O autor indica que a ideia do Tribunal Constitucional de uma aproximação gradual ao Estado de direito - "mais próximo da Lei Fundamental" - surgiu tendo em conta as particularidades do tratamento das consequências da guerra e da ocupação da Alemanha após o término da segunda guerra mundial.

A abordagem de aproximação ao Estado constitucionalmente previsto foi uma tentativa de mostrar à República Federal Alemã um caminho viável na prática entre o que é constitucionalmente exigido e o que é possível em termos de política externa. A abordagem tem por objetivo ter em conta as limitações da política externa e justificar a ação do Estado ao abrigo do direito constitucional, mesmo que esta não conduz à situação jurídica constitucional, mas pelo menos a uma situação "mais próxima da lei fundamental" do que a situação substituída: uma situação que não seja totalmente constitucional deve ser aceita por um período de tempo limitado, se isso significar que o direito constitucional foi, pelo menos parcialmente, melhor realizado.

²⁴⁴ DEPENHEUER, Otto; GRZESZICK, Bernd. Zwischen gesetzlicher Haftung und politischer Verantwortlichkeit-Sanktionen des Parteiengesetzes bei Verletzung des Transparenzgebotes. *Deutsches Verwaltungsblatt*, n. 11, p. 736-740, 2000. p. 575.

²⁴⁵ Otto Depenheuer é um renomado jurista alemão, professor de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade de Colônia (Alemanha). Ele é amplamente reconhecido por suas contribuições ao estudo do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, com enfoque especial em temas relacionados à soberania, estado de emergência, segurança pública e direitos fundamentais.

²⁴⁶ *Id.*, 2000, 575.

Na maioria dos casos, tratava-se de lidar com as consequências da Segunda Guerra Mundial. No seu acórdão sobre o Estatuto de Saar²⁴⁷, o Tribunal Constitucional decidiu que o desmantelamento de condições contrárias à Lei Fundamental só podia ser exigido no domínio do que era politicamente viável. Por conseguinte, os órgãos políticos da República Federal podiam também celebrar tratados que não estivessem totalmente em conformidade com a Lei Fundamental, desde que estes aproximassem a situação global do que era exigido pela Constituição. Os únicos limites eram a cláusula de perpetuidade do n.º 3 do artigo 79.º da GG e a essência dos direitos fundamentais (n.º 2 do artigo 19.º da GG).²⁴⁸

Mais tarde, o tribunal também justificou a decisão da República Federal de não reivindicar pedidos de indenização por ocupação contra os Aliados, com base no fato de o Tratado de Transição ter criado uma situação mais próxima da Lei Fundamental. As decisões relativas a danos de reparação vão no mesmo sentido.

Nesse ponto, interessante observar que diversas reclamações constitucionais foram formalizadas na Alemanha pós-guerra contra o fato de a Lei de Reparação de Danos não prever uma compensação de expropriação total ou adequada para os danos causados aos residentes alemães, bem como pelo fato da exclusão de pessoas jurídicas do pagamento de indenizações na Lei de Reparação de Danos. O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que as disposições eram compatíveis com a Constituição na medida do possível, de acordo com o seguinte entendimento²⁴⁹:

O legislador federal “só era obrigado a ter em conta os danos na medida do possível, isto é, na medida em que a necessária consolidação do Estado e a reconstrução da vida econômica, social e privada permitissem um encargo financeiro. A legislatura foi autorizada e obrigada a levar em conta o volume total dos regulamentos individuais. Levar em conta os danos causados pela guerra e as consequências da guerra, bem como as outras obrigações causadas pelo regime nacional-socialista, em particular para reparações, e por outro lado, ter em conta o cumprimento das novas tarefas que resultaram da reconstrução do Estado e da economia; a decisão sobre a prioridade foi fundamental ao seu critério²⁵⁰”

²⁴⁷ O Estatuto de Saar foi um conjunto de normas que regulou o território de Saarland, na Alemanha, em períodos específicos do século XX, particularmente após a Primeira Guerra Mundial e novamente após a Segunda Guerra Mundial. Saarland foi uma região rica em carvão, e devido à sua importância estratégica, foi administrada pela Liga das Nações sob controle francês entre 1920 e 1935, e novamente no período pós-guerra. Atualmente, o Sarre (em alemão: Saarland) é um dos 16 estados federados (Länder) da Alemanha, no sudoeste do país. WIKIPÉDIA. Sarre. Wikipédia, a enciclopédia livre, 2024. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Sarre>>. Acesso em: 09 set. 2024.

²⁴⁸ BVerfGE 4, 157 (168-170); 1 vol. XI, Nettesheim, § 241 para 40 e seguintes; 1 acima Isensee, § 268 para 184 e seguintes, 189. XI, Nettesheim, § 241 para. 40 e segs.; 1 acima Isensee, § 268 para. 184 e segs., 189.

²⁴⁹ BVerfGE 41, 126 (167).

²⁵⁰ BVerfGE 27, 253 (285).

A Lei Fundamental também definiu os limites do que era politicamente possível em relação à exigência constitucional da reunificação. O compromisso jurídico positivo com o objetivo da unidade alemã foi um mandato de reunificação vinculativo para os órgãos estatais da República Federal, que durante 40 anos só podia ser cumprido através da aproximação à situação constitucionalmente desejada, mas não através da criação do Estado constitucionalmente desejado.

No decurso das negociações sobre a reunificação alemã, o Tribunal Constitucional utilizou a avaliação e as previsões do Governo Federal para determinar "o que era politicamente possível". Tanto no que diz respeito ao quadro negocial como aos resultados das negociações, o Tribunal baseou-se fortemente na avaliação da situação feita pelo Governo, que, a este respeito, tinha uma grande margem de manobra até ao limite do que era considerado obrigatório. Isto aplica-se também, nomeadamente, à questão de saber se a insistência em posições negociais assentes no direito constitucional teria posto em causa a reunificação. A este respeito, o Governo também foi autorizado a abandonar posições negociais legalmente exigidas, tendo em conta a importância primordial da unificação alemã²⁵¹.

O Direito Alemão ainda experimentou o crescimento conjunto dos dois Estados alemães nos pós-guerra, com a Alemanha ocidental e oriental, com dois sistemas políticos, económicos e jurídicos diametralmente opostos. A este respeito, Depenheuer²⁵² assevera que também não era constitucionalmente condenável que o Tratado de Unificação suspendesse temporariamente o princípio da uniformidade das condições de vida consagrado no artigo 106º, nº 3, frase 4, da Lei Fundamental. Do mesmo modo, a Lei Fundamental não tinha de ter em conta as alterações ilegais da propriedade no passado anterior à unificação, sendo apenas obrigada, por força do direito objetivo, a não ignorar completamente esta injustiça.

Na visão do autor alemão, aspectos legítimos como as "preocupações com a política externa", a "facilitação da cooperação internacional" e a limitada possibilidade de concretização da proteção dos direitos fundamentais fora da soberania territorial alemã podem então servir de justificação para a violação dos direitos fundamentais, uma vez que a proteção dos direitos fundamentais só pode ser garantida "aproximadamente" na área de influência das implicações da política externa²⁵³.

²⁵¹ DEPENHEUER; GRZESZICK, 2000, *op. cit.*, p. 587.

²⁵² *Id.*, 2000, 587.

²⁵³ *Id.*, 2000, p. p. 587.

Com base nas lições de Otto Depenheuer, percebe-se que a situação na Alemanha Oriental, ocupada pela antiga União Soviética (URSS), representava uma realidade em que os direitos fundamentais, como a liberdade de ir e vir e a liberdade de imprensa, eram profundamente limitados. Essas restrições eram justificadas sob a perspectiva de uma "reserva do possível" política, onde o contexto de ocupação e a estrutura ideológica imposta priorizavam o controle estatal e a segurança em detrimento das liberdades individuais.

Nesse sentido, uma ideia de Estado de Direito "mais próxima da Lei Fundamental" possível, mencionada por Depenheuer, indica que, durante a ocupação, o Estado poderia justificar restrições aos direitos constitucionais se isso garantisse uma transição para uma ordem mais conforme à Constituição. Na prática, isso significava que os direitos fundamentais eram relativizados de acordo com as limitações políticas e econômicas impostas pelo contexto da derrota da Alemanha nazista na segunda guerra mundial e da ocupação estrangeira em seu território.

Quanto à reserva do possível no âmbito da União europeia, Depenheuer²⁵⁴ indica que o Tribunal Constitucional Federal justifica a redução da proteção dos direitos fundamentais com base em ganhos compensatórios, ao considerar que o enfraquecimento da posição dos direitos fundamentais é compensado pelas vantagens resultantes da cooperação europeia e internacional. O Governo Federal argumentou de forma semelhante no processo relativo ao mandado de detenção europeu, ao afirmar que existia uma correlação entre o risco acrescido de perseguição do cidadão devido ao mandado de detenção e a sua liberdade de circulação: o risco mais elevado era compensado por um "aumento" da liberdade de circulação, pelo que o equilíbrio da liberdade do cidadão era novamente igualado²⁵⁵.

Em termos de política interna, Depenheuer²⁵⁶ pontifica que a "reserva do possível" reflete um problema de escassez no seio da comunidade de solidariedade estatal: os recursos de que o Estado dispõe num dado momento (recursos humanos, materiais e financeiros) são sempre limitados. Por conseguinte, estes têm de ser distribuídos num processo político pelo leque de tarefas estatais pendentes, limitando assim o que é politicamente desejável e mesmo o que é juridicamente possível ao que é efetivamente possível.

Portanto, as "reservas do possível em termos de política interna" dizem respeito, nomeadamente, a pretensões de prestações cuja realização plena excede a capacidade do Estado ou exclui o desempenho adequado de outras tarefas do Estado. No caso de um Estado

²⁵⁴ *Id.*, 2000, p. p. 592.

²⁵⁵ Cf. BVerfGE 92, 26 e segs.; 113, 273 (295 e segs.); Schorkopf (N 105), p. 26 e segs.

²⁵⁶ DEPENHEUER; GRZESZICK, 2000, *op. cit.*, p. 592.

que, fundamentalmente, não é ele próprio comercialmente ativo, o favorecimento através do desempenho pressupõe sempre o encargo prévio da cobrança de impostos. Ademais, no Estado de Direito, os impostos não podem ser aumentados à vontade. Assim, a capacidade de pagamento do Estado pode ser significativamente excedida a longo prazo, o que faz com que o padrão do que é financeiramente possível se sobreponha ao padrão do que é correto.

Na visão do autor alemão, as promessas de execução estatal podem ser envolvidas pela exigência de garantir o planejamento e a proteção das expectativas legítimas no contexto do Estado de Direito. Diante da escassez de recursos, essas obrigações devem ser ajustadas pela aplicação da reserva do possível, que busca compatibilizar o compromisso legal com as limitações financeiras do Estado.

Caracterizada a origem da reserva do possível, cumpre tecer algumas observações sobre os fundamentos da reserva do possível.

4.3 FUNDAMENTOS DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Como cediço, as necessidades humanas são potencialmente ilimitadas, uma vez que o avanço social, científico e econômico, somado ao aumento populacional, gera demandas diferenciadas entre os indivíduos ao longo das gerações, com tendência de crescimento exponencial. Por outro lado, não se pode negar que os recursos disponíveis para atender tais necessidades são finitos. Nesse sentido, a noção de escassez está intrinsecamente relacionada às necessidades humanas.

O Estado, por sua vez, tem uma capacidade limitada para obter recursos e satisfazer as necessidades humanas. Portanto, os fundamentos da Teoria da Reserva do Possível estão alicerçados na limitação prática do Estado para atender todas as demandas decorrentes dos direitos fundamentais, principalmente em contextos de escassez de recursos. Desse modo, a efetivação plena de certos direitos deve ser ponderada frente às condições concretas do Estado, de forma a evitar obrigações impossíveis ou exigências desproporcionais que ultrapassem suas capacidades reais.

4.3.1 A impossibilidade fática, jurídica e política

A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibile nulla obligatio est* – Celso, D. 50, 17, 185).

No mesmo sentido, Depenheuer²⁵⁷ ressalta que a "reserva do possível" justifica-se, à primeira vista, pela sua evidência elementar: "Onde não há nada, o imperador perdeu o seu direito". Como princípio jurídico universal, pode ser encontrado em todas as ordens jurídicas do presente e do passado e é capaz de adaptar pragmaticamente os mandamentos religiosos ao que é possível em cada caso.

Depenheuer²⁵⁸ cita o exemplo de uma "reserva do possível" relativamente ao referido mandamento universal em Agostinho e Tomás de Aquino:

“Todos os homens devem ser amados da mesma maneira. Mas como não se pode cuidar de todos, deve-se cuidar principalmente daqueles que estão mais intimamente ligados a nós pelas circunstâncias de lugar, tempo ou qualquer outra circunstância, por assim dizer, pelo destino.”

Ao tratar do tema, Depenheuer²⁵⁹ indica a existência de três tipos de impossibilidades: fática, funcional ou jurídica e política.

Na visão do autor, para que o direito mantenha sua validade e cumpra seu papel de instrumento normativo, é imprescindível que seja aplicável na prática, ou seja, que sua execução seja factualmente possível. Nesse passo, com relação a impossibilidade fática, Depenheuer²⁶⁰ ensina:

A reserva do possível é reconhecida como um limite à vinculação constitucional do poder estatal. Quando o direito pretende manter-se válido e ser instrumento de conformação, ele precisa ser executável, ou seja, deve ser factualmente realizável. Um preceito constitucional que deve ser cumprido e que possui uma função normativa está, desde o início, condicionado pela reserva do possível. Por isso, os direitos prestacionais constitucionais são relativizados pela escassez de recursos disponíveis, assim como os deveres constitucionais com relação ao exterior são limitados pela viabilidade de sua implementação na política externa. De modo geral, aplica-se o antigo princípio: "*Ultra posse nemo obligatur*" (Ninguém é obrigado além do que pode).

A impossibilidade fática pode ser enquadrada na dimensão da disponibilidade fática, que diz respeito à limitação material dos recursos existentes, conforme a proposta de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo²⁶¹, que delinea uma abordagem em três dimensões para a teoria da reserva do possível (como será abordado no item 4.2).

²⁵⁷ DEPENHEUER; GRZESZICK, 2000, *op. cit.*, p. 559.

²⁵⁸ *Id.*, 2000, p. 559.

²⁵⁹ *Id.*, 2000, p. 571-575.

²⁶⁰ *Id.*, 2000, p. 571.

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007.

Vale nesse ponto ressaltar que o autor alemão afirma que a força jurídica de uma constituição decorre de sua clareza e precisão normativa. Portanto, para que o direito exerça sua efetividade normativa, é necessário que ele esteja alicerçado na prévia satisfação das necessidades humanas básicas, como alimentação, saúde e comunicação. Além disso, a capacidade do direito constitucional de moldar a realidade está condicionada aos limites do que é factualmente possível, o que impõe restrições ao uso de ficções e presunções jurídicas. Assim, o direito constitucional deve sempre ser fundamentado na realidade existente, evitando a criação de expectativas ou visões irrealistas²⁶².

Nesse ponto, Ana Paula Olsen entende que quando respaldado por evidências concretas, o magistrado, ao ser instado a efetivar um direito fundamental de natureza social, pode compelir o Estado a adotar as medidas necessárias. Da mesma maneira, caso o Estado invoque a reserva do possível como limitação ao cumprimento desse direito, caberá ao Judiciário analisar a natureza dessa alegada "impossibilidade fática" para a concretização do direito. Se for constatado que a impossibilidade é de caráter absoluto, o Poder Judiciário não poderá impor a realização de algo inviável. No entanto, se a impossibilidade for relativa, decorrente de uma escolha política, o juiz poderá exercer o controle de constitucionalidade dessa decisão política, podendo inclusive anulá-la, caso se demonstre contrária às normas constitucionais, considerando a força normativa da Constituição.²⁶³

Nesse sentido, a impossibilidade fática constitui um dos pilares da teoria da reserva do possível no ordenamento jurídico, sendo compreendida como a limitação material que o Estado enfrenta para cumprir determinadas obrigações constitucionais e legais. Esse fundamento decorre da escassez de recursos disponíveis para a efetivação de direitos, principalmente aqueles de natureza prestacional, como saúde, educação e assistência social.

A reserva do possível estabelece que o Estado só pode ser obrigado a fornecer esses direitos dentro dos limites do que é materialmente e financeiramente exequível, evitando a imposição de deveres além de sua capacidade real. Assim, a impossibilidade fática busca assegurar um equilíbrio entre a garantia de direitos fundamentais e a disponibilidade de recursos, preservando a viabilidade e a sustentabilidade do cumprimento das obrigações estatais sem comprometer a sua capacidade de atuação em outras áreas. Tal limitação encontra respaldo nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que visam ajustar a extensão

²⁶² DEPENHEUER; GRZESZICK, 2000, *op. cit.*, p. 573.

²⁶³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 335.

das pretensões jurídicas à realidade econômica e administrativa, assegurando que o cumprimento de tais direitos não provoque um desequilíbrio insustentável nas funções estatais.

No tocante à impossibilidade funcional ou jurídica, Depenheuer²⁶⁴ esclarece:

A impossibilidade funcional ocorre quando a impossibilidade fática já existia no momento da criação da norma, ou seja, a norma, desde o início, não conseguiu alcançar o sucesso normativo pretendido. Nesse caso, tanto a norma quanto os fatos subjacentes a ela permanecem inalterados, mas o legislador estabeleceu um direito que é factualmente impossível de ser realizado. Aqui, o princípio da relevância jurídica das impossibilidades fáticas não se aplica de maneira irrestrita. Ele só pode ser invocado quando o legislador não assumiu conscientemente compromissos em relação às condições de implementação do direito. Contudo, se o legislador, diante dos fatos existentes, exigir de maneira grosseiramente negligente algo normativamente impossível, é principalmente sua obrigação e responsabilidade corrigir a norma defeituosa, por ser impossível, e ajustá-la à realidade.

Nesses casos, na visão do autor, somente em casos excepcionais é função dos órgãos do Poder Judiciário corrigir normas originalmente defeituosas em razão de sua impossibilidade de implementação. De modo geral, o papel dos tribunais é alertar o legislador sobre sua responsabilidade de reavaliar e corrigir a legislação inadequada, instando-o a ajustar a norma de acordo com suas obrigações legislativas²⁶⁵.

Portanto, compete primordialmente aos órgãos do Poder Legislativo a tarefa de revisar e modificar as normas que se tornaram inadequadas, adaptando-as às transformações nas concepções sociais e políticas acerca do direito que se considera apropriado. Por fim, Depenheuer²⁶⁶ assevera que uma norma que pretende o impossível não só não consegue realizar o normativamente possível, como também tem consequências disfuncionais: A "boa" intenção fica aquém do "bom".

No Brasil, a impossibilidade jurídica relaciona-se com o orçamento público, notadamente diante da ausência de lei orçamentária que autorize a realização de gastos, como será abordado no item 4.2.

A impossibilidade política, conforme descrita por Otto Depenheuer²⁶⁷, é determinada pelas configurações de poder político e suas limitações. Depenheuer explica que o politicamente impossível não está sujeito ao "princípio da reserva do possível" jurídico, uma vez que o direito constitucional não pode ser limitado pelas circunstâncias temporárias de poder político, como a dificuldade de formar maiorias parlamentares.

²⁶⁴ *Id.*, 2000, p. 573.

²⁶⁵ DEPENHEUER; GRZESZICK, 2000, *op. cit.*, p. 573-574.

²⁶⁶ *Id.*, 2000, p. 567.

²⁶⁷ *Id.*, 2000, p. 573-573.

Na visão do jurista alemão²⁶⁸:

No entanto, o politicamente impossível não está sujeito ao "princípio da reserva do possível" jurídico. Embora, no campo político, seja frequentemente afirmado que uma determinada solução para um problema não é "politicamente possível" no momento, a questão política genuína da organização de maiorias não é, em si, juridicamente relevante. O politicamente possível, segundo a Constituição, está sob a alçada dos órgãos estatais, mesmo que estes, por conta das configurações políticas existentes, estejam limitados ou incapacitados para formar compromissos ou tomar decisões. Em várias ocasiões, as recomendações de tribunais constitucionais para a criação de normas já conseguiram superar bloqueios políticos e viabilizar aquilo que antes era considerado politicamente impossível.

Por fim, o autor²⁶⁹ esclarece que “o político é objeto do direito, mas o direito não é um instrumento para a gestão política”. Dessa forma, “para a prática do Tribunal Constitucional, apenas o que é juridicamente exigido pode ser decisivo, e não o politicamente possível.”

As autoridades públicas enfrentam o desafio de fazer escolhas, uma vez que as necessidades são ilimitadas e os recursos disponíveis são limitados, impossibilitando o atendimento pleno e simultâneo de todas as demandas. Essa questão adquire um grau elevado de complexidade, pois a decisão requer a definição de prioridades e a adoção de critérios que variam conforme o contexto e de acordo com as particularidades de cada região.

No Brasil, essa situação é ainda mais acentuada devido às significativas disparidades socioeconômicas entre as diferentes regiões do país e considerando que há menos recursos do que o necessário para atendimento dos direitos fundamentais básicos para toda a população. Assim, o poder público é obrigado a decidir, *v.g.*, se os recursos devem ser destinados à melhoria da infraestrutura das escolas públicas ou para construção de mais hospitais e postos de saúde.

4.3.2 A escassez de recursos

A teoria da "reserva do possível" evidencia a problemática da escassez de recursos no contexto da solidariedade estatal, considerando que os meios disponíveis ao Estado, sejam eles financeiros, humanos ou materiais, apresentam-se restritos, o que impossibilita a plena realização de todas as demandas sociais²⁷⁰.

De fato, a escassez de recursos é uma realidade inerente à gestão pública e está no cerne da teoria da reserva do possível. Como as pretensões fundadas em direitos fundamentais

²⁶⁸ *Id.*, 2000, p. p. 574.

²⁶⁹ DEPENHEUER; GRZESZICK, 2000, *op. cit.*, p. 573.

²⁷⁰ *Id.*, 2000, p. 577.

geram obrigações positivas ao Estado, a exemplo da implementação de direitos sociais, a limitação financeira torna-se um fator central na efetivação desses direitos. Conforme destacado por Gustavo Amaral, em *Direito, Escassez & Escolha*²⁷¹, a satisfação das pretensões de direitos fundamentais demanda a disponibilização de meios materiais e “como esses meios são finitos, surge a questão da escassez”.

Renhard Gaier²⁷², ao tratar da reserva do possível, também ensina que em um Estado de orientação liberal, os recursos financeiros são naturalmente escassos, o que torna inevitável a necessidade de lidar com conflitos entre diferentes objetivos na alocação desses recursos. Nesse sentido, a responsabilidade por resolver esses conflitos, decidindo sobre o destino dos recursos limitados, recai prioritariamente sobre o legislador em um Estado democrático com separação de poderes. Para o ministro do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a Constituição (*Grundgesetz*) fundamenta esse processo na reserva legal, que, derivada do princípio democrático, exige que o legislador assuma todas as decisões cruciais, sem delegá-las ao Executivo.

A discussão sobre a escassez de recursos ganha contornos ainda mais desafiadores diante de situações que impõem grandes pressões sobre os recursos estatais, como evidenciado pela pandemia de COVID-19. A necessidade de equilibrar os diferentes interesses sociais e as demandas por direitos, dentro de um contexto de escassez de recursos, coloca o legislador em uma posição central na tomada de decisões.

O autor alemão Lino Munaretto, ao tratar do tema em seu livro "O princípio da reserva do possível: Direito público em espaços de possibilidades limitadas"²⁷³, indica que a pandemia de COVID-19 levou países ao redor do mundo a adotarem esforços extraordinários para proteger a saúde de seus cidadãos. Contudo, constata-se que mesmo os Estados que obtiveram maior sucesso em suas respostas não conseguiram evitar todas as perdas de vidas, pois qualquer ampliação das medidas de proteção implicaria custos elevados e exigiria a aceitação de restrições significativas às liberdades individuais. Assim, o autor acredita que a aplicação da teoria da reserva do possível tende a se tornar ainda mais relevante no período pós-pandemia, especialmente no que diz respeito à limitação da responsabilidade dos Estados ao lidar com as consequências econômicas e sociais decorrentes da crise.

²⁷¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

²⁷²GAIER, 2013, *op. cit.*, p. 369-370.

²⁷³MUNARETTO, 2022, *op. cit.*, p. 45.

Nesse ponto, vale ter atenção para a visão do autor sobre a situação da Alemanha no período da Pandemia do COVID-19²⁷⁴ .:

Após duras negociações sobre o plano de recuperação, finalmente chegou-se a um acordo do que era política e financeiramente possível: uma quantia de 750 bilhões de euros. A compra coordenada e conjunta de vacinas, que poderia ter contribuído de forma mais eficaz para a proteção de vidas, mostrou que a organização supranacional não foi capaz de fazer mais do que pequenos Estados nacionais independentes. A organização supranacional foi incapaz de fazer mais do que pequenos Estados nacionais independentes, como o Reino Unido e Israel. Mas mesmo os Estados mais bem-sucedidos não conseguiam salvar todas as vidas, pois qualquer proteção adicional só poderia ser obtida a um custo elevado e aceitando sacrifícios de liberdade de longo alcance. Uma referência ao fato de que o Como era de se esperar, logo no início do debate foi feita uma referência ao fato de que o direito legal à vida também estava sujeito à “reserva do possível”. Após a luta imediata contra a pandemia, é provável que a reserva do possível também se torne relevante para limitar a responsabilidade dos Estados de lidar com as consequências econômicas e sociais. A reserva do possível já recebeu o reconhecimento legal necessário em crises anteriores.

Esses eventos extremos exemplificam como a limitação orçamentária imposta pela 'reserva do possível' obriga o Estado a priorizar certos direitos fundamentais em detrimento de outros, evidenciando o desafio de alocar recursos em um contexto de crise.

A escassez de recursos e a insuficiência de meios para atender a direitos, inclusive os direitos fundamentais, não podem ser ignoradas. Quando essa escassez se manifesta, o Direito deve estar preparado para oferecer soluções adequadas. Conforme destaca Amaral, a realidade demonstra que, na maioria dos países, não foi possível garantir a todos um padrão de vida aceitável²⁷⁵. Isso evidencia que a escassez, especialmente no que se refere ao mínimo existencial, não é uma situação excepcional ou hipotética. Pelo contrário, trata-se de uma condição real e persistente, que exige ser tratada com a devida seriedade nas discussões jurídicas e políticas.

Holmes e Sunstein²⁷⁶, ao tratar sobre como a escassez afeta a liberdade, demonstram que mesmo nos Estados Unidos, um dos países mais ricos do mundo levando em consideração o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, a efetivação ou proteção de direitos não está apenas nas mãos do poder judiciário. Para corrigir violações passadas e prevenir novas, os tribunais precisam da colaboração dos órgãos do poder executivo, os quais atuam dentro de rígidas limitações orçamentárias. Esse desafio se torna especialmente evidente no contexto dos serviços sociais. Na visão dos autores²⁷⁷:

²⁷⁴*Id.*, 2022, p. 45.

²⁷⁵ AMARAL, 2010, *op. cit.*, p. 73.

²⁷⁶ HOLMES; SUNSTEIN, 2019, *op. cit.*, p. 23-25.

²⁷⁷ HOLMES; SUNSTEIN, 2019, *op. cit.*, p.75.

Os departamentos de serviço social recebem verbas limitadíssimas para lidar com problemas potencialmente infinitos: usando o conhecimento detalhado que possuem da situação real da região onde operam, precisam distribuir os poucos recursos que têm à disposição da maneira que julgarem mais eficaz. Em razão das difíceis restrições orçamentárias, certas vítimas potenciais de maus-tratos se tornam vítimas efetivas e o Estado pouco terá feito para impedir que isso aconteça. **Essa situação é deplorável, mas num mundo imperfeito, onde os recursos são limitados, também é inevitável. Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos.**

Grifos nossos.

Ao abordar o tema da escassez, os autores criticam a decisão da Suprema Corte Americana, no caso *Deshaney vs. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989). No caso concreto, Randy DeShaney, em março de 1984, espancou o filho de quatro anos até deixá-lo em coma. Uma cirurgia de emergência revelou hemorragias causadas por golpes reiterados na cabeça. Joshua sobreviveu, mas ficou com graves sequelas cerebrais. Espera-se que passe o resto da vida numa instituição para pessoas que sofrem de retardamento mental grave. A mãe de Joshua Deshaney moveu uma ação em nome dele contra o DSS (Departamento de Serviço Social), afirmando que o fato de o órgão não ter protegido o menino contra a terrível brutalidade do pai, apesar de notificado e constatado os maus-tratos por diversas vezes, era uma violação dos direitos fundamentais de Joshua estipulados pela Constituição norte-americana. A Suprema Corte rejeitou a alegação, afirmando que, embora o caso de Joshua fosse trágico, o menino não sofrera lesão a nenhum direito constitucional²⁷⁸.

Na visão dos autores, trata-se de uma das decisões mais chocantes e brutais da história da Suprema Corte Americana. Para eles²⁷⁹:

(...) a verdadeira importância do caso está na oposição que ele evidencia entre uma alegação (falsa) de que a Constituição só cria direitos negativos e uma outra (correta), de que os tribunais não têm condições de avaliar pretensões que envolvam a distribuição de recursos. O que as duas justificativas da decisão demonstram é que a compreensão dos direitos básicos, e, portanto, da relação do Judiciário com os outros dois poderes, depende de uma opção anterior: ou ignorar os custos ou levá-los em conta. No voto vencedor, a Corte não prestou atenção alguma à questão da escassez dos recursos públicos. Sendo assim, para justificar a "inação" estatal que

²⁷⁸Na visão da Suprema Corte Americana: “o dever afirmativo de proteger não surge do conhecimento do Estado sobre a situação do indivíduo ou de suas expressões de intenção de ajudá-lo, mas das limitações que ele impôs à sua liberdade de agir em seu próprio nome, por meio de prisão, institucionalização ou outra restrição semelhante à liberdade pessoal. Tal dever não existia aqui, pois os danos sofridos pelo requerente não ocorreram enquanto o Estado o mantinha sob sua custódia, mas enquanto ele estava sob a custódia de seu pai natural, que não era de forma alguma um ator estatal. Embora o Estado possa ter conhecimento dos perigos que ele enfrentava, ele não desempenhou nenhum papel em sua criação, nem fez nada para torná-lo mais vulnerável a eles. Nessas circunstâncias, a Cláusula do Devido Processo não impôs ao Estado um dever afirmativo de fornecer ao requerente proteção adequada.” Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/189/>. Acesso em 07.09.2024.

²⁷⁹ HOLMES; SUNSTEIN, 2019, *op. cit.*, p.77.

pretendia defender enquanto tal, ela só pôde declarar que uma criança cruelmente espancada - depois de entregue à guarda de seu pai violento por ordem judicial e estando sob a supervisão tutelar do Estado - não sofrera violação alguma de seus direitos básicos.

Em sequência, Holmes e Sunstein²⁸⁰ afirmam que a Suprema Corte tinha à sua disposição uma justificativa muito menos ampla e mais razoável baseada no caráter não absoluto dos direitos que dependem de gastos do governo. Segundo os autores americanos, qualquer direito que envolva custos financeiros não pode ser considerado absoluto. Nenhum direito cuja implementação dependa do uso seletivo dos recursos públicos pode ser garantido de forma unilateral pelo poder judiciário, sem levar em conta as implicações orçamentárias que recaem sobre os outros poderes do Estado. A proteção contra a violência praticada por particulares, por exemplo, envolve custos significativos e utiliza recursos limitados; portanto, o direito a essa proteção, ainda que existente, não pode ser considerado pleno ou irrestrito²⁸¹.

A mesma lógica aplica-se aos direitos individuais de proteção contra abusos do Estado, que são amplamente reconhecidos. Por exemplo, o direito a uma indenização em caso de desapropriação de propriedade pelo Estado será inútil se os cofres públicos estiverem vazios. Nesse sentido, se todo direito gera um custo, sua aplicação sempre será condicionada pelo interesse dos contribuintes em preservar seus recursos. Assim, os direitos tendem a se reduzir à medida que os recursos diminuem e podem se expandir na medida em que os recursos públicos aumentam. Em última análise, portanto, os direitos não constituem pretensões absolutas, mas sim relativas, condicionadas pela disponibilidade de recursos.

Ao final, os autores pontificam²⁸²:

Os órgãos judiciais que decidem acerca da imposição de direitos em situações específicas também serão capazes de raciocinar de modo mais inteligente e transparente caso reconheçam com franqueza o modo pelo qual o custo afeta a extensão, a intensidade e a regularidade dessa imposição. A teoria jurídica, por fim, será mais realista caso examine com toda a clareza a competição por recursos escassos que necessariamente ocorre entre os direitos básicos, e também entre estes e outros valores sociais.

Holmes e Sunstein²⁸³ enfatizam que levar os direitos a sério implica levar a escassez a sério. Essa constatação é particularmente relevante no Brasil, onde a aplicação da teoria da reserva do possível reflete uma tentativa de harmonizar as demandas sociais com as

²⁸⁰ HOLMES; SUNSTEIN, 2019, *op. cit.*, p.77.

²⁸¹ *Id.*, 2019, p.78.

²⁸² *Id.*, 2019, p.78.

²⁸³ *Id.*, 2019, p.78.

limitações do orçamento público. Isso significa que, em casos de judicialização de direitos sociais, como saúde, o Judiciário deve ponderar as possibilidades reais de implementação.

Esse equilíbrio entre direitos e recursos é, portanto, a pedra angular da teoria da reserva do possível. Como visto, o custo dos direitos implica que nenhum direito pode ser visto como absoluto. As demandas sociais por prestações positivas, como saúde e educação, muitas vezes excedem a capacidade do Estado de provê-las de forma ampla e irrestrita. Isso ocorre, especialmente, em países com grande disparidade social, como o Brasil, onde a alocação de recursos precisa ser cuidadosamente gerida para garantir a eficácia mínima dessas políticas.

Segundo Gustavo Amaral, diante da escassez, torna-se essencial a implementação de mecanismos de alocação de recursos. Para o autor²⁸⁴:

A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar. Há uma natural tentação a "decidir não decidir", a não tornar clara a adoção de qualquer forma de alocação, tal como de a escolha não existisse. Ocorre que a escolha sempre existirá e, com ela, sempre haverá as vítimas, sejam elas conhecidas ou não.

Portanto, a ideia central desenvolvida pelos autores é que os direitos possuem custos, inclusive os direitos fundamentais como liberdade de expressão e o direito ao voto, porque são dependentes de prestações positivas e custosas para o Estado, pois demandam a criação e manutenção de uma complexa estrutura pública para assegurar o acesso dos indivíduos a uma esfera própria para tutela dos direitos, o que não pode se dar – na fórmula deveras expressiva dos autores – em uma situação de vácuo orçamentário (*budgetary vacuum*).

4.3.3 O custo dos Direitos

Na visão de Holmes e Sunstein, todos os direitos fundamentais são sempre direitos positivos, pois mesmo os direitos de liberdade e os direitos de defesa, de modo geral, demandam a implementação de um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, as quais envolvem a alocação substancial de recursos materiais e humanos para garantir sua proteção e efetivação.²⁸⁵

Holmes e Sunstein enfatizam que levar os direitos a sério implica levar a escassez a sério. Essa constatação é particularmente relevante no Brasil, onde a aplicação da teoria da

²⁸⁴AMARAL, 2010, *op. cit.*, p. 100.

²⁸⁵HOLMES; SUNSTEIN, 2019, *op. cit.*, p. 35.

reserva do possível reflete uma tentativa de harmonizar as demandas sociais com as limitações do orçamento público. Isso significa que, em casos de judicialização de direitos sociais, como saúde, o Judiciário deve ponderar as possibilidades reais de implementação.

A reserva do possível parte justamente do fundamento erigido pelos autores, no sentido de que os direitos têm custos e que o Estado só pode garantir os direitos na medida em que dispõe dos recursos para tanto. De fato, a efetivação dos direitos fundamentais exige recursos financeiros e, portanto, está sujeita a limitações práticas.

Importa ressaltar que há autores que sustentam a existência de exceções, apontando para direitos sociais a prestações economicamente neutros (não implicam a alocação de recursos para sua implementação), no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis. Sarlet²⁸⁶ aponta, entretanto, que mesmo nas situações apontadas, ressalta uma repercussão econômica ao menos indireta, uma vez que até o já disponível resultou da alocação e aplicação de recursos, sejam materiais, humanos ou financeiros em geral, oriundos, em regra, da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado.

Esse equilíbrio entre direitos e recursos é, portanto, a pedra angular da teoria da reserva do possível. Como visto, o custo dos direitos implica que nenhum direito pode ser visto como absoluto. As demandas sociais por prestações positivas, como saúde e educação, muitas vezes excedem a capacidade do Estado de provê-las de forma ampla e irrestrita. Isso ocorre, especialmente, em países com grande disparidade social, como o Brasil, onde a alocação de recursos precisa ser cuidadosamente gerida para garantir a eficácia mínima dessas políticas.

Para Gustavo Amaral²⁸⁷, a afirmação de que se gasta muito e se obtém pouco é, na verdade, uma forma mais delicada de reconhecer que milhares, ou talvez milhões de pessoas, são privadas de serviços essenciais não pela falta de recursos, mas pela sua má gestão e alocação inadequada. Assim, torna-se inaceitável a crença quase dogmática na suficiência de recursos para atender a todas as demandas, crença esta que parece ser acolhida por diversos tribunais.

Além disso, Amaral²⁸⁸ afirma que não se mostra razoável a máxima de que "se está na lei, deve ser cumprido", uma vez que a legislação, independentemente de seu nível hierárquico ou do zelo dos governantes, não é capaz de eliminar a realidade da escassez.

²⁸⁶ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 285.

²⁸⁷ AMARAL, 2010, *op. cit.*, p. 101-102.

²⁸⁸ *Id.*, 2010, p. 101-102.

Diante dessa escassez, é inevitável que alguém fique sem atendimento, sofra prejuízos ou, em casos mais graves, venha a falecer. A limitação de recursos e meios para a efetivação dos direitos, inclusive os fundamentais, não pode ser ignorada.

Outrossim, o autor ressalta que a realidade demonstra que, em praticamente todos os países, não foi possível garantir a todos um nível de vida minimamente aceitável, o que prova que a escassez, em relação ao mínimo existencial, não é uma situação excepcional ou hipotética, mas um problema concreto que merece consideração séria e efetiva. Por fim, o autor reafirma a visão de que o Judiciário não é nem o único e nem mesmo o melhor intérprete quando a afirmação de direitos envolve decisões alocativas.²⁸⁹

Nesse ponto, cumpre destacar a posição de Andreas Krell²⁹⁰, ao criticar Gustavo Amaral e tratar da reserva do possível como uma falácia, fruto de um direito constitucional equiparado equivocado, no seguinte sentido:

Para não precisar negar por completo a efetividade dos direitos sociais sob o argumento da "reserva do possível", Amaral recomenda a exigência de que "o Estado demonstre, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecutoria de prestações positivas ; "demostrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador."

Nesse contexto, não parece ser bem escolhido o exemplo trazido pelo autor, que deveria ficar ao critério do Executivo a escolha se tratará com os recursos disponíveis "milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável". A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a "ponderações" perigosas e anti-humanistas do tipo "por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais ?

Ingo Sarlet²⁹¹, em sentido contrário, afirma que a problemática do "custo dos direitos", intrinsecamente ligada à chamada "reserva do possível", revela-se diretamente relacionada à crise de efetividade dos direitos fundamentais, que se agrava cada vez mais. Na visão do autor, embora a "reserva do possível" não deva ser utilizada como um obstáculo absoluto à concretização dos direitos sociais prestacionais, a efetivação desses direitos está profundamente conectada à maior ou menor disponibilidade de recursos para atender às demandas sociais. Dessa forma, a escassez de recursos desempenha um papel crucial na implementação de políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões.

²⁸⁹ AMARAL, 2010, *op. cit.*, p. 101-102, p. 177.

²⁹⁰ KRELL, 2002, *op. cit.*, p. 53.

²⁹¹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 285.

Para Salet²⁹², é necessário concordar com Holmes e Sunstein ao afirmarem que levar os direitos a sério, especialmente sob a ótica de sua eficácia e efetividade, implica reconhecer a seriedade do problema da escassez. Nesse contexto, aponta que os princípios da moralidade e da eficiência, que orientam a atuação da administração pública em geral, desempenham um papel crucial nessa discussão, sobretudo quando se trata de administrar os recursos escassos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

Nesse contexto, afirma que²⁹³:

(...) se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, como já se disse mais de uma vez entre nós. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Nesse sentido, a reserva do possível está intrinsecamente ligada à escassez, que pode ser interpretada como uma forma de desigualdade. Bens escassos não podem ser acessíveis a todos simultaneamente, o que exige que sua distribuição seja feita com base em regras que garantam o direito igualitário ao bem, ao mesmo tempo que reconhecem a impossibilidade de uso igual e simultâneo por todos. Essa escassez, em muitos casos, resulta de escolhas e decisões: quando os recursos disponíveis são limitados, a escolha do administrador de investir em uma área específica inevitavelmente causa a escassez em outra que não foi priorizada. Por essa razão, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência brasileira são pródigas em afirmar que a reserva do possível não pode ser utilizada para violar o mínimo existencial, que engloba os direitos fundamentais à saúde, educação e segurança social. A garantia desse núcleo essencial é imperativa, mesmo diante da escassez de recursos, conforme preconiza a Constituição Federal (voltaremos a abordar essa questão no item 4.5).

²⁹² *Id.*, 2009, p. 285.

²⁹³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 285.

4.4 PRECEDENTES DO TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL

Nesse ponto, importa destacar que a análise, mesmo que sucinta, dos precedentes alemães é fundamental para permitir uma comparação com decisões brasileiras que buscaram incorporar a ideia de reserva do possível, assim como sua aplicação na doutrina, o que será abordado posteriormente.

A reserva do possível tem sido utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão desde a sua origem, em casos envolvendo indenização por desapropriação, o mandato de reunificação e a equalização financeira entre os estados federais²⁹⁴, inclusive em termos de política externa, conforme apontado no item 3.2.

No Caso “*Numerus Clausus*”(1972)²⁹⁵, considerado o primeiro caso a utilizar a exata expressão reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), o Tribunal aceitou a aplicação da reserva do possível, afirmando que o direito à educação e à livre escolha da profissão está sujeito a limitações práticas e de recursos. Este caso foi um dos primeiros a discutir o limite da capacidade do Estado em garantir plenamente o direito à educação, reconhecendo a reserva do possível. A referida decisão já foi objeto de análise no item 3.1.

No ano de 1977, quatro anos após a decisão no caso conhecido como *Numerus Clausus I*, o Tribunal Constitucional Federal Alemão voltou a julgar uma questão semelhante àquela que gerou o precedente anterior, discutido anteriormente. Essa nova decisão deu origem ao precedente denominado *Numerus Clausus II* (BVerfGE 43, 291).

Neste julgamento, a Corte Constitucional alemã examinou diversos pontos relacionados aos diplomas legais que regulamentam as condições de ingresso no ensino superior, incluindo, por exemplo, a implementação de cotas para a seleção de candidatos (art. 32, § 3º, item 1, alínea 6 da HRG). Ao final, a Corte reafirmou o posicionamento já adotado no caso *Numerus Clausus I*.

Na oportunidade, o Tribunal reiterou o entendimento no seguinte sentido:

Do artigo 12, parágrafo 1º da Lei Fundamental que garante o direito à livre escolha da profissão e do local de formação em conjunto com o princípio geral de igualdade e o Princípio do Estado Social, decorre uma garantia constitucional ao direito subjetivo de acordo com os requisitos de admissão ("hochschulreifen") para a universidade de sua eleição. **Tal direito subjetivo é tão extenso quanto possível e encontra-se limitado nos termos do que os indivíduos podem racionalmente pretender com base na regulamentação legal**, e - sob a condição do uso exaustivo

²⁹⁴ MUNARETTO, 2022, op. cit., p. 24.

²⁹⁵ ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal* (BVerfG). 1 BvL 32/70 e 25/71. j. 18.07.1972.

de todas as capacidades de formação, a prioridade constitucional de medidas anteriores à seleção do candidato.²⁹⁶

O Tribunal Constitucional alemão novamente recorreu à teoria da reserva do possível para justificar a constitucionalidade da redução do auxílio criança destinado a pais com renda elevada. Nessa decisão²⁹⁷, o Tribunal introduziu o critério da "clara inadequação de uma prestação constitucionalmente devida" ou da "linha do tolerável" como parâmetro para a aplicação da reserva do possível. Em outras palavras, a limitação imposta pelo legislador seria permitida desde que não inviabilizasse o exercício do direito social em questão.

Posteriormente, no ano de 1992, o Tribunal examinou se o tempo dedicado à educação dos filhos poderia ser considerado no cálculo da aposentadoria, resultando em um benefício previdenciário maior, apesar de não haver contribuições para a seguridade social devido à ausência de atividade profissional nesse período. A decisão destacou a reserva do possível como um limitador de benefícios que implicam custos financeiros no âmbito dos incentivos públicos à família, exceto quando tais benefícios fossem "evidentemente inadequados" e ultrapassassem o limite do tolerável, o que não se verificou no caso em questão.²⁹⁸

O Tribunal Constitucional Alemão também analisou a possibilidade de escalonar o reembolso das despesas com cuidados de crianças em jardins de infância de acordo com a renda familiar (1998). A questão central era se o Estado poderia se recusar a subsidiar essas despesas para pais mais abastados, enquanto garantia esse apoio às famílias de baixa renda. A decisão inicial sublinhou o princípio da igualdade de tratamento, mas também analisou se o dever constitucional de incentivo em favor das famílias havia sido cumprido. Em resumo, o Tribunal concluiu que esse dever de proteção não impede o Estado de ajustar o valor da subvenção às famílias conforme sua capacidade financeira, desde que outros interesses públicos sejam considerados.²⁹⁹

O Tribunal utilizou a reserva do possível novamente em 2001, em um caso envolvendo uma contribuição obrigatória destinada à assistência social para o financiamento de cuidados especiais para idosos necessitados. Os demandantes argumentaram que já contribuía suficientemente para o bem-estar dos idosos, ao cuidar e educar seus filhos, que no futuro estariam aptos a prover recursos para as gerações mais velhas. O Tribunal, no entanto, negou a isenção total da contribuição solicitada, baseando-se na teoria da reserva do possível. O

²⁹⁶ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal*. BVerfGE 43, 291 (313).

²⁹⁷ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal* (BVerfG). 1 BvL 20/84. j. 29.05.1990. BVerfGE.

²⁹⁸ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal* (BVerfG). 1 BvL51/86 e 50/87; 1 BvR 873/90, 761/91. j. 07.07.1992. BVerfGE 87, 1. NJW 1992, 2213.

²⁹⁹ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal* (BVerfG). 1 BvR 178-97. j. 10.03.1998. BVerfGE 97, 332. NJW 1998, 2128.

Tribunal reiterou que o legislador deve equilibrar, no interesse do bem comum, o incentivo à família com outros interesses da sociedade³⁰⁰.

A reserva do possível também foi mencionada em uma decisão de 2004 referente à Lei de Indenização de Vítimas, que regulamenta o apoio estatal a vítimas de crimes violentos. De acordo com essa lei, viúvas e viúvos de tais crimes poderiam receber benefícios estatais se fossem responsáveis pelo cuidado de um filho em comum. No entanto, pais de filhos considerados ilegítimos não tinham direito a esses benefícios. O Tribunal considerou a lei inconstitucional por violar o princípio da igualdade de tratamento, deixando ao Legislativo a tarefa de reformular a norma. O legislador poderia, por exemplo, corrigir a desigualdade, eliminando completamente o benefício para todos os casos.³⁰¹ Mais uma vez, a reserva do possível foi reafirmada. Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal descreveu a ideia do Judicial *Self-restraint*, vinculada à reserva do possível, da seguinte maneira: "Não se trata de reduzir ou enfraquecer sua própria competência como corte constitucional. O que está em jogo, isto sim, é abster-se de fazer política³⁰²."

4.4.1 Recente precedente sobre a reserva do possível no âmbito da pandemia do COVID-19

Em recente julgado (2022), o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que o "Direito à Educação" está sujeito à reserva do possível.³⁰³ Em razão da importância e atualidade da decisão, notadamente pela análise de restrição ao direito fundamental à educação, cumpre tecer maiores detalhes sobre o caso.

No caso concreto, as reclamações constitucionais foram dirigidas contra a proibição e restrição do ensino presencial nas escolas gerais para proteção contra a infecção da COVID-19, sob a forma de exigência de alternância de aulas (alternando entre o ensino presencial na escola e o ensino à distância em casa) ou uma proibição total de operações escolares presenciais. Os regulamentos contestados proibiam completamente o ensino presencial em escolas gerais e profissionais se a incidência de sete dias de novas infecções pelo coronavírus

³⁰⁰ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvR 1629/94. j. 3 abr. 2001. BVerfGE 103, 242. NJW 2001, 1712.

³⁰¹ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BR 684/98. j. 09.11.2004. BVerfGE 112, 50. NJW 2005, 1413.

³⁰² PERLINGEIRO, 2013, *op. cit.*, p. 171.

³⁰³ALEMANHA. *Tribunal Constitucional Federal (BVerfG.)* Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 -, Rn. 1-222. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr097121.html. Acesso em 16.08.2024.

SARS-CoV-2 num distrito ou cidade excedesse o limite de 165 em três dias consecutivos por 100 mil habitantes.

Os estudantes reclamantes queixavam-se particularmente da violação do seu direito à educação, que decorre do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, de acordo com o artigo 2.º, n.º 1, da Lei Básica. A alegação era de que a interferência neste direito fundamental ao proibir o ensino presencial era desproporcional. Os pais dos alunos reclamantes também afirmaram, entre outras coisas, que o seu direito de organizar livremente a vida familiar e de determinar livremente o percurso educativo dos seus filhos, nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei Básica, foi violado pela abolição do ensino presencial.

Por outro lado, o Governo Federal sustentou a esmagadora importância da proteção da vida, da integridade física e a urgência das medidas tomadas justificaram a sua adequação, apesar das consequências negativas significativas da perda do ensino presencial para as oportunidades educativas dos alunos afetados. Por sua vez, o Governo do Estado da Baviera suscitou o questionamento sobre a existência de um “direito à educação” protegido pelos direitos fundamentais. Em qualquer caso, sustentou que não podem ser derivadas disto obrigações específicas do legislador. Ademais, defendeu que existe o direito de assistir às aulas apenas no âmbito das ofertas educativas existentes. Portanto, os alunos reclamantes não poderiam exigir a realização de aulas presenciais.

O Tribunal decidiu pela compatibilidade da proibição do ensino presencial com o direito dos pais de tomar decisões, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, frase 1 da Lei Básica, com base no seguinte entendimento:

Se o ensino presencial na escola for cancelado por um período mais longo por razões principalmente relacionadas com o controlo de infeções, os estados são obrigados, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Lei Básica, a manter, na medida do possível, o padrão mínimo de uma educação escolar indispensável ao desenvolvimento pessoal das crianças e dos jovens. Deve-se garantir que, se o ensino presencial for proibido, o ensino à distância será realizado sempre que possível.

O fundamento da decisão, que validou as medidas restritivas impostas pelo governo, está profundamente enraizado na ideia de que, em situações de emergência, o Estado pode, e deve, tomar decisões difíceis que limitem certos direitos fundamentais para proteger o bem comum. Contudo, o Tribunal deixou claro que a adequação e, portanto, a proporcionalidade no sentido mais estrito exige que o objetivo perseguido pela medida e a realização esperada do objetivo não sejam desproporcionais à gravidade da interferência. Na visão do Tribunal,

compete ao legislador ponderar o âmbito e o peso da interferência nos direitos fundamentais, por um lado, e a importância do regulamento para alcançar objetivos legítimos, por outro.

Contudo, o Tribunal também ressaltou que ao avaliar a razoabilidade de medidas repetidas que restringem os direitos fundamentais para evitar perigos no decurso de uma situação perigosa de longo prazo, como a pandemia do COVID-19, deve ser levado em conta se o Estado tomou precauções razoáveis e necessárias em tempo hábil numa área pela qual é responsável, a fim de poder realizar intervenções para evitar o perigo ao longo do tempo, mais respeitadoras dos direitos fundamentais do que numa fase inicial do perigo.

Ademais, o Tribunal Alemão ressaltou expressamente que:

O Estado também pode invocar uma reserva do que é possível no que diz respeito ao direito à educação escolar. Isto aplica-se não só no caso em que os desejados serviços educativos estatais não possam ser efetivamente prestados devido a restrições de pessoal, materiais ou organizacionais atualmente intransponíveis, mas também no que diz respeito à decisão sobre se e em que medida os limitados recursos públicos disponíveis devem ser utilizados para este propósito. Em primeiro lugar, o legislador é responsável por decidir até que ponto os recursos existentes devem ser utilizados para fins de educação escolar, tendo em conta outras tarefas estatais igualmente importantes (cf. BVerfGE 96, 288 <305-305> com outras referências)³⁰⁴.

Assim, a decisão do Tribunal não apenas reafirma o papel da reserva do possível como um balizador das ações estatais em momentos de escassez de recursos e capacidades, mas também enfatiza que essa reserva deve ser aplicada de maneira criteriosa, assegurando que as restrições impostas sejam necessárias, proporcionais e não ultrapassem os limites do tolerável. O equilíbrio entre a necessidade de proteger a saúde pública e a obrigação de garantir a continuidade da educação ilustra como o princípio da reserva do possível se manifesta concretamente em decisões de alto impacto social, preservando tanto a ordem pública quanto os direitos fundamentais em um contexto de incertezas.

De mais a mais, o Tribunal declarou que o direito à educação apresenta tanto uma dimensão negativa quanto positiva. No aspecto positivo, tal direito consiste na garantia de acesso a serviços educacionais que possibilitem aos estudantes o desenvolvimento de uma personalidade autônoma. Todavia, o Tribunal condicionou esse direito à reserva do possível, ressaltando que essa limitação não se restringe a situações em que a oferta dos serviços educacionais é inviabilizada por restrições insuperáveis de recursos. A reserva do possível também confere ao legislador margem de discricionariedade para decidir sobre a alocação dos

³⁰⁴ BVerfGE 96, 288 <305 f.> m.w.N. Disponível em:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr097121.html. Acesso em 16.08.2024.

recursos disponíveis, equilibrando as demandas da educação escolar com outras obrigações estatais de igual importância. No entanto, o Tribunal enfatizou que essa reserva não pode ser aplicada ao "padrão mínimo" que o direito exige.

Ao tratar do caso julgado pelo Tribunal Alemão, Lino Munaretto³⁰⁵ conclui:

A partir da jurisprudência mencionada, podemos extrair as seguintes conclusões. Além do direito à participação igualitária, da exigência de esgotar efetivamente as capacidades existentes e do reconhecimento de padrões mínimos, o Tribunal Constitucional Federal (FCC) submete os direitos fundamentais a prestações estatais à reserva do possível. Essa reserva não se aplica apenas em casos de impossibilidade fática, quando o cumprimento de um direito é totalmente inviável (reserva do faticamente possível). O FCC aplica a reserva do possível mesmo quando o cumprimento da reivindicação de um direito fundamental é viável, mas apenas às custas de outros direitos fundamentais ou interesses públicos. O FCC atribui claramente essas decisões distributivas ao legislador democrático, que define, de forma política, o que o Estado deve tornar possível (reserva do politicamente possível). Esse conceito tem sido descrito por intérpretes como uma "função dupla" da reserva do possível.³⁰⁶

De igual modo, Otto Depenheuer³⁰⁷ entende que, no Estado democrático de Direito, as avaliações políticas são primordialmente de responsabilidade do poder legislativo, que é democraticamente legitimado para tal. Enquanto representantes do povo, os legisladores possuem a competência e a obrigação de formalizar essas avaliações. Um tribunal constitucional, por sua vez, só deve intervir e tomar decisões com essa mesma função sob condições rigorosas que garantam a proteção dos direitos dos cidadãos.

No mesmo sentido, Reinhard Gaier³⁰⁸ pontifica:

A reserva do possível tem por objetivo limitar os pedidos de prestações dos cidadãos contra o Estado àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. A forma como estes limites devem ser determinados num caso concreto é, em primeiro lugar, deixada ao legislador, a quem compete decidir.

³⁰⁵MUNARETTO, Lino. Fundamental Rights and Limited Possibilities: The Proviso of the Possible in European Fundamental Rights Doctrine. *German Law Journal*, Volume 25, Issue 2, March 2024, pp. 185 - 209. DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2023.114>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/fundamental-rights-and-limited-possibilities-the-proviso-of-the-possible-in-european-fundamental-rights-doctrine/F3CA9F67A557689FD9BB357A1D81A354>. Acesso em 07.09.2024.

³⁰⁶Tradução livre: “From the case law outlined above, we can derive the following conclusions. Apart from the right to equal participation, the requirement to effectively exhaust existing capacities and the recognition of minimum standards, the FCC subjects fundamental rights to state benefits to the proviso of the possible. This does not merely apply in cases of factual impossibility when the fulfillment of a right is completely unfeasible (proviso of the factually feasible). The FCC applies the proviso of the possible if the fulfillment of the claim of a fundamental right might be feasible but only at the expense of other fundamental rights and public interests. The FCC clearly assigns these distributive decisions to the democratic legislator who determines, politically, what the state should make possible (proviso of the politically possible). This is what interpreters have described as a “double function” of the proviso of the possible.”

³⁰⁷DEPENHEUER; GRZESZICK, 2000, *op. cit.*, p. 594.

³⁰⁸GAIER, 2013, *op. cit.*, p. 367.

Assim, observa-se que a concepção de reserva do possível pela doutrina e jurisprudência alemã não está necessariamente vinculada às limitações financeiras em termos de disponibilidade de recursos, mas ao que é racional para o indivíduo exigir do Estado e, por extensão, da sociedade. Ademais, a escolha de como esses limites serão determinados deve recair, em primeiro lugar, sobre o legislador, enquanto representantes da sociedade.

5. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

A teoria da reserva do possível começou a ganhar atenção na doutrina brasileira apenas a partir da década de 1990. Até então, suas menções eram mais comuns em discussões sobre os limites dos direitos sociais, que tradicionalmente são entendidos como direitos positivos, ou seja, aqueles que exigem ações concretas por parte do Estado, as quais envolvem custos financeiros. Ana Paula Barcellos retrata como o tema era abordado no cenário nacional durante esse período:

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.³⁰⁹

A discussão sobre a reserva do possível no Brasil passou a ganhar maior relevância a partir da publicação da obra *The Cost of Rights* (1999), de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein. Nessa obra, os autores oferecem uma análise econômica sobre o custo dos direitos, tratando não apenas dos direitos sociais, mas também, e com especial destaque, dos direitos individuais, trazendo uma nova perspectiva sobre as implicações financeiras da proteção desses direitos.

5.1 ATUAL PANORAMA SOCIOECONÔMICO DO BRASIL

Diante da crescente relevância da teoria da reserva do possível no cenário jurídico brasileiro, é necessário compreender como o contexto social e econômico do país influencia diretamente a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social. A realidade econômica do Brasil, marcada por desigualdades estruturais e limitações orçamentárias, coloca desafios significativos à implementação de políticas públicas que garantam o mínimo existencial.

Assim, faz-se imprescindível analisar, ainda que de forma resumida, o atual panorama socioeconômico do país para entender de que forma a escassez de recursos tem sido administrada na prática, além de como o Poder Judiciário tem lidado com as demandas sociais à luz da reserva do possível.

³⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 279.

5.1.1 Panorama social brasileiro

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE elaborou um estudo sobre a análise das condições de vida da população brasileira até o ano de 2023³¹⁰, com o objetivo de sistematizar e apresentar um conjunto de informações relacionadas à realidade social do País, a partir de temas estruturais de grande relevância para a construção de um quadro abrangente sobre as condições de vida da população brasileira, como o impacto da pandemia do COVID-19 na prestação de serviços públicos, mercado de trabalho, padrão de vida, educação, saneamento básico e moradia.³¹¹

A pertinência dos indicadores apresentados pelo IBGE para o presente trabalho consiste em proporcionar uma melhor compreensão da realidade brasileira e suas políticas públicas, com ênfase na avaliação das condições de vida e do bem-estar de indivíduos, famílias e diferentes grupos sociais, além de verificar se há uma concretização dos direitos fundamentais sociais básicos à população.

A estrutura socioeconômica do Brasil é caracterizada pela participação dos trabalhadores nas diversas atividades econômicas, sendo um fator determinante para a perpetuação das desigualdades e das condições sociais vigentes, já que os rendimentos do trabalho constituem a maior parte da renda familiar total.

No tocante ao mercado de trabalho³¹², o estudo revela que o mercado de trabalho no Brasil é marcado pela diversidade das atividades econômicas, com uma acentuada desigualdade nos rendimentos entre os trabalhadores ocupados. Assim, apesar de diversas transformações terem ocorrido na sociedade e na economia brasileira desde o século XX, o

³¹⁰IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2023* / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=publicacoes>. Acesso em 05.09.2024.

³¹¹As fontes utilizadas pelo IBGE para a pesquisa foram a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua e o Sistema de Contas Nacionais do Brasil - SCN, sob a responsabilidade do IBGE. Como fontes externas ao Instituto, foram utilizados o Censo Escolar da Educação Básica, o Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM e o Sistema de Avaliação da Educação Básica - SAEB, a cargo do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, vinculado ao Ministério da Educação. Para comparações internacionais, foram ainda consultadas informações disponibilizadas pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD).

³¹²A principal base de dados utilizada para o estudo foi a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, do IBGE, para os indicadores de força de trabalho e de subutilização da força de trabalho, tais como: ocupação, informalidade, rendimentos do trabalho, desocupação, subocupação por insuficiência de horas e força de trabalho potencial.

processo de redução das desigualdades ainda avança de forma lenta e com variações no mercado de trabalho.³¹³

Outrossim, constatou-se que a pandemia de COVID-19 causou sérios impactos na saúde pública e na economia global, resultando em uma significativa redução de renda e na eliminação de empregos, com o Brasil alcançando níveis recordes de perda de postos de trabalho em 2020. Apenas a partir de 2022, o processo de recuperação pós-pandemia começou a se consolidar, refletindo de forma mais consistente na criação de novos empregos.³¹⁴

A análise internacional revelou ainda que, em um ranking de cerca de 50 países presentes na base de dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil, que ocupava a 28ª posição em participação da renda do trabalho em 2015, caiu para a 40ª posição no biênio 2020-2021. No âmbito nacional, a participação da remuneração do trabalho em 2021 foi inferior à registrada em 2010, indicando uma "década perdida" nesse indicador³¹⁵.

Segundo o estudo, o rendimento médio real habitual da população ocupada no trabalho principal variou de R\$ 2 637 mensais, em 2021, para R\$ 2 582, em 2022³¹⁶. O resultado de 2022 foi o mais baixo de toda a série e contrasta com os valores de 2014 (R\$ 2.783) e 2020 (R\$ 2.807), que apresentaram rendimentos médios mais elevados. Esses dois anos refletem dinâmicas distintas: em 2014, o mercado de trabalho estava aquecido, com baixa taxa de desocupação, enquanto, em 2020, a pandemia de COVID-19 e a consequente desativação de postos de trabalho mais vulneráveis reduziram o número de pessoas ocupadas, o que elevou o rendimento médio daqueles que permaneceram no mercado de trabalho.

Além disso, o Brasil continua um país com profundas desigualdades sociais e regionais. Segundo o IBGE, em 2022, a população ocupada de cor ou raça branca recebia, em média, 64,2% a mais que a população de cor ou raça preta ou parda, enquanto os homens ganhavam 27,0% a mais que as mulheres. Ademais, levando-se em conta o rendimento médio de todos os trabalhos, as pessoas ocupadas nas Regiões Norte (R\$ 2 076) e Nordeste (R\$ 1

³¹³IBGE, 2023, *op. cit.* p. 13.

³¹⁴*Id.*, 2023, p. 13.

³¹⁵ A renda gerada no ciclo econômico é distribuída de acordo com a função desempenhada pelos agentes na produção de bens e serviços, sendo este o conceito da distribuição funcional da renda. A definição detalhada dos componentes da ótica da renda pode ser encontrada no manual internacional *System of National Accounts 2008*, SNA-2008 (United Nations, 2009, cap. 7), e no relatório metodológico do SCN, ano de referência 2010, do Brasil (IBGE, 2016). IBGE, 2023, *op. cit.*

³¹⁶ IBGE, 2023, *op. cit.*
p. 20.

812) recebiam, respectivamente, 78,1% e 68,1% do correspondente à média nacional (R\$ 2 659).³¹⁷

O estudo também demonstrou que a informalidade³¹⁸ em uma parcela substancial dos postos de trabalho é uma característica marcante do mercado de trabalho brasileiro, contribuindo significativamente para a ampliação das desigualdades. Como resultado, um grande número de trabalhadores permanece sem acesso a mecanismos essenciais de proteção social, como o direito à aposentadoria e a licenças remuneradas, seja por maternidade ou afastamento por razões de saúde.

De acordo com a pesquisa³¹⁹, a informalidade tem se mostrado predominante nas Regiões Norte e Nordeste. Em 2022, a taxa de trabalhadores em ocupações informais atingiu 60,1% na Região Norte e 56,9% na Região Nordeste. Em contrapartida, as Regiões Sudeste e Sul registraram proporções menores, de 34,4% e 27,7%.³²⁰

Com relação ao indicador de jovens que não estudam e que não estão ocupados³²¹, a pesquisa demonstrou que 10,9 milhões de jovens estavam nessa situação, no ano de 2022. Segundo o estudo, entre os jovens de 18 a 24 anos, houve um aumento na condição de não estar estudando nem trabalhando durante os dois anos analisados, evidenciando a vulnerabilidade desse grupo etário no processo de transição entre a escola e o mercado de trabalho. Essa situação de vulnerabilidade acaba por impactar também o grupo de 25 a 29 anos, uma vez que a falta de experiência e o prolongado afastamento do mercado tornam sua inserção cada vez mais desafiadora³²².

Entre os 10,9 milhões de jovens que não estudam nem trabalham no ano de 2022, 14,8% encontravam-se em situação de extrema pobreza, ou seja, viviam em domicílios com renda *per capita* inferior a US\$ 2,15 por dia. Além disso, 61,2% estavam em condição de pobreza, com renda inferior a US\$ 6,85 por dia, conforme as linhas de pobreza estabelecidas pelo Banco Mundial para monitorar a extrema pobreza e a pobreza no Brasil no contexto da Agenda 2030.

³¹⁷ Bahia (R\$ 1 662) e Maranhão (R\$ 1 663) foram as Unidades da Federação que apresentaram os rendimentos médios mensais mais baixos. Por outro lado, o Distrito Federal (R\$ 4 403) e São Paulo (R\$ 3 254) apresentaram os rendimentos mais elevados.

³¹⁸O IBGE definiu como informais as seguintes categorias: empregados e trabalhadores domésticos sem carteira de trabalho assinada; trabalhadores por conta própria e empregadores que não contribuem, ambos, para a previdência social; e trabalhadores familiares auxiliares. IBGE, 2023, *op. cit.*, p. 28.

³¹⁹ *Id.*, 2023, p. 28.

³²⁰As Unidades da Federação com os maiores índices de informalidade foram Maranhão, Pará e Amazonas, enquanto as três Unidades da Federação da Região Sul registraram os menores percentuais.

³²¹Este indicador inclui simultaneamente, aqueles que não estudam e estão desocupados (que buscam ocupação e estão disponíveis para trabalhar) e aqueles que não estudam e estão fora da força de trabalho, ou seja, não tomaram providências para conseguir trabalho, mas podem ou não querer trabalhar. IBGE, 2023, *op. cit.*, p. 38.

³²² *Id.*, 2023, p. 41.

A situação desses milhares de jovens, vivendo em situação de extrema pobreza, que não estudam nem trabalham, revela de forma contundente a escassez de recursos públicos no Brasil. De fato, os dados do IBGE são indicativos das imensas demandas sociais que o Estado brasileiro enfrenta, especialmente no cumprimento de suas obrigações constitucionais de garantia dos direitos sociais mínimos. No entanto, a escassez de recursos financeiros coloca em evidência a teoria da reserva do possível, que limita a capacidade estatal de prover direitos fundamentais a todos, devido à necessidade de alocar os recursos disponíveis de maneira eficiente e equilibrada, de modo a evitar a inviabilidade econômica do próprio Estado.

Com o objetivo de minimizar os efeitos econômicos em decorrência dos impactos da pandemia de COVID-19 sobre o País, o governo Federal instituiu o Auxílio Emergencial³²³, instituído pelo Decreto n. 10.316, de 07.04.2020, que regulamentou a Lei n. 13.982, de 02.04.2020, com um valor-base de R\$ 600,00, limitado a até duas pessoas por família, podendo atingir R\$ 1.200,00, no caso de mulheres que fossem provedoras de família monoparental. Segundo o estudo do IBGE, para aqueles domicílios com o rendimento domiciliar per capita de até $\frac{1}{4}$ de salário-mínimo, a participação dos benefícios de programas sociais chegou a 44,3% do rendimento total em 2022.

Outro indicador alarmante revelado pela pesquisa é a de que 10,8% da população brasileira, em 2022, em torno de 23,2 milhões de pessoas, vivia com até o valor de $\frac{1}{4}$ de salário-mínimo per capita mensal (R\$ 303) e 29,6%, aproximadamente 63,8 milhões de pessoas, com até $\frac{1}{2}$ salário-mínimo per capita (cerca de R\$ 606). Nas Regiões Nordeste e Norte, 48,5% e 44,9% da população, respectivamente, vivia com até $\frac{1}{2}$ salário-mínimo de renda mensal, enquanto, na Região Sul, era somente 15,5%.

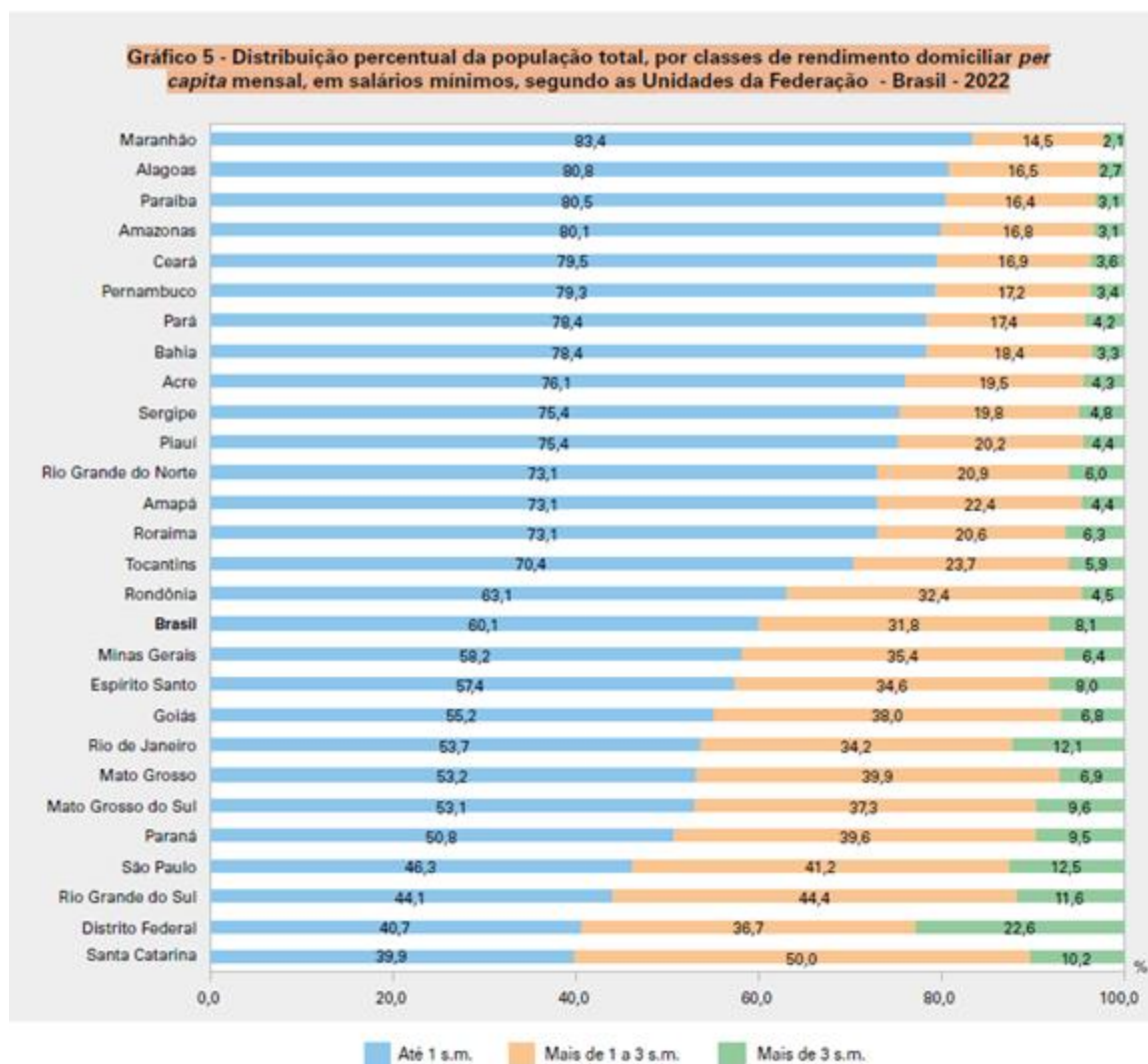
O IBGE demonstrou ainda que, em 2022, 60,1% da população brasileira vivia com uma renda de até um salário-mínimo, enquanto 31,8% vivem com rendimentos entre um e três salários-mínimos, e apenas 8,1% ultrapassam esse valor. Essa disparidade é ainda mais evidente quando se observa as diferenças regionais, que se acentuam ao se comparar os estados da federação, evidenciando as profundas desigualdades econômicas existentes no país. A título de exemplo, nos Estado do Maranhão, Alagoas, Paraíba e Amazonas, mais de 80% da

³²³O Auxílio Emergencial foi destinado a todas as pessoas com mais de 18 anos – e mães com menos de 18 anos – desempregados ou que exerciam atividade de: microempreendedor individual (MEI), contribuinte individual na previdência social, e trabalhador informal, que não tivessem recebido nenhum benefício de programas do governo, com exceção do Bolsa Família. Além disso, deveria reunir os requisitos de possuírem renda familiar per capita de até meio salário-mínimo ou renda total de até três salários-mínimos, além de estarem na faixa de isenção do imposto de renda em 2018 e em 2019, para quem fosse elegível às parcelas residuais *Id.*, 2023, p. 52.

população recebeu até 1 salário-mínimo *per capita*, o dobro do percentual observado em Santa Catarina (39,9%) e no Distrito Federal (40,7%).³²⁴

Em razão da relevância e gravidade dos dados revelados pelo IBGE, cumpre ilustrar o gráfico abaixo:

Figura 1 - Distribuição percentual da população total no Brasil³²⁵



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2022.

Notas: 1. Dados consolidados de quintas visitas em 2022.

2. O gráfico se apresenta em ordem decrescente de proporção de pessoas que recebiam até 1 salário mínimo *per capita* nas Unidades da Federação.

A realidade socioeconômica brasileira evidencia uma significativa disparidade entre os direitos fundamentais mínimos previstos na Constituição e a capacidade estatal de efetivá-los, especialmente no tocante aos direitos sociais. Segundo pesquisas do Departamento

³²⁴IBGE, 2023, *op. cit.*, p. 62-63

³²⁵*Id.*, 2023, p. 64.

Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), em abril de 2024, o salário-mínimo necessário para suprir as necessidades básicas, conforme as diretrizes constitucionais, seria de R\$ 6.912,69 (e não os R\$ 1.412,00 estabelecido pelo Governo Federal).³²⁶ No entanto, 60,1% da população brasileira sobrevive com uma renda de até um salário mínimo, o que demonstra a insuficiência dos recursos destinados à concretização dos direitos fundamentais. Esse cenário também reforça a importância da teoria da reserva do possível, que destaca os limites impostos pela escassez de recursos estatais e a necessidade de priorização na alocação desses recursos, em face das imensas demandas sociais e econômicas do país.

Com relação as linhas de pobreza necessárias, é importante ressaltar que o número e a proporção de pessoas em situação de pobreza variam conforme o critério utilizado³²⁷. Em 2022, por exemplo, a população considerada em extrema pobreza variou de 2,8%, conforme a linha de elegibilidade do Auxílio Brasil (até R\$ 105), até 10,8%, de acordo com a linha de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), que corresponde a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (até R\$ 303). Da mesma forma, no caso da pobreza, ao se considerar o critério do público-alvo potencial do Programa Auxílio Brasil (pessoas com renda de até R\$ 210), identificou-se 13,9 milhões de pessoas pobres no país em 2022. Quando se adota a linha internacional recomendada para o Brasil, de US\$ 6,85 por dia (PPC), o número de pessoas em situação de pobreza ultrapassou 67,8 milhões no mesmo ano. Em termos absolutos, entre 2021 e 2022, 5,9% da população brasileira vive em extrema pobreza (linha US\$ 2,15 PPC³²⁸), o que equivale a 12,6 milhões de brasileiros.

³²⁶DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Análise Cesta Básica*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 05 set. 2024.

³²⁷De acordo com o IBGE: “Como o Brasil não possui uma linha oficial de pobreza, a Síntese de Indicadores Sociais tem produzido algumas linhas como forma de mostrar que a proporção de pobres varia de acordo com o critério adotado. São explorados quatro tipos de linhas, sendo três absolutas e uma relativa: • Linhas de pobreza construídas a partir de dólares diários, consagradas no nível internacional a partir de estudos feitos pelo Banco Mundial e adotadas no monitoramento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS, das Nações Unidas; • Linhas construídas a partir de proporções do salário mínimo, tradicionalmente usadas para balizar critérios de inclusão em programas sociais como, por exemplo, abaixo de $\frac{1}{4}$ e até $\frac{1}{2}$ salário mínimo per capita, para, respectivamente, conceder o Benefício de Prestação Continuada - BPC e para realizar inscrição das famílias no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico; • Linhas de referência para a concessão do benefício dos Programas Bolsa Família e Auxílio Brasil³⁴; e • Linhas adotadas, principalmente por países desenvolvidos, que consideram a contabilização da pobreza a partir de medidas relativas, como a média e a mediana.” IBGE, 2023, *op. cit.*, p. 67-68.

³²⁸Segundo informa a pesquisa do IBGE (2023, p. 69), desde o início da década de 1990, o Banco Mundial vem trabalhando na produção de metodologias para a mensuração da pobreza global. A primeira dessas medidas, publicada no World development report (1990), dessa instituição, considerava como extremamente pobres as pessoas que dispusessem de menos de US\$ 1,00 por dia, em paridade de poder de compra (PPC). (...). Essa última metodologia foi utilizada para a nova atualização da linha de extrema pobreza, em 2022, que chegou a US\$ 2,15 por dia, ao passo que as linhas intermediárias foram ajustadas para US\$ 3,65 e US\$ 6,85 por dia, considerando a atualização do PPC para padrões de 2017. *Id.*, 2023, p. 13.

Nesse ponto, é relevante destacar a significativa participação dos benefícios provenientes de programas sociais governamentais na composição da renda dos domicílios em situação de extrema pobreza (renda inferior a US\$ 2,15 PPC por dia), atingindo 67,0% em 2022. Em contraste, a renda do trabalho representou apenas 27,4% do total de rendimentos desse grupo, evidenciando o papel crucial das transferências de renda para garantir a subsistência dessas famílias.³²⁹

Os benefícios dos programas sociais governamentais, além de representarem uma parcela significativa da renda da população em extrema pobreza, têm um impacto substancial na redução dessa condição. Segundo estimativas do IBGE, em 2022, na ausência desses programas, a taxa de extrema pobreza seria aproximadamente 80% superior, elevando o percentual de 5,9% para 10,6%. Isso demonstra a relevância dessas políticas de transferência de renda na mitigação das desigualdades e na diminuição da vulnerabilidade social no Brasil.³³⁰

Com relação à moradia, o IBGE informou que em 2022, 84,7% da população brasileira residia em domicílios com abastecimento de água realizado principalmente pela rede geral de distribuição de água. Por sua vez, em 2021, 10,3% dos brasileiros com 15 anos ou mais de idade declaravam se sentir inseguros ou muito inseguros em seu domicílio, e 26,8% declaravam se sentir inseguros ou muito inseguros no Bairro onde se localiza seu domicílio.³³¹

Com relação à educação³³², a pesquisa indicou que o acesso à creche para crianças de 0 a 3 anos permaneceu estatisticamente estável entre 2019 e 2022, variando de 35,5% para 36%, o que interrompeu a tendência de expansão da oferta de ensino observada antes de 2019. Já para o grupo de 4 a 5 anos, que marca o início da obrigatoriedade do ensino na educação básica, houve uma queda de 1,2 ponto percentual na frequência escolar, passando de 92,7% em 2019 para 91,5% em 2022. Esses dados sugerem que a pandemia de COVID-19 provocou um retrocesso no acesso à educação, impacto que ainda não havia sido revertido em 2022, mais de dois anos após o início da crise sanitária no Brasil. Em contrapartida, os grupos de 6 a 14 anos, com acesso escolar praticamente universalizado, e o de 18 a 24 anos não apresentaram variações significativas no mesmo período.

³²⁹IBGE, 2023, *op. cit.*, p. 77.

³³⁰*Id.*, 2023, p. 78.

³³¹*Id.*, 2023, p. 94.

³³²A principal fonte de dados é o módulo anual de Educação da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, do IBGE, cujas informações passaram a ser coletadas no segundo trimestre do ano civil, a partir de 2016. Como consequência da pandemia de COVID-19, houve suspensão temporária da aplicação do módulo ampliado de Educação nos anos de 2020 e 2021. *Id.*, 2023, p. 97.

A pesquisa revelou ainda que houve um aumento percentual no grupo das crianças de 4 a 5 anos, que não frequentavam escola por falhas na oferta de educação básica obrigatória, tais como: falta de vagas; falta de escolas; distância excessiva ou insegurança da escola; e condições financeiras insuficientes dos pais ou responsáveis para manter a criança na escola, como falta de dinheiro para pagar mensalidade, transporte, material escolar etc.³³³

A ausência de serviços básicos essenciais, como o acesso à educação, reflete a ineficiência do Estado em garantir direitos fundamentais previstos na Constituição, particularmente o direito à educação infantil. A pesquisa do IBGE comprova a insuficiência do Estado em prover as condições mínimas para o exercício pleno do direito à educação a todos os brasileiros, evidenciando os limites impostos pela teoria da reserva do possível. Embora o direito à educação seja um dever constitucional, a escassez de recursos e a falta de políticas públicas eficazes impedem que ele seja garantido universalmente, em particular para as camadas mais vulneráveis da população.

Com base nos dados do IBGE, em 2022, aproximadamente 9,8 milhões de jovens entre 15 e 29 anos haviam abandonado a escola sem concluir a educação básica. Dentre esses, 462 mil tinham entre 15 e 17 anos; 4,7 milhões estavam na faixa etária de 18 a 24 anos; e 4,6 milhões tinham entre 25 e 29 anos. Entre os jovens de 15 a 29 anos que não completaram a educação básica, a maioria (65,7%) não chegou a cursar o ensino médio, sendo que 42,5% não concluíram o ensino fundamental e 23,2% o completaram. A maior parte dos jovens de 15 a 17 anos que abandonaram os estudos sem concluir a educação básica não completou o ensino fundamental (53,3%), e 22,2% terminaram apenas esse nível, totalizando 75,5% que não ingressaram no ensino médio. No grupo de 18 a 24 anos, que já deveria ter completado o ensino médio, 61,2% deixaram a escola sem sequer iniciar esse nível de ensino.³³⁴

Outrossim, de acordo com o módulo ampliado de Educação da PNAD Contínua 2022, 46,8% das pessoas com 25 anos ou mais não haviam concluído a educação básica obrigatória, que é um direito constitucional garantido pelo Estado brasileiro a todos os cidadãos. Desse total, 34,0% não concluíram o ensino fundamental, e 12,8% não finalizaram o ensino médio. Apenas 19,2% das pessoas nessa faixa etária haviam completado o ensino superior, enquanto 34,0% concluíram o ensino médio. No Brasil, 41,5% das pessoas entre 25 e 64 anos não haviam finalizado a escolaridade básica obrigatória, ou seja, o ensino médio, em 2022, mais que o dobro da média dos países da OCDE, que foi de 20,1% para o mesmo grupo etário em 2021, conforme o relatório "*Education at a Glance 2022: OECD Indicators*". Esse resultado

³³³IBGE, 2023, *op. cit.*, p. 100-101.

³³⁴*Id.*, 2023, p. 108.

coloca o Brasil com uma porcentagem de pessoas sem ensino médio superior a países da América Latina como Colômbia (37,9%), Argentina (33,5%) e Chile (28,0%).³³⁵

O estudo do IBGE prova a precariedade das condições de vida de parte significativa da população brasileira, bem como reflete a ausência de direitos fundamentais básicos, especialmente em áreas como educação, saneamento básico, renda mínima e moradia. Como visto, a taxa de analfabetismo ainda afeta 5,6% da população com 15 anos ou mais, sendo mais alta nas faixas etárias mais avançadas e nas regiões mais pobres. Ademais, a pobreza extrema ainda afeta 5,9% da população, enquanto 31,6% vivem abaixo da linha da pobreza. Esses dados indicam a grande demanda de serviços e bens públicos, bem como a carência de políticas públicas que efetivamente garantam os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Em contrapartida, a noção de escassez está diretamente relacionada a essas necessidades, sendo inversamente proporcional a elas. Os recursos disponíveis para atender a essas demandas são inegavelmente limitados, o que impõe desafios à plena satisfação das necessidades humanas.³³⁶

5.1.2 Panorama econômico brasileiro

A pandemia de covid-19 impactou um Brasil que já enfrentava uma delicada situação fiscal. Entre dezembro de 2013 e dezembro de 2015, a dívida pública bruta teve um aumento significativo, passando de 51,5% para 65,5% do PIB. Paralelamente, o resultado fiscal primário do governo federal sofreu uma drástica mudança: a média de +2% do PIB registrada entre 2005 e 2011 se reverteu para -2% em 2015. No final de 2018, 14 dos 27 estados brasileiros enfrentavam dificuldades financeiras severas, sem recursos suficientes para honrar compromissos previamente assumidos.³³⁷

Do ponto de vista macroeconômico, a partir de 2014, o Brasil experimentou a aceleração da inflação, o aumento da incerteza e dos juros, a queda dos investimentos e o mergulho do país em uma recessão, que durou até 2016 e reduziu o PIB per capita em 8,6%. A partir de 2017, a economia brasileira iniciou uma tímida recuperação, impulsionada por

³³⁵IBGE, 2023, *op. cit.*, p. 114.

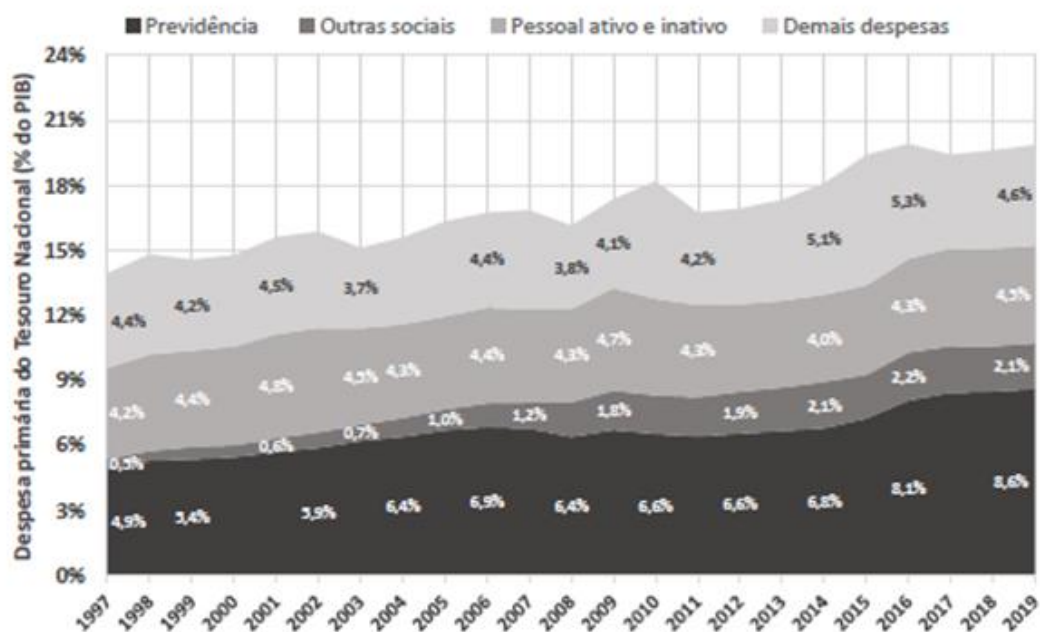
³³⁶NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 26.

³³⁷ LISBOA, M.; MENDES, M. *Intensificação da crise fiscal. INSPER*. Legado de uma pandemia: 26 vezes conversam sobre os aprendizados para política pública / Organizadora Laura Muller Machado. Rio de Janeiro, RJ: Autografia, 2021, P. 151. Disponível em: <https://repositorio.insper.edu.br/entities/publication/2435fe8c-d18b-4835-b254-a2033e30335d>. Acesso em 05 set. 2024.

ajustes nas políticas fiscal e monetária. No entanto, as profundas distorções acumuladas ao longo da década anterior, muitas das quais ainda estavam em vigor — como as desonerações seletivas sobre a folha de pagamento e as barreiras comerciais não tarifárias —, limitaram o crescimento econômico a uma taxa média de cerca de 1% ao ano. Foi nesse contexto de retração seguida por estagnação que o Brasil foi atingido pela pandemia de covid-19.³³⁸

No Brasil, a tarefa de reduzir os gastos públicos tornou-se extremamente difícil, considerando que 90% das despesas primárias são de caráter obrigatório, especialmente relacionadas a salários e aposentadorias, os quais, de acordo com a Constituição, não podem ser diminuídos. Outrossim, uma parcela significativa dessas despesas é indexada a índices de correção que aumentam a uma taxa superior à inflação. Como consequência, a despesa primária do governo federal, que correspondia a 14% do PIB em 1997, atingiu 20% do PIB em 2019, conforme ilustrado na Figura abaixo:

³³⁸ LISBOA; MENDES, 2021, *op. cit.*, p. 152.

Figura 2 - Despesa primária do Tesouro Nacional (% do PIB)³³⁹

Atualmente, a maior parte da dívida pública brasileira é de natureza interna³⁴⁰, composta por títulos emitidos no mercado financeiro. Durante a pandemia de covid-19, o endividamento público teve um aumento expressivo, ultrapassando R\$ 1,3 trilhão entre janeiro de 2021 e janeiro de 2022, devido à necessidade de maior gasto público para mitigar os efeitos da crise sanitária.³⁴¹

Nesse ponto, cumpre mencionar a crítica feita por Caliendo³⁴²:

Por exemplo, no caso brasileiro, assume espetacular obstáculo à realização dos direitos fundamentais sociais a monumental dívida pública nacional. É para lá que são carreados os parques e fundamentais recursos necessários para garantir nosso desenvolvimento social. (...)

³³⁹ INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (IFI). *Relatório de Acompanhamento Fiscal*. Brasília: Senado Federal, 15 set. 2022. n. 56. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle>. Acesso em: 13 set. 2024.

³⁴⁰A dívida pública também pode ser externa, quando instituições multilaterais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), por exemplo, fazem empréstimos ao Brasil. Atualmente, porém, a dívida externa brasileira é composta por empréstimos feitos em instituições privadas em moeda estrangeira e corresponde a uma fração bem menor do que já foi no passado. Nos anos 1980, com crises nos países em desenvolvimento, a dívida externa brasileira chegou a ser considerada a maior do mundo. Fonte: <https://www.insper.edu.br/pt/noticias/2023/3/divida-publica-brasileira-cresceu-mais-de-1-3-trilhao-de-reais-d#:~:text=O%20total%2C%20de%20cerca%20de,tomados%20em%20institui%C3%A7%C3%B5es%20financeiras%20p%C3%BAblicas>.

³⁴¹Disponível em: <https://www.insper.edu.br/pt/noticias/2023/3/divida-publica-brasileira-cresceu-mais-de-1-3-trilhao-de-reais-d#:~:text=O%20total%2C%20de%20cerca%20de,tomados%20em%20institui%C3%A7%C3%B5es%20financeiras%20p%C3%BAblicas>. Acesso em 06.09.2024.

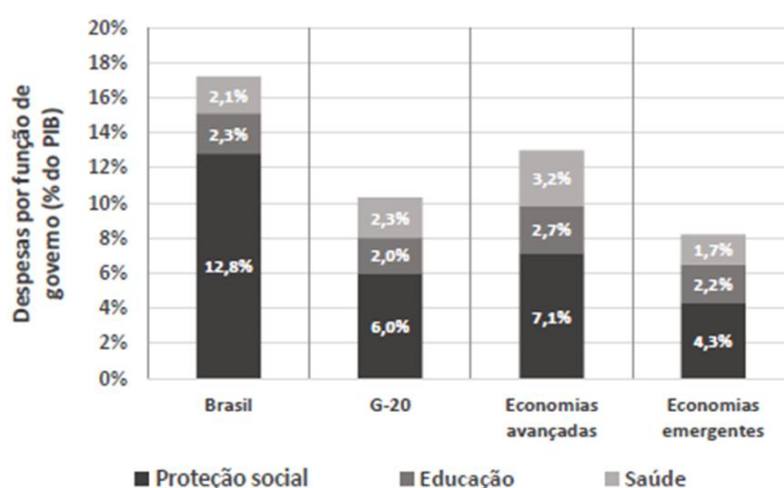
³⁴² CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 205.

Assim, se fizermos uma breve comparação entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que gasta pagando a dívida pública veremos que existe uma reserva do possível geral no Brasil que impede os gastos sociais que se chama dívida pública. Enquanto não houver solução para este problema não haverá como reduzir o esforço fiscal do Estado, a carga tributária e o nanismo nos investimentos sociais. Não se trata, contudo, de um fenômeno novo, mais de uma servidão iniciada há muito tempo, que impede o desenvolvimento nacional e social.

Quando as despesas do governo excedem sua arrecadação, o Estado é obrigado a buscar recursos adicionais para financiar os gastos que ultrapassam os recursos disponíveis, a fim de evitar a interrupção de investimentos e a prestação dos serviços públicos essenciais. Nessa senda, o total da dívida do governo federal, segundo dados do IBGE, atinge aproximadamente R\$ 7,9 trilhões, o que equivale a 79% do PIB nacional. Esse valor reflete a soma de todos os empréstimos contratados pelo governo, incluindo aqueles obtidos junto ao setor privado e às instituições financeiras públicas.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o Brasil destina uma parcela do PIB a políticas sociais superior à de muitas economias avançadas. A Figura abaixo apresenta uma comparação internacional das despesas do governo central, excluindo os gastos de estados e municípios, em políticas sociais³⁴³. Esses dados foram compilados pelo Tesouro Nacional, seguindo a metodologia da OCDE, conhecida como "Classification of the Functions of Government" (Cofog).

Figura 3 - Despesas por função de governo: 2018 (% do PIB)³⁴⁴



³⁴³As despesas com "proteção social" são aquelas voltadas a idosos, deficientes, famílias, crianças e desempregados. Incluem ainda políticas habitacionais e todas as atividades de assistência social.

³⁴⁴IFI, 2022, *op. cit.*

Ao considerar três áreas principais — proteção social, saúde e educação —, o Brasil gasta proporcionalmente mais do que outros grupos de países em relação ao PIB. A maior disparidade ocorre na área de proteção social, influenciada não apenas pelos custos da previdência, mas também por programas sociais de alto custo, como o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o seguro-desemprego.³⁴⁵

Cumprir registrar que entre 2021 e 2022, houve redução de pessoas em situação de extrema pobreza no Brasil (linha US\$ 2,15 PPC), com queda de 3,1 pontos percentuais, atingindo 5,9% da população neste último ano. Em termos absolutos, representou uma redução de 6,5 milhões de pessoas extremamente pobres, em virtude do aumento dos recursos e valores dos benefícios direcionados às famílias pobres pelo Auxílio Brasil e o Auxílio Emergencial 2021³⁴⁶. Apesar do aumento significativo nos gastos com políticas sociais, a redução no percentual da população vivendo abaixo da linha da pobreza no Brasil foi inferior à observada em países comparáveis.³⁴⁷

Ao tratar da crise fiscal no Brasil, Marcos Lisboa e Marcos Mendes, pesquisadores do INSPER, afirmam:

Criamos um Estado que é um eficiente transferidor de rendas para os servidores, para os aposentados e pensionistas, para os beneficiários de política sociais (que não necessariamente são os mais pobres) e para os clientes dos programas de crédito subsidiado. Mas, ao mesmo tempo, esse Estado é ineficiente em entregar serviços públicos essenciais e de qualidade, como saúde, segurança, educação e infraestrutura; além de não conseguir reduzir sistematicamente a desigualdade e a pobreza.

Em maio de 2024, o Brasil registrou um *déficit* nominal próximo ao observado no período mais crítico da pandemia de covid-19. As enchentes no Rio Grande do Sul, com seus impactos econômicos, tendem a agravar ainda mais os gastos públicos. Ademais, a expansão dos programas sociais e a suspensão temporária do pagamento da dívida do Estado devem elevar a dívida bruta do governo, que, em março, já correspondia a 75,7% do Produto Interno Bruto (PIB).

A situação dos Estados também é preocupante. Um estudo feito pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN)³⁴⁸, a partir de dados publicados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), revela que 22 estados e o Distrito Federal, das 27 unidades da federação, deverão enfrentar déficit orçamentário em 2024, somando um saldo

³⁴⁵ LISBOA; MENDES, 2021, *op. cit.*, p. 154.

³⁴⁶ IBGE, 2023, *op. cit.*, p. 72.

³⁴⁷ LISBOA; MENDES, 2021, *op. cit.*, p. 155.

³⁴⁸ Disponível em: <https://firjan.com.br/publicacoes/publicacoes-de-economia/a-situacao-fiscal-dos-estados-1.htm>. Acesso em 06.09.2024.

negativo de R\$ 29,3 bilhões. Segundo a Firjan, as despesas devem aumentar em 7% no ano, enquanto as receitas devem crescer apenas 3,2%. O estado do Rio de Janeiro apresenta a pior projeção, com um possível déficit de R\$ 10,4 bilhões, seguido por Minas Gerais (-R\$ 4,2 bilhões), Ceará (-R\$ 4,0 bilhões), Paraná (-R\$ 3,5 bilhões) e Rio Grande do Sul (-R\$ 3,1 bilhões). De acordo com o estudo, apenas 4 estados não preveem saldo negativo este ano: São Paulo, Amapá, Espírito Santo e Mato Grosso.

De acordo com a análise realizada, a percepção de risco fiscal é compartilhada por todas as unidades da federação. Esse cenário decorre de uma combinação de fatores que culminou em uma armadilha fiscal, caracterizada pelo baixo crescimento das receitas e pelo aumento das obrigações financeiras.

De fato, durante a pandemia de covid-19 foram implementadas medidas para priorizar os gastos voltados ao enfrentamento da crise sanitária. Entre essas ações, destacam-se a suspensão dos pagamentos da dívida com a União e a limitação do crescimento das despesas com pessoal. Essas medidas abriram espaço no orçamento, permitindo o direcionamento de recursos para outras demandas da população, como os investimentos públicos em saúde. No entanto, a restrição das despesas com pessoal vigorou apenas até dezembro de 2021. Além disso, a mudança na política de valorização do salário-mínimo e o reajuste dos pisos salariais em diversas carreiras contribuíram para o aumento das despesas obrigatórias.

No estudo, a FIRJAN destaca que a elevada rigidez orçamentária é um dos principais obstáculos à sustentabilidade das contas públicas. De acordo com a análise, em 2023, quase 50% do orçamento das unidades da federação foi destinado ao pagamento de despesas com pessoal, que não podem ser ajustadas em períodos de menor arrecadação, além dos juros e amortizações da dívida, ambos de caráter obrigatório. Em estados como Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul, esse percentual ultrapassou 70%. Esse nível de rigidez orçamentária compromete os investimentos, como ocorreu em 2023, quando o investimento por habitante foi de R\$ 171 no Rio Grande do Norte e R\$ 460 no Rio Grande do Sul.

A FIRJAN também observa que a reforma previdenciária não foi suficiente para assegurar o equilíbrio fiscal. Em 2022, o déficit previdenciário das unidades da federação atingiu R\$ 86,1 bilhões. Além disso, os benefícios da reforma tributária só serão perceptíveis a médio prazo. Nesse contexto, a Firjan ressalta a importância de regras específicas para os regimes próprios de previdência, adaptadas à realidade de cada estado, e a necessidade de uma reforma administrativa, incluindo os estados, para ajustar os custos com pessoal à realidade econômica e social. Também é crucial discutir soluções eficazes para o elevado

endividamento de alguns entes, como o Rio de Janeiro, além de estabelecer regras claras de responsabilidade fiscal.

A análise do panorama socioeconômico do Brasil revela um cenário marcado por desafios estruturais e conjunturais que afetam diretamente a capacidade do Estado de atender às demandas sociais da população. A desaceleração econômica e o consequente aumento do endividamento público comprometem a sustentabilidade das contas públicas, sobretudo devido à rigidez orçamentária e ao crescimento das despesas obrigatórias, como salários e previdência social.

Esses fatores resultam em uma armadilha fiscal, onde os recursos são insuficientes para atender às crescentes demandas sociais e às obrigações financeiras. No âmbito federal, como visto, a dívida pública brasileira atingiu 79% do PIB em 2024, reflexo da contínua necessidade de financiamento das despesas públicas, agravada pelas recentes crises, como a pandemia de covid-19 e as enchentes no Rio Grande do Sul. Durante a pandemia, políticas como a suspensão de dívidas e a limitação de despesas com pessoal criaram espaço fiscal temporário para investimentos em saúde, mas o retorno das obrigações em 2022 agravou a situação fiscal.

Portanto, a crescente pressão sobre as finanças públicas, somada à rigidez das despesas, impede que o Estado amplie de forma significativa seus investimentos sociais, destacando a importância de escolhas alocativas e a reformas estruturais para garantir a sustentabilidade fiscal e a eficácia das políticas públicas³⁴⁹. Esse cenário reforça a relevância da teoria da reserva do possível, que reconhece a limitação dos recursos públicos na garantia de direitos sociais.

Além disso, fatores como a alta carga tributária e a baixa eficiência do sistema de arrecadação limitam a capacidade do governo de expandir os investimentos sociais. Esse contexto fiscal adverso, agravado pela pandemia de covid-19, evidencia a dificuldade do Estado em garantir a prestação de serviços públicos essenciais e o cumprimento de direitos sociais em um cenário de escassez de recursos.

Nesse sentido, a adoção da teoria da reserva do possível no Brasil torna-se crucial para compreender as limitações práticas impostas ao Estado. Tal teoria sustenta que a realização de direitos sociais deve ser condicionada à disponibilidade de recursos financeiros, uma vez que, em um ambiente de crise fiscal, o governo enfrenta dificuldades para atender a todas as

³⁴⁹ LISBOA, M.; MENDES, M.; MACHADO, L. M.; BARROS, R. P.; BOTELHO, V. *Uma agenda econômica pós-pandemia: parte I – qualidade do gasto público e tributação*. São Paulo: Insper, 2020. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Uma-agenda-econ%C3%B4mica-p%C3%B3s-pandemia-parte-I-1.pdf>>. Acesso em: 06.09.2024.

demandas sociais. O equilíbrio entre a garantia de direitos e a escassez de recursos exige uma abordagem pragmática, reconhecendo a necessidade de reformas estruturais, como a tributária e a administrativa, para que o Estado possa ajustar suas despesas obrigatórias à realidade econômica e, ao mesmo tempo, cumprir suas obrigações constitucionais.

5.2 A ADOÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

Após a criação jurisprudencial pelo Tribunal Constitucional Alemão, a teoria da reserva do possível foi empregada em diversos países, no sentido de limitação à efetivação de prestação material de determinados direitos sociais, a depender da real disponibilidade financeira por parte do Estado.

Em Portugal, por exemplo, o professor José Joaquim Gomes Canotilho³⁵⁰, crítico da referida teoria, destaca:

(...) rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social.

Em contraponto, Ricardo Lobo Torres assevera que a expressão reserva do possível “vem sendo utilizada em Portugal, sem distorções, embora com a discordância dos juristas adeptos da Constituição Dirigente”³⁵¹, fazendo uma clara referência ao professor Canotilho e sua *magnum opus* Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.

No contexto brasileiro, vale observar que Ingo Sarlet³⁵² reconhece a recepção da teoria da reserva do possível pela doutrina, nos seguintes termos:

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu "custo" assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

³⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 9 ed. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 481.

³⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 104.

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 ago. 2024.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo³⁵³, partindo das noções desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no paradigmático caso *numerus clausus*, sustentam que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que abrange:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

No direito brasileiro, portanto, a reserva do possível abrange limitações derivadas tanto da escassez real ou econômica — que representa uma limitação material à efetivação dos direitos prestacionais — quanto da escassez ficta ou jurídica — que se traduz em uma restrição jurídica à realização desses direitos. Além disso, envolve a necessária observância dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade da prestação demandada, os quais influenciam diretamente sua exigibilidade.

Nesse sentido, a reserva do possível constitui espécie de limite fático e jurídico dos direitos fundamentais. Importante destacar a ressalva no sentido de que a reserva do possível pode atuar como garantia dos direitos fundamentais em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação — desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais — da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Por sua vez, Ricardo Lobo Torres³⁵⁴ diferencia a reserva do possível do que ele chama de reserva orçamentária:

Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao

³⁵³ SARLET, 2010, *op. cit.*, p. 189.

³⁵⁴ TORRES, 2009, *op. cit.*, p. 83.

Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.

Como visto, mesmo o mínimo existencial deve observar a reserva do orçamento. Nesse sentido, o autor³⁵⁵ critica de forma contundente a recorrente prática do Poder Judiciário ao proferir decisões que concedem direitos, sem a devida análise das questões orçamentárias, do equilíbrio financeiro global, e sem verificar a disponibilidade de recursos necessários para a efetivação desses direitos. Além disso, destaca a ausência de atenção às políticas públicas delineadas no plano plurianual.

O autor também faz uma distinção importante entre direitos sociais e direitos fundamentais sociais, identificando estes últimos como aqueles que garantem o mínimo existencial. Para ele³⁵⁶, os direitos fundamentais sociais não podem estar condicionados à “reserva do possível”, por constituir o mínimo existencial à sobrevivência e à dignidade humana. Apenas os direitos sociais (não fundamentais) podem estar sujeitos à reserva do possível:

Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a "reserva do possível" ou da "soberania orçamentária do legislador" ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos. (...) A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

Nesse ponto, Paulo Pimenta³⁵⁷ observa que a efetivação de direitos fundamentais pode colidir com princípios constitucionais orçamentários. Nesse caso, aponta o autor, não há como negar que o único caminho existente para resolver esse problema é defender a aplicação da ponderação, do sopesamento entre princípios. Assim, a reserva do possível não significa ineficácia dos direitos fundamentais sociais. De fato, existem casos de conflitos entre os direitos sociais e os princípios orçamentários, em que haverá necessidade de uma ponderação entre eles, com base na proporcionalidade.

Robert Alexy³⁵⁸, um dos principais teóricos da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais, ao analisar a aplicação da reserva do possível no Brasil, também defende a ponderação entre os princípios em casos de conflitos entre direitos fundamentais consagrados por normas principiológicas.

³⁵⁵ *Id.*, 2009, p. 83.

³⁵⁶ *Id.*, 2009, p. 81.

³⁵⁷ PIMENTA, 2012, *op. cit.*, p. 20.

³⁵⁸ ALEXY, 2011, *op. cit.*, p. 76.

Por sua vez, o professor Virgílio Afonso da Silva³⁵⁹ (2010, p. 205) entende que um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. Para o autor, o conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Assim, mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.

Na visão do professor Virgílio³⁶⁰, a ideia de reserva do possível “pode ser um primeiro passo para uma proteção mais eficiente, ou, pelo menos, para uma maior transparência no trato dos direitos sociais”, pois, ao reconhecer a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso, exige-se que tais restrições sejam fundamentadas, o que permitiria um maior controle dos órgãos públicos em tema de realização de direitos fundamentais.

Ricardo Torres³⁶¹ sustenta que o Brasil adotou a reserva do possível fática, com uma nítida mudança de interpretação do paradigma alemão. “Denota a confusão com o limite (fático) do limite (reserva do orçamento), que opera dentro do âmbito de proteção do mínimo existencial e não é meramente heurístico”.

De fato, a análise da doutrina brasileira revela que a expressão "reserva do possível" tem sido amplamente utilizada para se referir a qualquer limitação à concretização de direitos fundamentais sociais, baseada na escassez de recursos. Essa escassez pode ser entendida tanto como a falta ou insuficiência real de recursos econômicos quanto como a indisponibilidade jurídica desses recursos, devido às restrições impostas pela legislação orçamentária.

Na visão de Sgarbossa³⁶², essa interpretação diverge significativamente do modelo original, especialmente quando se consideram, de forma comparativa, os contextos histórico, econômico, social, político-filosófico e jurídico do país de origem em relação aos variados contextos dos países onde o modelo é aplicado, como é o caso do Brasil.

5.3. CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL

Faz-se necessário apresentar algumas especificações sobre o conceito de reserva do possível para que o presente estudo possa avançar de maneira adequada. Para isso, será feita

³⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

³⁶⁰ SILVA, 2010, *op. cit.*, p. 250-251.

³⁶¹ TORRES, 2009, *op. cit.*, p. 110.

³⁶² SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Volume I – Reserva do Possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 148.

uma análise do conteúdo originário desse conceito, com base na doutrina e jurisprudência alemãs, a fim de estudar posteriormente as suas formulações em âmbito nacional. Ademais, revela-se imprescindível aprofundar a distinção entre as dimensões fática, jurídica e negativa — aspecto essencial para a compreensão da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível, como originariamente formulada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, especialmente nos precedentes relacionados ao *numerus clausus* I e II, é compreendida como o limite imposto pela razoabilidade. Trata-se daquilo que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade, uma ideia presente de forma explícita no referido precedente e amplamente reproduzida na doutrina alemã por autores como Robert Alexy³⁶³ e Reinhard Gaier³⁶⁴.

O ponto central das decisões do Tribunal Constitucional alemão, como já discutido, reside na concepção racional dos direitos sociais, destacando-se elementos fundamentais como a razoabilidade e a proporcionalidade. Esses princípios, profundamente enraizados na jurisprudência do Bundesverfassungsgericht, também são abordados por doutrinadores nacionais como Ingo Wolfgang Sarlet e Ana Carolina Lopes Olsen. Nesse contexto, a escassez de recursos surge como uma questão secundária, uma vez que o foco principal é a necessidade de um equilíbrio na alocação de recursos diante do aumento das demandas por direitos sociais, conforme exigido constitucionalmente.

Por sua vez, Fabiana Okchstein³⁶⁵, ao tratar da origem do termo, ensina que a reserva do possível deriva de prescrição expressa do art. 109, § 2º, da Lei Fundamental: "*Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen*" (A Federação e os Estados devem tomar em consideração no seu regime orçamentário as exigências do equilíbrio da economia no seu conjunto).

Na visão da autora³⁶⁶, a Constituição de 1988 não contém uma previsão explícita sobre a reserva do possível, limitando-se a determinar, de forma pontual, a destinação de percentuais da arrecadação tributária para áreas específicas, como saúde e educação. Em contraste, no caso alemão, a reserva do possível está intimamente relacionada a um dispositivo da Lei Fundamental que exige que o orçamento reflita todas as obrigações do Estado. Assim, dado que a Constituição de 1988 não apresenta uma disposição similar, a

³⁶³ ALEXY, 2009 *op. cit.*, p. 515.

³⁶⁴ GAIER, 2013, *op. cit.*, p. 367.

³⁶⁵ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 74.

³⁶⁶ *Id.*, 2011, p. 76.

autora afirma que é duvidoso compreender a reserva do possível no direito constitucional brasileiro da mesma forma como foi formulada e desenvolvida na doutrina e jurisprudência alemãs”³⁶⁷.

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, ao tratar sobre as diretivas constitucionais para o equilíbrio orçamentário, afirma que “a CF 88 fez a opção pelo princípio do equilíbrio econômico, sob a reserva do possível”. Na visão do autor, a Constituição de 1988 adotou, de forma inequívoca, o princípio da necessidade de equilíbrio orçamentário, a ser implementado por meio da legislação ordinária. No entanto, não conferiu a esse princípio uma eficácia estritamente vinculante, uma vez que possibilitou o endividamento público, embora de forma controlada e limitada.³⁶⁸

Não há uma uniformidade doutrinária sobre o conceito reserva do possível no Brasil. Como observado por Ana Carolina Lopes Olsen e Ricardo Lobo Torres, a transposição do conceito de reserva do possível para o debate jurídico brasileiro implicou em uma alteração de seu sentido original. O enfoque na escassez de recursos e nos custos dos direitos tem ganhado destaque na doutrina nacional, desviando-se, em certa medida, da formulação original que privilegiava a razoabilidade e a proporcionalidade.

Ana Paula de Barcellos ressalta que “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”³⁶⁹ Andreas Krell, por sua vez, descreve a reserva do possível como uma teoria que condiciona a prestação material dos serviços públicos à disponibilidade de recursos financeiros. Essa disponibilidade, bem como sua aplicação, são questões que recaem no âmbito da discricionariedade administrativa e das decisões legislativas, sendo verificadas por meio da elaboração e execução dos orçamentos públicos.³⁷⁰

Paulo Pimenta ensina que o núcleo da teoria da reserva do possível está no reconhecimento da existência de limitações orçamentárias à realização das pretensões

³⁶⁷ Para a autora, a reserva do possível é argumento que só pode ser aceito excepcionalmente, pois não configura regra. Nesse ponto, importante observar que autora reconhece ser indiscutível que a concretização de todos os direitos fundamentais está condicionada a fatores econômicos e à disponibilidade orçamentária, de modo que a escassez de recursos pode representar um limite real à sua plena efetivação, especialmente no caso dos direitos de natureza prestacional. No entanto, ao reconhecer os direitos sociais como direitos fundamentais, a autora entende que o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade de garantir sua implementação. Isso implica que a atuação estatal deve ser orientada prioritariamente para a realização desses direitos, independentemente das limitações financeiras existentes. *Id.*, 2011, p. 76.

³⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. 5. O Orçamento na Constituição. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 182.

³⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.261.

³⁷⁰ KRELL, 2002, *op. cit.*, p. 52.

asseguradas por dispositivos constitucionais, com a admissão de que cabe ao legislador realizar a escolha das prioridades, em razão da competência constitucional para elaborar o orçamento. E assim conceitua³⁷¹:

Destarte, nasceu a teoria da reserva do possível, ratificada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em julgados posteriores, a qual corresponde à ideia de que a efetivação de direitos constitucionais sociais submete-se à reserva da capacidade financeira do Estado, pois depende de prestações financiadas pelos cofres públicos. Essa disponibilidade financeira deve ser avaliada pelo Poder Legislativo, pois é o órgão que detém competência constitucional para elaborar o orçamento público. É ele quem decide, assim, o que corresponde a uma exigência razoável, suscetível de ser atendida pelo orçamento.

Ao final, o autor afirma que o significado dessa construção jurisprudencial é que os direitos previstos nas normas em análise (programáticas, inclusive os direitos fundamentais sociais) são considerados direitos *prima facie*, o que implica a necessidade de ponderação entre eles. Assim, em situações específicas, um princípio orçamentário poderá prevalecer sobre um direito fundamentado em princípios derivados de normas programáticas, dependendo das circunstâncias do caso.

Ana Carolina Lopes Olsen, em sua obra sobre a efetividades dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível, afirma que a teoria de origem alemã constitui restrição aos direitos fundamentais e possui uma dupla dimensão. Na visão da autora:³⁷²

“A reserva do possível acaba por possuir uma dimensão preponderantemente jurídica, sendo restrição aos direitos fundamentais sujeita a um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo, bem como uma dimensão especialmente fática, de aproximação da tutela desses direitos à realidade concreta da realidade em que há bens escassos. Não se aplica, de forma alguma, a prestações materiais determinadas pela Constituição, de responsabilidade do Estado, que impliquem a negação das "necessidades humanas fundamentais". É preciso ter em conta que o Direito não é refém da Economia, mas em sendo ambas ciências sociais aplicadas, dialogam entre si, e se autoimplicam numa relação de recíproca determinação.”

Por fim, Ingo Sarlet, após defender a relevância econômica dos direitos sociais prestacionais, no sentido de que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da já citada obra de Holmes e Sunstein, são, de certo modo, sempre direitos positivos, indica que a reserva do possível possui uma dimensão tríplice³⁷³:

³⁷¹ PIMENTA, 2012, *op. cit.*, p. 13.

³⁷² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 247.

³⁷³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 287.

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

A reserva do possível constitui, na visão do referido autor, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, como por exemplo, “na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.³⁷⁴

Nesse sentido, a visão de autores que reduzem a reserva do possível à mera questão de escassez de recursos apresenta limitações ao desconsiderar a complexidade e a múltiplas dimensões desse conceito. Embora seja inegável que os recursos públicos sejam finitos e que as demandas sociais sejam amplas, essa interpretação excessivamente econômica coloca em segundo plano a obrigação estatal de buscar a concretização dos direitos fundamentais e os conflitos existentes entre eles.

Por outro lado, a visão mais acertada sobre a reserva do possível e na linha defendida neste trabalho, reconhece que o conceito vai além das limitações fáticas e jurídicas. Nesse sentido, a reserva do possível deve ser compreendida dentro de uma lógica de ponderação entre os direitos fundamentais, pois a efetivação dos direitos não pode ser limitada apenas pela disponibilidade orçamentária, devendo ser submetida a padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Assim, a reserva do possível deve ser vista como uma ferramenta para equilibrar os direitos e as obrigações estatais, garantindo que as necessidades humanas fundamentais sejam atendidas, respeitando tanto as restrições financeiras quanto os compromissos constitucionais de proteção aos direitos sociais.

Ante o exposto, os itens seguintes serão dedicados a esclarecer as três dimensões abrangidas pela reserva do possível.

5.3.1 Dimensão fática: Inexistência de recursos

³⁷⁴ *Id.*, 2009, p. 288.

Conforme já visto, a reserva do possível está fundamentada na ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida.

Ana Carolina assevera que o aspecto que assume maior relevância na discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais diz respeito à existência dos recursos materiais. Segundo esclarece a autora³⁷⁵:

Esta existência de recursos materiais está relacionada a dois aspectos: a disponibilidade fática do meio necessário à realização do direito, e a disponibilidade jurídica deste meio. O objeto previsto na norma deve estar disponível para o agente público destinatário da obrigação, ou seja, os meios necessários à realização da prestação normativamente prevista devem estar disponíveis, tanto fática, quanto juridicamente. Não basta a existência dos recursos, o Estado deve ter a capacidade jurídica para deles dispor.

Nesse sentido, a dimensão fática tem sido empregada como sinônimo de (in)existência de recursos para a realização dos direitos prestacionais.

José Reinaldo de Lima Lopes argumenta que a prestação de serviços públicos está condicionada à existência real dos recursos necessários. O autor sustenta que a limitação econômica está diretamente relacionada à escassez de recursos, a qual, por sua vez, decorre das desigualdades sociais, conforme se pode deduzir³⁷⁶:

A impossibilidade econômica diz respeito à escassez e a escassez sempre quer dizer desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos. Requer-se, pois, que sejam distribuídos segundo regras e regras que pressupõem o direito igual ao bem e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de uso igual e simultâneo. Há impossibilidade econômica quando, a despeito de existirem condições de outra ordem para a criação do bem, por motivos variados a provisão do bem não se pode fazer sem o sacrifício de outros bens.

Fabiana Kelbert ressalta que a ausência de recursos na dimensão fática não se limita apenas aos de natureza econômica, mas abrange também a escassez de recursos humanos e materiais, como, por exemplo, a falta de médicos e leitos disponíveis em hospitais, bem como a ausência de vagas ou a insuficiência de professores no contexto do direito à educação.³⁷⁷

No mesmo sentido, Gustavo Amaral alerta:

³⁷⁵ OLSEN, 2008, *op. cit.*, p. 236.

³⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível" In: SARLET, Ingo Wolf-gang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 180-181.

³⁷⁷ KELBERT, 2011, *op. cit.*, p. 79.

Outro aspecto que nos parece não bem observado é que a escassez pode se dar não apenas quanto a recursos financeiros, mas também quanto a recursos não financeiros. Falta de especialistas, falta de equipamentos etc. Conquanto no médio-longo prazo isto seja uma questão resolvida com recursos, no curto prazo, não raro, não resolvem. Aqui a conhecida frase de Keynes, "a longo prazo todos nós estaremos mortos" assume uma realidade soturna, agravando um drama que precisa ser considerado no processo decisório.³⁷⁸

Ana Paula Olsen, por sua vez, ressalta que a dimensão econômica dos direitos fundamentais pode se manifestar de duas formas: 1) como um aspecto fático, relacionado à disponibilidade concreta do bem necessário para a satisfação do direito; ou 2) como um aspecto financeiro, que diz respeito à existência de recursos monetários (dinheiro) disponíveis ao Estado para garantir o fornecimento desse bem. Nesse segundo caso, refere-se ao "fator custo", ou seja, a efetivação dos direitos sociais está condicionada aos recursos financeiros que o Estado possui para cumprir essa função³⁷⁹.

De fato, somente é possível exigir do Estado a entrega de um determinado bem jurídico caso ele esteja disponível no momento solicitado (por exemplo, não se pode requerer um transplante de coração se o órgão necessário não estiver disponível). Do ponto de vista prático, de pouco servirá a previsão normativa ou uma técnica hermenêutica sofisticada se não houver recursos financeiros suficientes para arcar com as despesas associadas à implementação de um determinado direito subjetivo.³⁸⁰

Importa observar, nesse ponto, que Fabiana Kelbert adverte que a invocação da reserva do possível em sua dimensão fática só é legítima quando o Estado comprova de forma clara que não dispõe de recursos financeiros suficientes ou que os já disponíveis foram aplicados de maneira adequada, atendendo plenamente os objetivos e diretrizes estabelecidos pela Constituição. A simples alegação de falta de verbas não pode ser acolhida, uma vez que tal postura contraria os princípios constitucionais.³⁸¹

No mesmo sentido, Ingo Sarlet afirma que levar a sério a "reserva do possível" implica, em consonância com o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que recai sobre o poder público a responsabilidade de demonstrar, de forma inequívoca, a total ou parcial indisponibilidade de recursos, bem como a correta alocação e o uso eficiente dos recursos existentes, evitando qualquer desperdício.³⁸²

³⁷⁸ AMARAL, 2010, *op. cit.*, p. 172.

³⁷⁹ OLSEN, 2008, *op. cit.*, p. 237.

³⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

³⁸¹ KELBERT, 2011, *op. cit.*, p. 81.

³⁸² SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 356-357.

O Supremo Tribunal Federal não destoa da doutrina pátria e possui entendimento firmado no sentido de que é necessário a comprovação da efetiva impossibilidade financeira/administrativa do ente, sob pena de banalização do princípio da reserva do possível, que não pode, em hipótese alguma, servir de pretexto para o descumprimento de obrigações legais importantes para a sociedade.³⁸³

Nesse ponto, importa registrar a excelente observação de Ingo Sarlet quanto à inviabilidade fática de realizar a prestação de serviços públicos por parte do Estado, em casos extremos de calamidade pública ou situações excepcionais, como se observa do trecho abaixo³⁸⁴:

Além disso, há circunstâncias excepcionais, que, ou não podem ser imputadas diretamente ao Estado, ou, ainda que tenham ligação com ações ou omissões dos poderes públicos, geram uma situação de inviabilidade fática, resultando, dadas as circunstâncias e na sua pendência, em impossibilidade de atendimento parcial ou até mesmo integral de prestações sociais, como em hipóteses de graves calamidades. Se nestas hipóteses, que, de qualquer modo, precisam ser devidamente demonstradas, o que está em causa é a negativa da exigibilidade dos direitos sociais como tal ou simplesmente a sua falta de exequibilidade (integral ou parcial, mas sempre excepcional e temporária) é aspecto que aqui fica em aberto.

De fato, a inviabilidade do Estado em fornecer serviços públicos de maneira eficaz durante calamidades, como a pandemia da Covid-19 e as enchentes recentes no Rio Grande do Sul, expõe as limitações estruturais e a escassez de recursos. Em situações de crise extrema, o poder público enfrenta dificuldades para alocar e gerenciar adequadamente os recursos existentes, devido à alta demanda e ao caráter emergencial das necessidades³⁸⁵. A pandemia revelou como os sistemas de saúde foram rapidamente sobrecarregados, resultando em escassez de leitos e materiais essenciais, enquanto as enchentes no Sul destruíram hospitais e comprometeram o fornecimento de serviços básicos em muitas cidades³⁸⁶.

³⁸³ BRASIL. ARE 1172544 Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 13/06/2019 Publicação: 19/06/2019.

³⁸⁴ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 351.

³⁸⁵ Para se ter um exemplo, em 16 dias, durante a pandemia do COVID-19, 523 pessoas morreram por Covid-19 à espera de leitos, apenas no Estado do Paraná, de acordo com dados da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná. GLOBO. Em 16 dias, 523 pessoas morrem por Covid-19 à espera de leitos no Paraná, diz secretaria. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/03/19/em-18-dias-523-pessoas-morrem-por-covid-19-a-espera-de-leitos-no-parana-diz-secretaria.ghtml>. Acesso em 10.09.2024.

³⁸⁶ FOLHA DE S. PAULO. Enchentes alagam hospitais e devem colapsar saúde no RS. Cotidiano, 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/05/enchentes-alagam-hospitais-e-ondas-de-doencas-e-de-frio-devem-colapsar-saude-no-rs.shtml>. Acesso em: 10 set. 2024; FIOCRUZ. Observatório Covid-19 aponta maior colapso sanitário e hospitalar da história do Brasil, 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/observatorio-covid-19-aponta-maior-colapso-sanitario-e-hospitalar-da-historia-do-brasil>. Acesso em: 10 set. 2024.

No período da pandemia, diversos pacientes ingressaram com ações judiciais para assegurar vagas em leitos de UTI, diante da ausência de vagas no sistema público e privado. Para citar um exemplo, nos autos do Agravo de Instrumento n. 5038768-65.2021.8.21.7000, o desembargador João Barcelos de Souza Junior, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, negou pedido de paciente com covid-19 para conseguir vaga em leito de UTI para tratamento da doença. Ao decidir, o desembargador João Barcelos de Souza Junior afirmou:

(...) é com profunda tristeza e angústia que este recurso é recebido neste plantão judicial de Segundo Grau. O drama humano aqui relatado pode ser amanhã enfrentado por este Magistrado plantonista, assim como por qualquer outro colega de toga, já que todos da ativa ainda não foram vacinados, visto que a imunização ainda não alcançou os que estão abaixo dos 75 anos (lembrando que esta é a idade limite para a aposentadoria compulsória). Isso sem contar o que pode ser ainda pior para a maioria, ter de presenciar um ente querido nessa situação.

Esta breve explanação já está a antecipar pedido de vênias por não ter o Poder Judiciário, no presente momento, o "poder" de modificar a realidade fática da grave situação que se instaurou e que, infelizmente, salvo algum milagre, piorará nos próximos dias. Não há vagas de UTIs, estamos diante do colapso!

Diante da realidade presente não há o que possa ser determinado, pois leito vago em UTI não há, e qualquer decisão neste sentido poderá ser mal interpretada e causar mais perplexidade ainda, fazendo com que um paciente seja preterido por outro, situação que o Poder Judiciário tem de todas as formas evitar.³⁸⁷

A referida decisão foi mantida pelo desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal, nos seguintes termos:

É devastador saber que a qualquer momento estamos sujeitos à infecção por esse vírus e que não há tratamento ainda disponível para toda a população. Da mesma forma, é agonizante, tenso, doloroso ter um familiar à espera de um leito de UTI para internação, sabendo que não há disponibilidade, pois a rede hospitalar pública e privada está em colapso.³⁸⁸

Esses eventos extremos ressaltam a dificuldade do Estado em manter a prestação de serviços públicos em condições adversas. No caso das enchentes no Rio Grande do Sul, além da destruição física das infraestruturas, a necessidade de alocar recursos para a reconstrução tornou inviável a manutenção de serviços regulares. Na ocasião, municípios inteiros foram devastados, com prejuízos de longo prazo para a economia e para a vida dos cidadãos. Situações como essa mostram a necessidade de aprimorar a capacidade do Estado de reagir a desastres, seja por meio de uma gestão mais eficiente dos recursos e alocação de recursos ou

³⁸⁷ Decisão proferida nos autos do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5038768-65.2021.8.21.7000/RS.

³⁸⁸ Decisão proferida nos autos do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5038768-65.2021.8.21.7000/RS.

pela criação de mecanismos de resposta rápida e adequada, evitando a paralisia dos serviços essenciais.

Lino Munaretto³⁸⁹, ao tratar sobre a questão do direito à vacinação em meio à pandemia de COVID-19, informa que os tribunais administrativos da Alemanha começaram a receber ações em que os demandantes tentavam fazer valer seu "direito à vacinação". Em alguns casos, tratava-se de situações de extrema necessidade, nas quais o risco à saúde dos indivíduos não havia sido suficientemente considerado na ordem de priorização. Outros casos questionavam apenas o tratamento desigual: um casal de idosos, por exemplo, moveu uma ação perante o Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen alegando que pessoas da mesma idade, residentes em lares de idosos, foram vacinadas mais cedo.

Ao decidir tais casos, diversos tribunais administrativos observaram que um direito à vacinação está sujeito ao "princípio da reserva do possível" e, portanto, não pode ser exigido de forma ilimitada (Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen, decisão de 11 de janeiro de 2021; confirmado pelo Tribunal Superior Administrativo de Münster, decisão de 22 de janeiro de 2021; ver também: Tribunal Administrativo de Hannover, decisão de 25 de janeiro de 2021.³⁹⁰

Nesse ponto, Ana Paula Olsen observa que a concretização dos direitos fundamentais sociais vinculados a prestações deve levar em conta os dados da realidade. Assim, é evidente que o intérprete não pode exigir dos poderes públicos o cumprimento de demandas que sejam logicamente impossíveis, ou seja, não se pode exigir o absurdo. Assim, a autora sustenta que³⁹¹:

A escassez de recursos, neste sentido, é reconhecida como dado de realidade a ser observado quando da definição do âmbito normativo de direito fundamental social. A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como *condição de possibilidade* de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida.

Diante disso, é possível afirmar que, conforme defendem Holmes e Sunstein³⁹², levar os direitos a sério implica reconhecer o problema da escassez de recursos. A crise de

³⁸⁹MUNARETTO, Lino: Ein Recht auf Impfung?: Zwischen Teilhaberecht und dem Gebot der Kapazitätsausschöpfung, *VerfBlog*, 2021/3/04, <https://verfassungsblog.de/ein-recht-auf-impfung/>, DOI: 10.17176/20210304-110514-0. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/ein-recht-auf-impfung/>. Acesso em 10 set. 2024.

³⁹⁰ *Id.*, 2021, p. 3.

³⁹¹ OLSEN, 2008, *op. cit.*, p. 217.

³⁹² HOLMES; SUNSTEIN, 2019, *op. cit.*, p. 25.

efetividade dos direitos fundamentais, que se agrava a cada dia, está profundamente vinculada à limitação de recursos disponíveis para atender às demandas sociais. Assim, quanto menor a disponibilidade de recursos, maior é a necessidade de deliberação responsável quanto à sua alocação. Isso nos leva a refletir sobre a importância de aperfeiçoar os mecanismos de gestão democrática do orçamento público e o processo de administração das políticas públicas, tanto na atuação legislativa quanto nas esferas administrativa.

5.3.2 Dimensão Jurídica: indisponibilidade de recursos

A dimensão jurídica da reserva do possível refere-se à disponibilidade de meios e recursos para a concretização dos direitos sociais. Nesse contexto, a limitação não se dá pela inexistência dos recursos, mas sim pela sua indisponibilidade ou impossibilidade de alocação em determinados momentos ou circunstâncias. Assim, mesmo que os recursos existam, podem não estar acessíveis para serem aplicados na execução dos direitos sociais devido a restrições orçamentárias ou prioridades impostas pelo cenário econômico e administrativo.³⁹³

De igual forma, Ana Paula Barcellos esclarece que a reserva do possível jurídica não é propriamente um estado de exaustão de recursos, mas sim “a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular”³⁹⁴.

Assim, verifica-se que a simples presença de recursos não confere ao destinatário da norma que garante um direito fundamental social a prerrogativa automática de sua efetivação. A implementação desse direito depende de uma série de fatores, incluindo a disponibilidade prática desses recursos e as condições orçamentárias e administrativas que podem limitar sua aplicação imediata.

Ingo Sarlet ensina no mesmo sentido³⁹⁵:

Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.

Nesse ponto, vale ter atenção para Alexy, quando afirma que os direitos fundamentais sociais mínimos, especialmente quando demandados por um grande número de indivíduos, acarretam consideráveis impactos financeiros. No entanto, esclarece o autor, esse fator, por si

³⁹³ KELBERT, 2011, *op. cit.*, p. 82-83.

³⁹⁴ BARCELLOS, 2011, *op. cit.*, p. 278.

³⁹⁵ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 286.

só, não constitui uma justificativa para negar a existência ou a obrigatoriedade desses direitos, uma vez que sua proteção é essencial para garantir a dignidade humana e o cumprimento das obrigações constitucionais. Assim, pontifica:

A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político- financeiras.³⁹⁶

Nesse sentido, Alexy apresenta o modelo de sopesamento entre princípios para resolução de eventuais conflitos entre normas de direitos fundamentais e princípios orçamentários:

De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.³⁹⁷

No mesmo sentido, o professor Paulo Pimenta entende que a efetivação de direitos assegurados pelas normas de direitos fundamentais sociais pode colidir com princípios constitucionais orçamentários e que, assim sendo, “não há como negar que o único caminho existente para resolver esse problema é defender a aplicação da ponderação, do sopesamento entre princípios, como defende Alexy”.³⁹⁸

Paulo Caliendo, ao tratar do tema, afirma que “a impossibilidade jurídica se caracteriza pela ausência de uma lei orçamentária que autorize a realização de determinados gastos.”³⁹⁹O autor entende que aqui ocorre um conflito de valores entre a proteção do interesse público, assegurado pela lei orçamentária, e os direitos fundamentais. Nesse contexto, Caliendo também entende que a solução para o conflito deve observar a ponderação dos valores e conferir um peso relevante à fundamentalidade do valor da dignidade humana e do mínimo existencial, como se observa:

Nesse caso, na colisão de direitos, deverá preponderar o valor mais fundamental. A concretização dos direitos fundamentais sociais estará sempre ligada ao caráter de sua fundamentalidade para a realização de uma vida digna, com especial atenção para a educação fundamental, infância, adolescência e saúde, por exemplo.

³⁹⁶ ALEXY, 2008, *op. cit.*, p. 512-513.

³⁹⁷ *Id.*, 2008, p. 512.

³⁹⁸ PIMENTA, 2012, *op. cit.*, p. 13.

³⁹⁹ CALIENDO, 2009, *op. cit.*, p. 207.

Igualmente dever-se-á dar um peso relevante à observância do direito a um mínimo existencial, afastando-se, se necessário o princípio da legalidade da despesa pública em prol de valores superiores.⁴⁰⁰

Nessa senda, a ponderação deve ser vista como o método central para assegurar uma alocação adequada e justificável de recursos limitados em uma sociedade democrática. Somente por meio desse processo é possível estabelecer justificativas legítimas que determinem a prioridade na proteção ou promoção de determinados bens em detrimento de outros, garantindo a equidade e a coerência na distribuição dos recursos disponíveis.⁴⁰¹

Caliendo ressalta ainda que a peça orçamentária não possui natureza vinculante para o gestor público, o que possibilita sua administração técnica por meio de mecanismos como o contingenciamento, a realocação de verbas ou até mesmo a compensação de despesas específicas com créditos fiscais ou financeiros que o Estado tenha com prestadores privados. Esses instrumentos fornecem ao administrador certa flexibilidade para ajustar a execução orçamentária conforme as necessidades e prioridades da gestão pública.⁴⁰²

Nos termos da decisão proferida no caso *numerus clausus*, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, cabe ao legislador, em primeiro lugar, estabelecer as prioridades, uma vez que possui a competência constitucional para elaborar o orçamento. No desempenho dessa função, o legislador está vinculado ao cumprimento de normas constitucionais específicas, que orientam e limitam a alocação de recursos, assegurando a observância dos princípios que regem a gestão pública e a proteção dos direitos fundamentais.⁴⁰³

De igual forma, Sarlet indica que cabe ao legislador definir o conteúdo das prestações sociais, inclusive aquelas relacionadas ao mínimo existencial⁴⁰⁴. Aos órgãos jurisdicionais, especialmente à jurisdição constitucional, é reservada a função de controle e intervenção, que, em princípio, deve ser exercida de forma excepcional. No entanto, a recorrente violação dos deveres estatais de proteção nessa área muitas vezes torna essa intervenção menos excepcional do que o ideal, gerando maior pressão sobre o Judiciário para assegurar a efetivação desses direitos.

Fernando Scaff ressalta que os legisladores não dispõem de total liberdade de conformação, pois estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional e devem concretizar os objetivos traçados pela Constituição de 1988, especialmente aqueles previstos

⁴⁰⁰ *Id.*, 2009, p. 207.

⁴⁰¹ *Id.*, 2009, p. 208.

⁴⁰² *Id.*, 2009, p. 207-208.

⁴⁰³ PIMENTA, 2012, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰⁴ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 360.

no artigo 3º e em outras normas programáticas, que orientam a promoção de direitos e garantias fundamentais. Na visão do autor:

Por outras palavras, não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir nesse sistema de planejamento o que bem entender. O legislador, e muito menos o administrador, não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a essa Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é conformada pela Supremacia da Constituição. Existem limitações no âmbito da receita, pois não se permite a retirada de recursos da sociedade sem respeito a normas constitucionais que se traduzem nos direitos de 1ª. dimensão vinculados ao direito tributário, tais como o Princípio da Reserva Legal Tributária, o da Anterioridade, o da Irretroatividade Tributária, entre vários outros.

Existem também limitações no âmbito da despesa, impedindo que o gasto público aconteça ao bel prazer dos legisladores. Esses limites podem ser formais, tais como o Princípio da Não-Afetação (que estabelece algumas vinculações de receitas a despesas; art. 167, IV, CF), limitações aos gastos com pessoal (art. 169, CF), obrigatoriedade de gastos com educação (art. 212, CF) e com saúde (art. 198, §§ 2º e 3º, CF), entre outros.⁴⁰⁵

Ao tratar sobre a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, Ingo Sarlet afirma que mesmo quando se trata de norma de eficácia claramente limitada, o legislador tem o dever de atuar para a concretização do direito fundamental. Além disso, encontra-se proibido de editar normas que contrariem o sentido e o objetivo da norma de direito fundamental. Dessa forma, o legislador permanece vinculado à necessidade de respeitar e promover os fins constitucionais, sem comprometer a integridade dos direitos fundamentais estabelecidos.⁴⁰⁶Nesse sentido, o autor afirma:

De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora. Para além disso, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, em última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos*. Interesse Público 32: 226, 2005, p. 40.

⁴⁰⁶ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 366.

⁴⁰⁷ *Id.*, 2009, p. 367.

Nesse ponto, Ingo Sarlet ensina que é fundamental sempre lembrar que “quem governa – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição”⁴⁰⁸. Assim, os poderes constituídos têm o dever de observar fielmente as escolhas realizadas pelo Constituinte, especialmente no que tange aos elementos essenciais da ordem constitucional. Esses elementos funcionam como limites para a liberdade de conformação do legislador e para a discricionariedade, sempre vinculada, dos administradores e órgãos jurisdicionais, impedindo tanto excessos quanto insuficiências no exercício de suas funções.⁴⁰⁹

De igual forma, a discricionariedade do administrador público deve ser exercida com o objetivo de promover os direitos fundamentais, considerando a vinculação obrigatória de todos os poderes à efetivação desses direitos⁴¹⁰. Tal vinculação impõe que qualquer decisão administrativa seja orientada pela busca de concretização dos princípios constitucionais, garantindo que a ação pública esteja sempre em consonância com a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

No que concerne à relação entre os órgãos administrativos e os direitos fundamentais, prevalece o princípio da constitucionalidade imediata da administração pública⁴¹¹. Isso implica que os órgãos administrativos estão vinculados a executar apenas as leis que sejam compatíveis com os direitos fundamentais, bem como a aplicá-las e interpretá-las de maneira que respeite esses direitos. A inobservância desses princípios pode resultar na invalidação judicial de atos administrativos que violem os direitos fundamentais. Na visão de Ingo Sarlet, “a fiscalização judicial, no caso da administração, é mais ampla que em relação ao legislador, já que este dispõe de liberdade de ação e, portanto, de margem de arbítrio bem maior”.⁴¹²

Nesse ponto, faz-se necessário distinguir entre a impossibilidade comprovada pela falta de recursos suficientes, mesmo após o cumprimento das normas constitucionais que regulam a alocação de recursos, e o que não é viável porque os recursos disponíveis foram direcionados para outras prioridades. Nesse contexto, a escolha alocativa de recursos assume importância central, uma vez que é responsável por determinar “quanto disponibilizar e a quem atender”⁴¹³. A alocação de recursos no âmbito da discricionariedade administrativa deve sempre respeitar os mínimos constitucionais estabelecidos e as prioridades definidas pela

⁴⁰⁸ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁰⁹ Na visão de Alexy, “A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.” ALEXY, 2008, *op. cit.*, p. 520.

⁴¹⁰ KELBERT, 2011, *op. cit.*, p. 84.

⁴¹¹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 369-370.

⁴¹² *Id.*, 2009, p. 370.

⁴¹³ AMARAL, 2010, *op. cit.*, p. 81.

própria Constituição. Isso não significa restringir as decisões políticas, mas sim condicioná-las em conformidade com os valores fundamentais da sociedade, garantindo que todos os direitos fundamentais recebam a devida consideração e satisfação.

Flávio Galdino, por sua vez, entende que diante da escassez de recursos, a alocação orçamentária pelos poderes públicos torna-se uma questão de grande importância, especialmente em um país onde a Constituição impõe prioridades obrigatórias que devem ser observadas por esses entes governamentais. E assim arremata:

O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo "direito."⁴¹⁴

De fato, diante da limitação de recursos, o Estado é obrigado a fazer escolhas que frequentemente implicam em sacrifícios de outras alternativas igualmente necessárias. Com um orçamento restrito, o governo precisa decidir entre, por exemplo, alocar recursos para (i) moradia ou (ii) educação, sendo que, infelizmente, nem sempre é possível atender de maneira satisfatória ambas as demandas. Tais decisões são frequentemente dramáticas e desafiadoras, impondo sérias responsabilidades aos gestores públicos. Essas são conhecidas como escolhas trágicas, nas quais qualquer decisão implica em renúncia e consequências sociais significativas.⁴¹⁵

Assim, é forçoso reconhecer a impossibilidade estatal de concretizar de maneira uniforme todos os direitos fundamentais de natureza social, diante da escassez de recursos. A implementação desses direitos demanda decisões sobre a alocação de recursos e a definição de prioridades, o que resulta na necessidade de atender a alguns direitos de forma imediata, enquanto outros ficam sujeitos a uma implementação gradual.

Quanto ao Poder Judiciário, Andreas Krell entende que em países periféricos, como o Brasil, a atuação de muitos magistrados é marcada por uma resistência em reconhecer sua corresponsabilidade na efetivação das ações providenciais do Estado. Nesse contexto, o autor defende a necessidade de um Judiciário mais intervencionista, que assuma a responsabilidade de fiscalizar a qualidade dos serviços públicos essenciais e exigir a implementação de políticas sociais eficazes, "não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar da "programaticidade principiológica" da constituição."⁴¹⁶

⁴¹⁴ GALDINO, 2005, *op. cit.*, p. 235.

⁴¹⁵ GALDINO, 2005, *op. cit.*, p. 160.

⁴¹⁶ KRELL, 2002, *op. cit.*, p. 100.

Krell reconhece que não é competência do Poder Judiciário "criar" políticas públicas, uma vez que essa função ultrapassa seu escopo de atuação. No entanto, o Judiciário pode impor a implementação de políticas já estabelecidas pela legislação constitucional ou ordinária. Assim, o autor propõe uma nova concepção de Poder Judiciário e de interpretação da norma constitucional, na qual os juízes adotem uma postura "ativista", comprometida com as diretrizes materiais da Constituição. Esses magistrados devem se orientar pela plena concretização dos seus preceitos, em vez de se limitarem aos esquemas da racionalidade formal, que frequentemente os transformam em meros defensores do *status quo*⁴¹⁷.

Por fim, o autor alemão, radicado no Brasil, arremata:

Por fim, resta constatar que o Judiciário brasileiro, sozinho, certamente não será o "salvador da pátria", mas pode e deve mediante decisões firmes exercer seu importante papel no processo político da realização dos Direitos Fundamentais Sociais através da melhoria gradual e permanente dos serviços públicos básicos.

Ana Paula Barcellos, ao dispor sobre a extensão da legitimidade do Poder Judiciário, afirma que é evidente que o Judiciário não possui competência para definir amplamente as políticas públicas, nem é apropriado que cada juiz imponha sua visão política pessoal quando existem múltiplas alternativas legítimas e a maioria optou por uma específica. Nesse sentido, se o Judiciário assumisse tal função, tal fato resultaria em uma quebra do princípio da separação dos poderes e levaria à concentração perigosa de poder na esfera judicial. Ao final, a autora entende que há direito subjetivo de se exigir judicialmente a concretização do mínimo existencial dos direitos fundamentais:

Diante de mais essa questão, que se agrega a tudo que já se discutiu até aqui, pode-se concluir que a coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro, da separação de poderes e do princípio majoritário, depende de atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado mínimo existencial, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação. Cada ideia cede um pouco de seu espaço de modo que todas possam operar satisfatoriamente.⁴¹⁸

Ao tratar do tema, Fabiana Kelbert também entende que a indisponibilidade de recursos encontra um limite no conteúdo mínimo inerente a todos os direitos, o que significa que o Judiciário está autorizado a determinar despesas necessárias para assegurar o conteúdo mínimo de um direito reivindicado. Tal determinação não configura uma violação da

⁴¹⁷ *Id.*, 2002, p. 102-104.

⁴¹⁸ BARCELLOS, 2011, *op. cit.*, p. 272.

competência de outro poder estatal, mas sim a proteção de direitos fundamentais que exigem uma garantia mínima.⁴¹⁹

Ana Paula Olsen, de igual forma, ressalta que a reserva do possível impõe a necessidade de ponderar entre a proteção do bem jurídico que se busca garantir e a escassez artificial de recursos⁴²⁰, entendida como a insuficiência gerada pela destinação dos recursos disponíveis para outras finalidades. Ademais, a autora afirma que o mínimo existencial deve ser assegurado, conforme trecho abaixo:

A reserva do possível acaba por possuir uma dimensão preponderantemente jurídica, sendo restrição aos direitos fundamentais sujeita a um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo, bem como uma dimensão especialmente fática, de aproximação da tutela desses direitos à realidade concreta da realidade em que há bens escassos. Não se aplica, de forma alguma, a prestações materiais determinadas pela Constituição, de responsabilidade do Estado, que impliquem a negação das "necessidades humanas fundamentais". É preciso ter em conta que o Direito não é refém da Economia, mas em sendo ambas ciências sociais aplicadas, dialogam entre si, e se autoimplicam numa relação de recíproca determinação.⁴²¹

Essa, inclusive, é a lição de Alexy, quando assevera que a reserva do possível, no sentido original daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, “não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito.”⁴²²

Nesse ponto, cumpre destacar que discute-se na doutrina a possibilidade de remanejamento de recursos orçamentários de áreas secundárias para garantir a proteção de direitos fundamentais, utilizando-se de uma ponderação entre interesses, que prioriza esses direitos essenciais.

Segundo as lições do professor Dirley Cunha, existe a possibilidade do Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas:

⁴¹⁹ KELBERT, 2011, *op. cit.*, p. 87.

⁴²⁰ Segundo Ana Carolina Lopes Olsen, a ideia de escassez é uma construção artificial, fruto da ação humana, uma vez que é impossível atender de forma ideal a todas as necessidades e desejos ao mesmo tempo, especialmente considerando que algumas dessas necessidades são criadas, muitas vezes impulsionadas por estímulos externos, como demonstram os estudos sobre publicidade. Nesse sentido, conforme a autora, a reserva do possível deve ser entendida como uma condição inerente à realidade, exigindo uma coerência mínima entre as limitações práticas e a normatização jurídica que busca regulá-las. OLSEN, 2008, *op. cit.*, p. 231-248.

⁴²¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 247.

⁴²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 515.

Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamentos de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.⁴²³

De forma semelhante, Emerson Garcia argumenta que a consagração dos direitos fundamentais gera a obrigação implícita de destinar recursos para sua concretização. Nesse sentido, o Poder Judiciário, ao aplicar o princípio da razoabilidade, poderia avaliar os interesses envolvidos e determinar a realização de despesas, mesmo que estas não tenham sido previamente previstas na lei orçamentária.⁴²⁴

Por sua vez, Nagibe de Melo Jorge Neto argumenta que a simples justificativa de falta de recursos orçamentários não é suficiente para demonstrar a inviabilidade material ou jurídica de implementar políticas públicas demandadas judicialmente. Nesse caso, o juiz, por meio de uma análise ponderada, pode autorizar a realocação de verbas entre diferentes rubricas. Entretanto, o autor ressalta que essa transferência de recursos não pode ser imposta ao Poder Público de maneira geral, sendo permitida apenas quando destinada ao cumprimento de uma ordem judicial.⁴²⁵

Gustavo Amaral, por outro lado, entende que o papel do Judiciário deve se concentrar no controle das opções legislativas e das decisões técnicas e políticas do Executivo, intervindo apenas em casos de erro evidente, e não quando as escolhas feitas não aparentarem ser as mais adequadas. Assim, o autor entende que a principal função do Judiciário é exercer um controle sobre o discurso e a justificativa das escolhas feitas pelo Legislativo e pelo Executivo, especialmente no que diz respeito à alocação de recursos necessários para atender às demandas positivas.⁴²⁶

⁴²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 741.

⁴²⁴ GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Revista da EMERJ*, v. 8, nº 32, 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2183>. Acesso em 13.09.2024.

⁴²⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 12 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 151.

⁴²⁶ AMARAL, 2010, *op. cit.*, p. 177-178.

Em síntese, não cabe ao Poder Judiciário a função de criar ou definir políticas públicas, uma vez que tal atribuição pertence primordialmente aos Poderes Executivo e Legislativo, conforme estabelecido pelo princípio da separação dos poderes. A escolha das prioridades de alocação de recursos e a formulação das políticas públicas devem ser exercidas, em primeiro lugar, pelo Legislativo, que, legitimado pelo voto popular, representa a vontade coletiva e define as diretrizes para a atuação estatal. A intervenção judicial fora desse contexto poderia gerar um desequilíbrio entre os poderes, prejudicando o funcionamento harmônico das instituições democráticas.

No entanto, a atuação do Judiciário é justificável em casos excepcionais, como quando está em jogo a garantia do mínimo existencial ou diante de falhas evidentes na execução de políticas públicas. Nesses casos, a intervenção judicial se torna necessária para assegurar que os direitos fundamentais sejam respeitados, mesmo em face da escassez de recursos. A reserva do possível, longe de ser um obstáculo, pode conviver de forma produtiva com a proteção do mínimo existencial e com a definição de prioridades orçamentárias.

Essa é a posição defendida, inclusive, por Ana Paula Barcellos, quando pontifica:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-á estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. **Como se vê, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.**⁴²⁷
Grifos nossos.

Cabe, assim, ao Judiciário garantir que a destinação dos recursos respeite esses limites, sem comprometer a autonomia dos outros poderes, mas assegurando que o direito à dignidade humana seja efetivado.

5.3.3 Dimensão negativa: proteção contra o esvaziamento de outras prestações⁴²⁸

A reserva do possível deve ser compreendida dentro de uma lógica de ponderação entre os direitos fundamentais, pois a efetivação dos direitos não pode ser limitada apenas

⁴²⁷ BARCELLOS, 2011, *op. cit.*, p. 287-288.

⁴²⁸ Trata-se de definição indicada por Fabiana Okchstein Kelbert, na sua obra “Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.” KELBERT, 2011, *op. cit.*

pela disponibilidade orçamentária, devendo ser submetida a padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

Segundo Ingo Sarlet, a reserva do possível, quando considerada em toda sua complexidade, representa tanto um limite jurídico e fático aos direitos fundamentais quanto pode, em certas situações, atuar como um mecanismo de proteção desses direitos. Isso ocorre, por exemplo, em casos de conflito entre direitos fundamentais, nos quais a escassez de recursos é invocada, desde que observados os critérios de proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial, para proteger o núcleo essencial de um direito fundamental em detrimento de outro. Dessa maneira, a reserva do possível pode servir para equilibrar a proteção dos direitos, assegurando a preservação de sua essência.⁴²⁹

Ao escrever sobre a dimensão negativa, Fabiana Kelbert entende que a reserva do possível atuaria como um obstáculo à realização de uma prestação que, se atendida, poderia comprometer a efetivação de outra prestação. Segundo ensina a autora:

Assim, a noção de reserva de possível como limite negativo relaciona-se com a noção de escassez de recursos para o atendimento de todos os direitos prestacionais positivados e/ou exigidos, mas num sentido inverso: partindo-se da ideia central de que efetivamente não há recursos suficientes a satisfazer todos os direitos fundamentais, especialmente os sociais, a dimensão negativa da reserva do possível atuaria como impedimento à satisfação de uma prestação que pudesse comprometer a satisfação de outra prestação. Em outras palavras, esse seria o caso, por exemplo, de concessão de uma prestação excessivamente onerosa que esgotasse os recursos destinados a concretizar outros direitos. Nessas hipóteses, a reserva do possível pode valer como argumento contra a concessão de uma prestação que, por afigurar-se desproporcional e irrazoável, inviabilize a realização de outro(s) direito(s).⁴³⁰

Na perspectiva da autora, esse aspecto pode ser considerado tanto pelo administrador, como justificativa para negar a concessão de uma prestação excessivamente onerosa, quanto pelo legislador, ao definir a forma de execução de políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais⁴³¹. Dessa maneira, a ponderação entre os recursos disponíveis e as demandas sociais torna-se central na formulação e aplicação de políticas que buscam efetivar os direitos fundamentais, garantindo que tais políticas sejam viáveis e sustentáveis.

Ademais, essa constatação pode ser extraída dos fundamentos apresentados na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, denominada *numerus clausus*, que afirmou que "fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da

⁴²⁹ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 288.

⁴³⁰ KELBERT, 2011, *op. cit.*, p. 86.

⁴³¹ *Id.*, 2011, p. 88.

coletividade, afrontaria justamente o mandado de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade".⁴³²

Outrossim, isso significa que a concessão ou previsão de uma prestação onerosa não pode ser analisada exclusivamente sob uma perspectiva individual, desconsiderando o impacto sobre o coletivo, pois "o pensamento das prestações subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado Social". Assim, a decisão ressaltou que o indivíduo deve aceitar limites à sua liberdade de ação, desde que esses limites não violem sua dignidade individual.⁴³³

De fato, as prestações passíveis de prejudicar a coletividade podem ser negadas, em razão da possível violação de outros direitos. No contexto brasileiro, por exemplo, pode-se citar as demandas por cirurgias não realizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou por tratamentos não disponíveis no país, que exigiriam realização no exterior. A concessão dessas demandas pode comprometer o orçamento destinado à prestação universal de serviços de saúde. Em outras palavras, ao se autorizar uma única prestação de grande vulto, todas as demais poderiam se tornar inviáveis devido à escassez de recursos.

Nesse ponto, interessante notar que Gustavo Amaral, na sua obra *Direito, escassez e escolhas*, revela o conceito de *trade-off*, que não possui uma tradução precisa para o português. De maneira simplificada, o termo refere-se ao fato de que a alocação de recursos escassos implica, simultaneamente, na escolha do que será priorizado e do que ficará sem atendimento. Destarte, optar por destinar um recurso específico a uma finalidade não representa apenas um compromisso com esse objetivo, mas também significa renunciar à possibilidade de utilizar esse recurso em outras áreas ou finalidades potenciais. O autor esclarece o conceito com o exemplo do Rio Grande do Sul:

A noção de *trade-off* vem bem a calhar para situações como a do Estado do Rio Grande do Sul. Segundo notícia veiculada pelo jornal Valor Econômico, 50% de todo o orçamento destinado à saúde no Estado tem sido comprometido com a compra de medicamentos por ordem judicial. A grande maioria desses recursos é empregada para a compra de novos medicamentos para combate ao câncer. Pode-se assim dizer que a realidade retratada ao menos na notícia é que no Rio Grande do Sul tem se decidido empregar recursos na aquisição de remédios, em grande parte novas drogas para tratamentos oncológicos, e, reflexamente, se tem decidido privar todas as demais prioridades do Estado, no campo médico, dos recursos dispendidos com a alocação determinada judicialmente.⁴³⁴

⁴³² *Id.*, 2011, p. 88.

⁴³³ *Id.*, 2011, p. 88.

⁴³⁴ AMARAL, 2010, *op. cit.*, p. 150.

Nesse contexto, a reserva do possível deve ser entendida dentro de uma lógica de ponderação entre os direitos fundamentais, considerando que a sua efetivação não pode ser restringida exclusivamente pela disponibilidade orçamentária. Pelo contrário, essa efetivação deve ser avaliada à luz de critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Dessa forma, a reserva do possível se configura como um instrumento para equilibrar direitos e deveres estatais, assegurando que as necessidades humanas essenciais sejam atendidas, sem desconsiderar as restrições financeiras, mas também garantindo o cumprimento dos compromissos constitucionais de proteção aos direitos sociais.

5.4 CRÍTICAS À IMPORTAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Como visto no tópico anterior, a reserva do possível passou por algumas modificações ao ser aplicada no Brasil, não sendo adotada exatamente nos mesmos termos em que foi desenvolvida na Alemanha. Inicialmente, a ênfase na proporcionalidade e na razoabilidade (aquilo que pode ser razoavelmente exigido) cedeu lugar à preocupação com a disponibilidade de recursos e o custo dos direitos.

Neste sentido, vale observar a ementa a seguir, referente a julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a reserva do possível foi equiparada a uma reserva de disponibilidade orçamentária:

Constitucional e Processual Civil – Direito à vida – Fornecimento de Medicamentos – Portador de Hepatite C, Genótipo 3 – Possibilidade – Exclusão do medicamento cuja eficácia é controvertida – 1. O direito à vida (CF/88, art. 196), que é de todos e dever do Estado, exige prestações positivas, e, portanto, se situa dentro da **reserva do possível, ou seja, das disponibilidades orçamentárias**. A existência de dúvidas quanto à eficácia do medicamento Inteferon Peguilado nos portadores de hepatite C, genótipo 3, afasta a verossimilhança do direito alegado. 3. Agravo de instrumento parcialmente provido.”⁴³⁵
Grifos nossos.

Andreas Krell⁴³⁶ ressalta que a transferência de teorias jurídicas desenvolvidas em países "centrais" do chamado Primeiro Mundo para outros contextos é questionável, uma vez que essas teorias são baseadas em realidades culturais, históricas e, sobretudo, socioeconômicas completamente diferentes.

No contexto da sociedade alemã, a reserva do possível atua como um limite às pretensões dos titulares de direitos fundamentais prestacionais, na medida em que não se pode

⁴³⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n° 70009692245*. 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Araken de Assis. Julgado em 27 out. 2004. CD-ROM.

⁴³⁶ KRELL, 2002, *op. cit.*, p. 56.

exigir do Estado mais do que ele já forneceu dentro de sua capacidade, cumprindo seus deveres constitucionais. Pretender um adicional injustificado ou irrazoável não seria legítimo. O exemplo paradigmático é o caso *numerus clausus*, descrito alhures. Naquela ocasião, o Tribunal decidiu que não seria razoável exigir que o Estado garantisse vagas em universidades públicas para todos os cidadãos que tivessem interesse específico no curso de medicina. Esse limite prático não viola o princípio da proporcionalidade, pois o Estado já havia feito o máximo que estava ao seu alcance.

Segundo Ana Paula Olsen⁴³⁷, a reserva do possível deve ser trazida para o contexto social, político e econômico brasileiro: “aqui, o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais”. Ao final, arremata que a economia brasileira não pode ser comparada à alemã, mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento dos mandados constitucionais.

Por sua vez, Krell⁴³⁸ entende que a gravidade dos problemas de exclusão social no Brasil hoje é tão intensa que não pode ser comparada à realidade social dos países-membros da União Europeia. Assim, condicionar a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à disponibilidade de recursos financeiros do Estado equivale a reduzir sua eficácia a “zero”. Outrossim, subordinar esses direitos aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, relegando-os à condição de “direitos de segunda categoria”. Em um país com uma das piores distribuições de renda do mundo, como o Brasil, o conceito de “redistribuição” (Umverteilung) de recursos assume uma dimensão completamente diferente.

Ao final, Andréas Krell⁴³⁹ é enfático:

Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.

⁴³⁷ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 258.

⁴³⁸ KRELL, 2002, *op. cit.*, p. 57-58.

⁴³⁹ *Id.*, 2002, p. 58.

Para o autor⁴⁴⁰, portanto, fica evidente que uma adoção inadequada e não refletida do conceito de "reserva do possível" e da compreensão dos direitos sociais como simples mandados, em vez de legítimos Direitos Fundamentais, representa "uma adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais" do país, que, "há muitas décadas pode ser observada na elaboração judiciária brasileira".

É importante destacar que, na Alemanha, os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional decorrem do princípio do Estado Social e não estão expressamente positivados no texto da Lei Fundamental. Diferente é o caso da Constituição Federal do Brasil, que explicitamente prevê esses direitos como direitos fundamentais e, além disso, estabelece normas que orientam a alocação dos recursos necessários para a implementação dessas prestações⁴⁴¹.

Dessa forma, no contexto brasileiro, existe uma obrigação constitucional expressa para que o Estado destine recursos à satisfação dos direitos fundamentais sociais. Quando essa alocação de recursos não ocorre conforme os termos estabelecidos na Constituição, respeitando os parâmetros previstos, há uma clara violação do mandamento explícito de destinar uma porcentagem específica do orçamento para despesas com educação, saúde, assistência social e previdência.

Nesse ponto, Amaral⁴⁴² recomenda que se exija do Estado a demonstração judicial de "motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional que assegura prestações positivas." Caso a ponderabilidade dessas razões seja comprovada, o Judiciário não deveria substituir-se ao Administrador na tomada dessas decisões.

Na linha da doutrina alemã, os recursos financeiros em um Estado livremente organizado são limitados, o que exige a gestão constante dos conflitos de objetivos na alocação desses fundos. Assim, em um Estado democrático com divisão de poderes, a responsabilidade de resolver esses conflitos e decidir sobre a aplicação dos recursos financeiros disponíveis deve recair, primordialmente, sobre o legislativo.

⁴⁴⁰ KRELL, 2002, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁴¹ OLSEN, 2018, *op. cit.*, p. 258.

⁴⁴² AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1999, p. 110.

Na mesma linha de pensamento, Reinhard Gaier⁴⁴³, ministro do Tribunal Constitucional Federal, ressalta:

A reserva do possível é, portanto, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o meio efetivo em que o legislador mantém uma margem de manobra de conformação política, apesar da existência de deveres de prestação positiva constitucionalmente originários. Isto em decorrência da autolimitação judicial (Judicial Self-restraint) fundamentada no princípio da tripartição de Poderes. A sua aplicação não deve ocorrer, entretanto, onde não se exige a proteção da margem de discricionariedade inerente a outros Poderes de Estado. A reserva do possível não deve ser instrumento para contornar pretensões dos cidadãos contra o Estado instituídas pelo direito infraconstitucional ou mesmo que decorram, direta e inexoravelmente da própria Constituição.

Por outro lado, é essencial considerar o contexto e o constitucionalismo brasileiro, evitando a aplicação de fórmulas prontas oriundas de outras realidades socioeconômicas. A reserva do possível não deve se tornar um recurso inesperado, do qual os poderes públicos possam retirar diversas justificativas para o não cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais. É necessário identificar mecanismos jurídicos de controle que promovam uma maior efetividade desses direitos, fundamentais para a realização do ideal de justiça e igualdade social defendido pela Constituição.

De fato, a aplicação da “reserva do possível” no Brasil enfrenta desafios únicos, como as disparidades regionais em termos de infraestrutura e os recursos limitados em setores essenciais como saúde e educação, agravando ainda mais a desigualdade.

Nesse contexto, a própria Constituição Federal providenciou mecanismos jurídicos destinados a assegurar a efetividade de suas normas. Exemplos disso são as ações constitucionais, como o mandado de segurança, o habeas data, o mandado de injunção, bem como os instrumentos de controle de constitucionalidade, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ademais, é importante destacar a aplicabilidade imediata das normas que definem direitos fundamentais, conforme estabelecido no § 1º do art. 5º da Constituição⁴⁴⁴.

⁴⁴³ GAIER, Reinhard. Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível. In: *Seminário Internacional Brasil-Alemanha*, 2., 2011, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=E3zeSeg183c> e https://www.youtube.com/watch?v=_Dm5xNsvinl&rfeature=relmfu. Acesso em: 26 ago. 2013. Versão impressa: *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Thompson Flores (português/alemão)*: 16 e 17 jun. 2011, Florianópolis. Brasília: CJF, 2011. 129 p. il. (Série Cadernos CEJ: 27). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecadenoscej-27brasil-alemanha.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁴⁴⁴ BRASIL, 1988, *op. cit.*

Nesse ponto, cumpre destacar que recentemente o STF julgou procedente o Mandado de injunção n. 4733⁴⁴⁵, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Nas palavras do ministro relator, Edson Fachin, “há um mandado constitucional de criminalização e há mora legislativa em regulamentar o tema. O mandado de injunção é, pois, a garantia para a efetividade do direito protegido pelo mandado de criminalização.” No caso concreto, o relator entendeu que “a proteção dos direitos fundamentais pode implicar também a criação de tipos penais próprios”.

Além desses mecanismos, é importante reconhecer que a Constituição Federal de 1988 também se preocupou em garantir a viabilidade financeira das políticas públicas por ela previstas. Nesse sentido, o texto constitucional estabelece uma série de normas que orientam a elaboração do orçamento, fornecendo diretrizes a serem seguidas e indicando, inclusive, as fontes de financiamento necessárias para a implementação de determinados direitos⁴⁴⁶.

5.5. A RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Pode-se afirmar que a ideia de um direito fundamental às condições materiais necessárias para uma vida digna também teve sua primeira formulação dogmática significativa na Alemanha, onde recebeu um reconhecimento jurisprudencial relativamente precoce. Segundo Andrés Krell⁴⁴⁷ quase todos os autores alemães, até os mais conservadores, “aceitam e defendem que o Estado social deve intervir para garantir a existência física da pessoa, o mínimo social”.

⁴⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n.º 4733*, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 13 jun. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, DJe-238, divulgado em 28 set. 2020, publicado em 29 set. 2020. Processo eletrônico.

⁴⁴⁶Cf/88 – Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; III – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III – sobre a receita de concursos de prognósticos(...). BRASIL, 1988, *op. cit.*

⁴⁴⁷ KRELL, 2002, *op. cit.*, p. 64.

Na doutrina do pós-guerra, Otto Bachof foi o primeiro jurista de destaque a defender a possibilidade de reconhecer um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna. Já no início da década de 1950, Bachof argumentava que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha) exigia não apenas a proteção da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, uma vez que, sem os recursos materiais necessários para uma existência digna, a própria dignidade humana estaria comprometida⁴⁴⁸.

O Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), em seu primeiro ano de existência, cerca de um ano após a inovadora formulação de Bachof, reconheceu o direito subjetivo de indivíduos necessitados a receberem auxílio material do Estado. Esse reconhecimento foi fundamentado no princípio da dignidade da pessoa, no direito geral à liberdade e no direito à vida, argumentando que o indivíduo, como pessoa autônoma e responsável, deve ser considerado titular de direitos e obrigações.⁴⁴⁹

De igual forma, o Tribunal Constitucional Federal consagrou o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo da referida decisão, extrai-se o trecho abaixo:

(...) certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.⁴⁵⁰

O Tribunal, em diversas outras oportunidades⁴⁵¹, tratou da problemática justiça tributária, reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Além disso, a doutrina alemã considera que assegurar as condições mínimas para uma existência digna faz parte do núcleo essencial do princípio do Estado Social de Direito, sendo uma de suas principais responsabilidades e obrigações⁴⁵².

⁴⁴⁸ SARLET; FIGUEIREDO, 2007, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁴⁹Cf. BVerwGE 1, 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24.06.1954.

⁴⁵⁰Cf. BVerfGE 40, 121 (133).

⁴⁵¹ CF. BVerfGE 78, 104, reiterada em 82, 60 e 87, 153.

⁴⁵² SARLET; FIGUEIREDO, 2007, *op. cit.*, p. 180.

Nesse ponto, cumpre registrar a lição de Heinrich Scholler⁴⁵³, privilegiada no direito constitucional pátrio, para quem a dignidade da pessoa apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”⁴⁵⁴

O direito ao mínimo existencial obteve reconhecimento não apenas nas searas doutrinária e jurisprudencial, mas também no âmbito legislativo alemão, com a criação de um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]). Assim, Sarlet e Figueiredo⁴⁵⁵ apontam que na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Europeia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial é o direito à assistência social, que alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma.

No contexto do debate jurídico-constitucional alemão, Sarlet e Figueiredo⁴⁵⁶ destacam uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrado no designado mínimo fisiológico, que constitui, por compreender as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e, por outro lado, o designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social.

Nessa senda, vale ter atenção para o fato de que a doutrina alemã, a mais relevante no tocante ao tema proposto, distingue o mínimo existencial com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência. O mínimo vital vincula-se com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade⁴⁵⁷.

Ao partir da interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna), Ingo Sarlet e Maria Figueiredo⁴⁵⁸ destacam que a doutrina

⁴⁵³ SCHOLLER, Heinrich. Die Störung des Urlaubsgenusses eines empfindsamen Menschen «durch einen Behinderten—Bemerkungen zum Frankfurter Behinderten-Urteil. *Juristenzeitung*, v. 35, n. 20, p. 672-677, 1980. p. 676.

⁴⁵⁴ “wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht”. SCHOLLER, 1980, *op. cit.*, p. 676.

⁴⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações." *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007, p. 18.

⁴⁵⁶ SARLET; FIGUEIREDO, 2008, *op. cit.*, p. 181.

⁴⁵⁷ *Id.*, 2008, p. 181.

⁴⁵⁸ *Id.*, 2008, p. 182.

e a jurisprudência alemãs, de forma mais cautelosa, partem do princípio de que existem várias maneiras de cumprir essa obrigação, cabendo ao legislador determinar a forma da prestação, seu valor, as condições para sua concessão, entre outros aspectos. No entanto, os tribunais podem intervir para definir esse padrão existencial mínimo nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legislativos.

Na visão dos autores⁴⁵⁹, a garantia do mínimo existencial pode ser reconhecida mesmo sem uma previsão constitucional expressa, uma vez que deriva da proteção à vida e à dignidade da pessoa. No caso do Brasil, embora a Constituição não consagre explicitamente um direito geral à garantia do mínimo existencial, é importante destacar que a garantia de uma existência digna está incluída entre os princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput⁴⁶⁰).

Andréas Krell⁴⁶¹ defende que "o referido 'padrão mínimo social' para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país". Para o ilustre professor, entretanto, a teoria do "mínimo existencial", que confere ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público nos casos em que há redução na prestação dos serviços sociais básicos essenciais para garantir uma existência digna, ainda tem sido pouco debatida na doutrina constitucional brasileira e não foi plenamente adotada com todas as suas implicações na jurisprudência do país.

Ingo Sarlet⁴⁶², ao tratar do tema na sua obra *A Eficácia dos direitos fundamentais* indica que:

(...) o direito-garantia do mínimo existencial, ainda mais em relação a direitos sociais específicos consagrados nas constituições, assume o significado de uma cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos. Apenas em caráter ilustrativo (volta-se a enfatizar!), dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação e mesmo o lazer, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência).

⁴⁵⁹ SARLET; FIGUEIREDO, 2008, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁶⁰CF/88 – Art. 170 – Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...). BRASIL, 1988, *op. cit.*

⁴⁶¹ KRELL, 2002, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶² SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 322.

Ademais, Sarlet⁴⁶³ explica que há um consenso quanto ao reconhecimento de duas dimensões do mínimo existencial: uma dimensão negativa, que envolve a proteção contra intervenções tanto do Estado quanto de particulares, e uma dimensão positiva, que inclui o direito a receber prestações.

Sarlet⁴⁶⁴ observa que, a partir dos direitos sociais previstos na Constituição brasileira, pode-se inferir a necessidade de preservar a vida, entendida não apenas como uma questão de sobrevivência física, mas também como a garantia de padrões de dignidade. O autor argumenta que uma existência digna vai além da simples sobrevivência física e da pobreza extrema, não devendo ser confundida com o conceito de mínimo vital. Nesse contexto, Sarlet destaca que a liberdade de atuação do legislador encontra um limite no mínimo em condições materiais indispensáveis para assegurar uma vida digna.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode, na visão do autor⁴⁶⁵, desempenhar uma função crucial ao estabelecer os limites do que se considera um padrão mínimo no âmbito dos direitos sociais. A ideia subjacente ao modelo de Canotilho e dos autores alemães mencionados parece ser justamente essa: quando faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade é prejudicado, e até os direitos de defesa se tornam meras expressões sem significado real.

Ao tratar do tema, Bitencourt Neto⁴⁶⁶ argumenta que o reconhecimento dos direitos sociais como normas de natureza principiológica implica que esses direitos estão sujeitos à ponderação com outros princípios, incluindo a reserva do possível. No entanto, ele defende que a proteção do mínimo existencial não pode ser limitada pela reserva do economicamente e financeiramente possível. Portanto, quando se trata de garantir prestações minimamente necessárias para uma existência digna — e apenas nesses casos — o Poder Judiciário pode intervir para assegurar a dignidade da pessoa humana, podendo até mesmo tomar decisões que, em princípio, seriam de competência prioritária do legislador.

O autor⁴⁶⁷ define o direito ao mínimo para uma existência digna como um "direito sobre direitos", o qual não tem conteúdo próprio, diferenciado dos outros direitos fundamentais, contudo trata-se de um "direito ao cumprimento do mínimo de outros direitos fundamentais".

⁴⁶³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁶⁴ *Id.*, 2009, p. 309.

⁴⁶⁵ *Id.*, 2009, 2009, p. 349.

⁴⁶⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 197.

⁴⁶⁷ *Id.*, 2010, p. 172-173.

Sarlet e Figueiredo⁴⁶⁸, ao tratar sobre a Efetividade do Direito à Saúde na Fronteira entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, entendem que:

(...) em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.

Segundo os autores⁴⁶⁹, o impacto da reserva do possível pode, se não ser totalmente neutralizado, ao menos ser significativamente reduzido através do controle, inclusive jurisdicional, das decisões políticas relacionadas à alocação de recursos. Isso inclui assegurar a transparência dessas decisões e promover o controle social sobre a aplicação dos recursos dentro do processo político.

Clèmerson Clève observa, em relação ao mínimo existencial, que a escassez artificial de recursos não pode ser alegada em contraposição às prestações materiais necessárias à sobrevivência com dignidade. Não, ao menos, em um Estado Democrático de Direito como o delineado pela Constituição de 1988. Assim, entende o referido autor⁴⁷⁰:

É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Essa foi a posição defendida por Robert Alexy⁴⁷¹, ao destacar que, quando se tratam de direitos sociais mínimos ligados ao mínimo existencial, a prioridade de outros bens jurídicos, como a segurança orçamentária, não pode ser aceita em detrimento do direito fundamental. A efetivação desse mínimo existencial não teria a capacidade de impactar de forma significativa os direitos individuais, princípios ou bens jurídicos em conflito.

Nesse ponto, Sgarbossa⁴⁷² observa que o mínimo existencial desempenha um papel semelhante ao legitimamente desempenhado pela reserva do possível, no âmbito do Estado

⁴⁶⁸ SARLET; FIGUEIREDO, 2007, *op. cit.*, p. 201.

⁴⁶⁹ *Id.*, 2007, p. 193.

⁴⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, jul./dez. 2003, p. 28.

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 517.

⁴⁷² SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Volume I: Reserva do Possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 311-312.

Social constitucionalizado, mas em sentido oposto. Em seguida o autor explica: se, por um lado, a reserva do possível representa, em sua conformação original um limite máximo ou teto para o Estado Social, excluindo pretensões exageradas e irrazoáveis, por outro lado, o mínimo existencial desempenha o papel de um patamar mínimo ou piso para o Estado Social, excluindo a omissão estatal que comprometa a existência digna da pessoa.

Nessa senda, Ingo Sarlet⁴⁷³, atento à realidade, assim se posiciona:

Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real. Certamente não é isto que pretendem ressaltar alguns de nossos mais conceituados mestres, mas, sim, que existe – de modo especial entre nós – uma nítida tendência no sentido de negar-se pura e simplesmente aos direitos sociais sua eficácia e efetividade. Com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis.

Segundo o autor⁴⁷⁴, os direitos fundamentais sociais relacionados ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana possuem uma importância especial. Especificamente, no caso do direito ao salário-mínimo, à assistência e à previdência social, assim como no direito à saúde, a negação desses direitos pelo Judiciário, ao não determinar a correspondente prestação material pelo Estado, pode resultar em uma sentença de morte para o indivíduo, negando sua própria humanidade. Essa situação viola os princípios constitucionais, incluindo o direito à vida, uma vez que a Constituição proíbe a pena de morte, o que implica que o Estado deve não apenas abster-se de tirar vidas, mas também promover a vida.

Na visão de Ingo Sarlet⁴⁷⁵, o princípio da dignidade humana assume importante função demarcatória, podendo estabelecer a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. Nesse sentido, tanto o mínimo existencial quanto o princípio da dignidade da pessoa humana constituem fundamentos essenciais que inclinarão a balança da ponderação em favor da efetivação dos direitos fundamentais sociais, mesmo diante da reserva do possível.

Regina Ferrari⁴⁷⁶ possui o mesmo entendimento ao afirmar que:

⁴⁷³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 347.

⁴⁷⁴ *Id.*, 2009, p. 348.

⁴⁷⁵ *Id.*, 2009, p. 349.

⁴⁷⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 236.

Aqui é que se resolve a reserva do possível, isto é, o direito à saúde como corolário do direito à vida, ao direito a uma vida digna, não pode padecer, sob o argumento da falta de recursos, pois, nesse caso, haveria a caracterização da aplicação de uma pena de morte, sem processo e sem possibilidade de defesa. Portanto, no que tange ao direito à saúde, cabe reconhecer um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana.

Nesta linha de entendimento também já se tem pronunciado a jurisprudência, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. De fato, a jurisprudência do Pretório Excelso é firme no sentido de que a cláusula da reserva do possível é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador, conforme ementa abaixo:

(...) – 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.**⁴⁷⁷
Grifos nossos.

Na visão da jurisprudência da Suprema Corte, diante das dificuldades decorrentes da escassez de recursos — o que pode levar o Poder Público a fazer as chamadas "escolhas trágicas", priorizando alguns direitos, interesses e valores em detrimento de outros—, é importante destacar que, embora a reserva do possível possa ser invocada como parâmetro em decisões judiciais, essa cláusula sempre encontrará uma limitação insuperável na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial.

Lino Munaretto, ao tratar sobre a reserva do possível no direito europeu, adverte que embora o mínimo existencial não esteja sujeito à condição do possível, o impacto nos custos de cada direito mínimo não deve ser desconsiderado, *in verbis*⁴⁷⁸:

⁴⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 172136*, Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, DJe-283, divulgado em 30 nov. 2020, publicado em 1 dez. 2020. Processo eletrônico. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2024.

⁴⁷⁸. Tradução livre do texto: “*Although the minimum right is not subject to the proviso of the possible, the cost impact of each minimum right should not be disregarded. In particular, courts should consider whether the adjudication of a minimum right constitutes a precedence that can be generalized and applied to other cases, resulting in additional costs. They should, therefore, stay focused on the case and define only narrow minimum standards with respect to the individual needs of the applicant. For instance, the FCC stated in Bundesnotbremse II that the state was obliged to compensate for the school lockdowns by providing remote teaching online during the pandemic.172 The court avoided making further statements on the minimum core of the right to education*”

Embora o direito mínimo não esteja sujeito à reserva do possível, o impacto financeiro de cada direito mínimo não deve ser ignorado. Em particular, os tribunais devem considerar se a adjudicação de um direito mínimo constitui um precedente que pode ser generalizado e aplicado a outros casos, resultando em custos adicionais. Portanto, eles devem manter o foco no caso concreto e definir apenas padrões mínimos restritos em relação às necessidades individuais do requerente. Por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (FCC) declarou no caso Bundesnotbremse II que o Estado era obrigado a compensar o fechamento das escolas durante a pandemia oferecendo ensino remoto online. O tribunal evitou fazer declarações adicionais sobre o núcleo mínimo do direito à educação, pois não eram relevantes para a decisão. Ao julgar direitos de núcleo mínimo apenas em casos excepcionais e sob certas condições e circunstâncias, os tribunais podem minimizar o impacto financeiro de suas decisões.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, mantém-se firme no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada como justificativa para a violação do mínimo existencial, que inclui direitos como saúde, educação e assistência social. Esses direitos, considerados essenciais à dignidade humana, devem ser garantidos independentemente das limitações orçamentárias.

5.6 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com relação ao Poder Judiciário brasileiro, importa destacar que o Supremo Tribunal Federal tem se debruçado sobre o tema em diversas oportunidades, em especial, sobre o direito à saúde, educação e demandas de pagamentos de precatórios. Nesse sentido, revela-se imprescindível a análise dessas decisões da Suprema Corte sobre o tema, pois tornam-se a base para a atuação nas instâncias inferiores, sendo largamente reproduzidas.

O primeiro precedente importante do Supremo Tribunal Federal sobre a reserva do possível foi uma decisão monocrática proferida, em 31 de janeiro de 1997, pelo Ministro Celso de Mello, que indeferiu pedido de suspensão de medida liminar concedida por Juiz de Direito, que havia determinado ao Estado de Santa Catarina o custeio de tratamento de saúde de um menor portador de doença rara, denominada Distrofia Muscular de Duchene (PIMENTA, 2012, p. 150).

In casu, o tratamento da doença seria realizado nos Estados Unidos e teria o custo de aproximadamente oitenta e cinco mil reais, abrangendo o tratamento e despesas de

because they were not relevant to the ruling. By only adjudicating minimum core rights in exceptional cases and under certain conditions and circumstances, courts can minimize the cost impact of their rulings.” MUNARETTO, Lino. *Fundamental Rights and Limited Possibilities: The Proviso of the Possible in European Fundamental Rights Doctrine*. *German Law Journal*, Volume 25, Issue 2, March 2024, p. 208. DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2023.114>

deslocamento. Na decisão, o Min. Relator determinou ao Estado de Santa Catarina que custeasse o tratamento, por estar “longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local”, prevalecendo o valor da vida humana em face do ônus financeiro que iria causar ao Poder Público, *in verbis*:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.⁴⁷⁹

Nesse ponto, interessante observar o estudo sobre a jurisprudência do STF na área da saúde realizado por Daniel Wang, um dos maiores pesquisadores em temas relacionados à Judicialização da Saúde, quando verificou que a expressão “reserva do possível” até 2007 não era utilizada para denegar direitos. De fato, até 2007, todas as decisões analisadas concediam o medicamento pleiteado.

Assim, o pesquisador constatou que o Supremo Tribunal Federal, em nenhuma decisão até aquele momento (2007), tinha admitido a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento.⁴⁸⁰ Entretanto, a partir de 2007, a Corte Suprema passou a ter uma maior preocupação com as consequências orçamentárias de suas decisões, relacionando a “reserva do possível” à capacidade financeira do Estado.

Nessa senda, no julgamento do pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, em caso que envolvia a alegação da reserva do possível para justificar o não pagamento de precatórios, o STF rejeitou o pedido de intervenção e entendeu plausível a alegação da reserva do possível, conforme se verifica no pedido de intervenção IF n. 470/SP.

Trata-se do primeiro caso em que o Pretório Excelso tratou expressamente sobre a alegação da teoria da reserva do possível, para concluir que o Estado estaria submetido à “reserva do financeiramente possível”, existindo “um quadro de impossibilidade financeira quanto ao pagamento integral e imediato dos precatórios relativos a créditos de natureza alimentícia”.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n.º 1.246*, Relator: Min. Celso de Mello, decisão em 31 jan. 1997.

⁴⁸⁰ WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 354.

⁴⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal n.º 470-5*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Diário da Justiça, 20 jun. 2003.

O Ministro Gilmar Mendes, no seu voto, citou expressamente a famosa decisão sobre *numerus clausus* da Corte Constitucional Alemã e pontuou que não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais⁴⁸².

Outrossim, o Ministro entendeu que o pedido de intervenção não atendia ao princípio da proporcionalidade, pois era “necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja, o adimplemento de obrigações de natureza alimentícia e o ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Estado, mas também a própria sociedade”.

Assim, a corte rejeitou o pedido, a partir de uma ponderação de princípios, na linha defendida por Alexy, considerando a existência de inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados, caso a intervenção federal fosse deferida. Nesse caso, a reserva do possível atuou como garantia dos direitos fundamentais, na linha defendida por Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo⁴⁸³.

Outro julgamento paradigmático ocorreu em 2004, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADF) n. 45⁴⁸⁴, ajuizada contra o veto do Presidente da República sobre o §2º do art. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Não obstante o pedido formulado tenha sido julgado prejudicado pela perda do objeto, o STF examinou aspectos essenciais a respeito da reserva do possível.

O autor da ação alegava que o veto presidencial desrespeitou preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde. Ao julgar o caso, o relator da ação, Ministro Celso de Mello, manifestou-se no seguinte sentido:

(...)Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois,

⁴⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal n.º 470-5*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Diário da Justiça, 20 jun. 2003.

⁴⁸³ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45*, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 2004. p. 189.

ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.⁴⁸⁵

Como visto, o Supremo entendeu que os limites estabelecidos pela reserva do possível à concretização de direitos fundamentais traduzem-se no binômio razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado. Tais elementos devem estar presentes de forma cumulativa, sob pena de descaracterizar a possibilidade de prestação material dos direitos por parte do Estado.

Analisando o julgado acima, Sgarbossa⁴⁸⁶ entende que o Supremo Tribunal Federal adotou um entendimento jurisprudencial que interpreta a reserva do possível como limitação material, como restrição jurídica, na medida em que abrange, sob a denominação de reserva do possível, também a reserva orçamentária, e finalmente, como uma limitação dos pleitos sociais com base na razoabilidade da pretensão, alinhando-se, nesse aspecto, às origens do instituto.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, de forma reiterada, no sentido de que a reserva do possível não poderia justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais (saúde e educação básica), especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial.

Tal entendimento pode ser constatado na decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, em ação na qual se demandava a criação de vagas para atendimento de crianças em creches e em pré-escola, senão vejamos:

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.⁴⁸⁷

No caso, o Tribunal determinou que o Município de São Paulo observasse os direitos das crianças, viabilizando em favor destas a matrícula em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus representantes legais.

⁴⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45 MC/DF*, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 29 abr. 2004. Arguição: Presidente da República. Arguição: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

⁴⁸⁶SGARBOSSA, 2010, *op. cit.*, p. 165-166.

⁴⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 639337 AgR/SP*, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 23 ago. 2011. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Outrossim, compulsando-se a jurisprudência do STF, constata-se uma ampla variedade de decisões no sentido de que a mera alegação de inexistência de recursos do ente estatal de que não pode arcar com as despesas estabelecidas na decisão judicial não tem o condão de exonerar o ente de suas obrigações constitucionais, devendo haver a comprovação efetiva de ausência dos recursos, também denominada de exaustão orçamentária, para que se possa aplicar a Teoria da Reserva do Possível. Nesse sentido:

[...] Sustenta o Estado de Sergipe, por sua vez, que a decisão *a quo* viola Princípio da Reserva do Possível em razão da indisponibilidade financeira para arcar com os custos da reforma e conservação do imóvel. Entretanto, é assente na jurisprudência pátria que não basta a alegação de violação à reserva do possível, nem tampouco o argumento de que existem demais obrigações de caráter constitucional para cumprir, a exemplo de transporte, saneamento básico, educação e saúde. É necessário a comprovação da efetiva impossibilidade financeira/administrativa do ente, sob pena de banalização do princípio que não pode, em hipótese alguma, servir de pretexto para o descumprimento de obrigações legais importantes para a sociedade. [...] Não constitui argumento válido a mera alegação de inexistência de recursos, mas necessário é a comprovação efetiva de ausência deles, também denominada de exaustão orçamentária, para que se possa aplicar a Teoria da Reserva do Possível.⁴⁸⁸

Por fim, em recente julgado, o STF analisou a constitucionalidade da Lei fluminense n. 9.385/2021 (ADI 7149, STF), que inseriu o inciso XII no art. 19 da Lei 4.528/2005, para garantir a reserva de vagas em escola para irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar, *in verbis*:

Art. 19 - A Educação Básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

XII – o Poder Executivo, mediante regulamentação própria, deverá garantir, a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar, reserva de vagas no estabelecimento de ensino mais próximo de sua residência, desde que a Unidade Escolar onde um dos irmãos já esteja matriculado, possua a etapa ou ciclo escolar do outro irmão, e não tenha como meio de admissão processo seletivo específico, por meio de sorteio público ou prova.

Grifos nossos.

O Estado do Rio de Janeiro defendeu que o regramento inerente à matrícula escolar se insere no juízo de “discricionariedade técnica da Administração”, o qual foi desrespeitado pela atuação legislativa quando “transferiu aos pais de alunos o poder de decidir a escola em

⁴⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1172544*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 13 jun. 2019. Publicação: 19 jun. 2019.

que seus filhos estudarão, independentemente da manifestação da Administração sobre a possibilidade técnica e financeira de matrícula na escola eleita”.⁴⁸⁹

Ao decidir o caso, o Min. Ricardo Lewandowski, na relatoria, afirmou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem rechaçado a alegação de usurpação da iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo e validade normas que incrementam ou concretizam mandamentos e direitos fundamentais já previstos no Texto Constitucional.

Nesse sentido, o Ministro entendeu que “a determinação de tão somente garantir, *na medida do possível*, que irmãos possam frequentar o mesmo estabelecimento de ensino não é matéria que diga respeito à organização ou ao funcionamento da Administração estadual.”. Destarte, o Tribunal entendeu que a Lei fluminense prevê condicionantes para que os irmãos frequentem a escola em conjunto, de maneira a não criar dificuldades ou até mesmo engessar a atuação do gestor público.

A Corte suprema, nesse caso específico, não analisou a questão pelo ângulo da limitação orçamentária, baseando-se na noção de razoabilidade da pretensão (*na medida do possível*), nos termos da formulação originária da teoria da reserva do possível, com a constatação daquilo que o indivíduo pode exigir de forma razoável do Estado e da sociedade.

Por fim, constata-se que o STF recepcionou a teoria da reserva do possível em inúmeras decisões. De igual forma, a reserva do possível encontrou guarida no Superior Tribunal de Justiça, sendo abordado, dentre outras oportunidades, nas decisões dos Recursos Especiais n.ºs 485969/SP, 510598/SP, 718203/SP, 736524/SP, 753565/MS, 781974/SC, 784241/RS, 790175/SP, 811608/RS, 835687/RS, 857502/RS, 859647/MS, nos Agravos Regimentais em Recurso Especial n.ºs 878441/RS e 970415/MS, dentre inúmeras outras decisões monocráticas.

5.7 A RESERVA DO POSSÍVEL E O FINANCIAMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

A judicialização da saúde no Brasil é uma forma de acesso às ações e aos serviços públicos de saúde e possui inegável ligação com a reserva do possível. Esta garantia constitucional gera impactos orçamentários e financeiros capazes de afetar a execução das políticas públicas de saúde, destacando-se as ações judiciais na área de assistência

⁴⁸⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7149*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26 set. 2022. *Diário de Justiça Eletrônico*, DJe-199, divulgado em 04 out. 2022, publicado em 05 out. 2022. Processo eletrônico.

farmacêutica e oncológica, em especial, aquelas ações judiciais em que os entes públicos são compelidos a fornecer um determinado tratamento médico ou medicamento.

A discussão atual reside em que limites isso pode ser feito. O judiciário pode em qualquer hipótese determinar o fornecimento dos medicamentos, independente dos seus custos? A reserva do possível poderia atuar como limite do poder judiciário na atuação que envolve essas demandas?

Como cediço, o direito à saúde está previsto no artigo 196 da Constituição Federal, que define a saúde como "direito de todos e dever do Estado," garantindo "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." Como um direito social, esse direito requer ações positivas por parte do Estado, o que implica a necessidade de alocação de recursos, que são limitados e nem sempre disponíveis.

Para contextualizar o problema, entre 2008 e 2017, o número de ações judiciais relacionadas à saúde aumentou em 130%, de acordo com a pesquisa "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução". O estudo, realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também revela que, no mesmo período, o número total de processos judiciais no país cresceu 50%.⁴⁹⁰

A pesquisa revelou que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância, distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais e 277.411 processos de segunda instância, em 15 tribunais de justiça estaduais. Esses números tiveram um impacto significativo no orçamento do Ministério da Saúde, que, em um período de sete anos, viu seus gastos com demandas judiciais aumentarem aproximadamente 13 vezes, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016. Ademais, os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos e insumos para cumprimento de decisões judiciais passaram de R\$ 9,17 milhões em 2006 para mais de R\$ 1 bilhão em 2015, o equivalente a um aumento de mais de 10.000%.⁴⁹¹

A questão da legitimidade passiva era uma discussão sempre presente nos processos judiciais, relacionados à saúde. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 793 da Repercussão Geral, decidiu que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. Assim, o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (União, estados ou município), isoladamente, ou conjuntamente. Assim, o Supremo fixou a seguinte tese:

⁴⁹⁰MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. *Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos*. Conselho Nacional de Justiça, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 13 set. 2024.

⁴⁹¹FARIELLO, Luiza. *TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde*. Conselho Nacional de Justiça, 11 dez. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 13 set. 2024.

Tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. As entidades políticas são solidariamente obrigados a fornecer medicamento de saúde.

Com relação aos pedidos de fornecimento de fármacos que não possuem registro na ANVISA, o STF enfrentou a questão e decidiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, conforme tese fixada no tema 500 de Repercussão geral⁴⁹²:

Tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin destacou que:

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

No referido julgado, a ilustre ministra Rosa Weber também ressaltou que a preocupação com relação ao plano da exequibilidade das decisões judiciais nesse campo, haja vista as restrições orçamentárias e estruturais que recaem sobre o poder público, ressaltando que “o argumento da reserva do possível, inquestionavelmente, constitui limite à atuação judicial.”

Nesse ponto, é fundamental distinguir duas principais modalidades de judicialização da saúde: 1) pedidos que envolvem medicamentos já incorporados pelo Sistema Único de

⁴⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 500 - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA*. Relator: Min. Marco Aurélio. Leading Case: RE 657718. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussaoGeral>. Acesso em: 06 ago. de 2024.

Saúde (SUS), ou seja, aqueles incluídos na política pública de saúde, conforme estabelecido nos Protocolos do SUS e listas de dispensação, que devem ser fornecidos gratuitamente; e 2) pedidos relacionados a medicamentos que não estão incorporados no âmbito do SUS.

Na primeira hipótese, o medicamento solicitado judicialmente já está incorporado ao Sistema Único de Saúde (SUS) para dispensação gratuita. Assim, uma vez que o Estado optou por incluir o medicamento nas listas do SUS, há uma obrigação de fornecê-lo a todos os que dele necessitam, independentemente do seu custo. A intervenção do Judiciário, nesse caso, visa apenas a assegurar a efetivação das políticas públicas de saúde já estabelecidas pelo SUS, sendo essa atuação jurisdicional uma extensão do papel do magistrado na aplicação da lei. Nesse caso, exige-se apenas a prova da adequação e da necessidade do medicamento para o paciente, bem como a prova do prévio requerimento do fármaco à Administração.

Esse entendimento foi confirmado no julgamento da Suspensão de tutela antecipada (STA) 175 AgR (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010), onde se reconheceu que, nessas circunstâncias, existe "um direito subjetivo público" à política de saúde.

Em algumas situações, entretanto, o medicamento é autorizado pela ANVISA, porém não é incorporado na política pública do SUS. Nesse ponto, cumpre registrar que cabe ao Ministério da Saúde autorizar os medicamentos a serem incorporados ao SUS, através da CONITEC⁴⁹³, nos termos do art. 19-Q da Lei n. 8.080/90⁴⁹⁴. Para aprovação do medicamento, entretanto, o relatório da CONITEC deve levar em conta necessariamente a eficácia e segurança do medicamento, bem como o **custo-efetividade** do medicamento, nos termos do art. 19-Q, § 2º, da Lei n. 8.080/90, *in verbis*:

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - **a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas**, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Grifos nossos.

⁴⁹³A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC é um órgão plural integrante da estrutura do Ministério da Saúde, composto por 13 membros, incluindo representantes de cada Secretaria do Ministério da Saúde e de diversas instituições, como a ANVISA o Conselho Nacional de Saúde - CNS, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde - CONASEMS e o Conselho Federal de Medicina.

⁴⁹⁴Lei n. 8.080/90. Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

Não basta, portanto, que o medicamento seja eficaz, é necessário que ele tenha um custo-efetividade viável para ser incorporado ao SUS. Com relação à obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, ainda não há uma decisão pacífica do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, senão vejamos.

O STJ, no repetitivo 106, ficou a seguinte tese:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

De acordo com a decisão do STJ, o medicamento pode ser concedido, mesmo que não tenha sido incorporado ao SUS, pela ausência do custo-efetividade. Como visto, o STJ ignorou a questão do custo-efetividade e as limitações orçamentárias. Registre-se que, até em países desenvolvidos, nem todos os medicamentos são incorporados porque não há recursos suficientes para custeio de todos os medicamentos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, tramita o RE 566.471, que discute a possibilidade do Estado ser compelido a fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para custeá-lo, à luz do direito fundamental à saúde, e, mais especificamente, dos arts. 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

O caso concreto envolve a recusa do Estado do Rio Grande do Norte em fornecer citrato de sildenafil para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar a uma idosa de baixa renda. A negativa foi baseada no alto custo do medicamento e na ausência de previsão de sua distribuição no programa estatal de medicamentos. Diante dessa situação, a paciente recorreu ao Judiciário para exigir que o Estado fosse compelido a fornecer o remédio. O pedido foi acolhido em primeira instância, e a decisão foi posteriormente mantida pelo Tribunal de Justiça estadual.

Nos autos do processo, o Estado do Rio Grande do Norte afirmou que apenas de janeiro a abril de 2007 mais de 76% dos recursos do Estado destinados à saúde foram gastos para o cumprimento de decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos. E, destes, quase R\$ 2 milhões foram dispendidos com medicamentos de alto custo que estavam fora da lista de medicamentos do Ministério da Saúde.

Ao julgar o caso, a maioria dos ministros do STF, totalizando oito votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário, seguindo o voto do relator, ministro Marco Aurélio, proferido em setembro de 2016. A corrente majoritária concluiu que, em casos de medicamentos de alto custo não disponíveis no sistema de saúde, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que sejam comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para adquiri-lo. O entendimento também estabeleceu que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos que não estejam registrados na agência reguladora competente.

O julgamento está pendente de definição sobre qual tese de repercussão geral será aprovada. Quatro teses foram desenvolvidas. As teses elaboradas pelos ministros Marco Aurélio⁴⁹⁵ e Alexandre de Moraes⁴⁹⁶, a despeito de serem mais restritivas do que a decisão proferida pelo STJ, não consideraram a análise do binômio custo-efetividade.

O então Ministro Marco Aurélio, relator do caso, proferiu voto no sentido de que as restrições orçamentárias não devem servir como impedimento à efetivação de direitos sociais fundamentais, incluindo o direito à saúde. Nesse sentido, afirmou que, quando há violação do mínimo existencial, é legítima a intervenção judicial em casos concretos que não são abrangidos pelas políticas públicas vigentes. O Ministro ressaltou que, em tais circunstâncias, o direito individual à saúde prevalece sobre a tese da reserva do possível e sobre argumentos administrativos relacionados à universalização do atendimento aos demais cidadãos (STF, RE 566471).

O Ministro Roberto Barroso, por outro lado, fixou a seguinte tese⁴⁹⁷:

⁴⁹⁵Tese desenvolvida pelo Ministro Marco Aurélio: "O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil".

⁴⁹⁶Tese desenvolvida pelo ministro Alexandre de Moraes: "Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento".

⁴⁹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 566471/RJ. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2024.

O Estado **não** pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos:

(i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;

(ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;

(iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;

(iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e

(v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema.

Grifos nossos.

Segundo o pensamento do ministro Barroso, nenhum sistema de saúde é sustentável em um modelo onde todos os medicamentos, independentemente de seu custo e impacto financeiro, sejam fornecidos pelo Estado a toda a população. É fundamental minimizar e racionalizar a judicialização da saúde, valorizando as decisões dos órgãos técnicos e limitando a concessão de medicamentos fora da política pública a situações verdadeiramente excepcionais.

Dentre os cinco requisitos elencados pelo ministro, *a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes*, indicado no item 2, surge como diferencial relevante das demais decisões proferidas pelos ministros do STF, bem como da supramencionada decisão proferida em recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, pois valorizou a função institucional dos órgãos técnicos do Ministério da Saúde, em especial, da CONITEC. Assim, na visão Barroso, caso a CONITEC entenda que determinado medicamento não deva ser incorporado, seja porque não demonstrada a sua eficácia, seja porque o medicamento não possui custo-efetividade, tal decisão deve ser respeitada pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Ao proferir o seu voto, o ministro Roberto Barroso partiu das seguintes premissas: 1) recursos são limitados; 2) legitimidade democrática; 3) capacidades institucionais; 4) desorganização sistêmica.

Na visão do ministro, todo cidadão brasileiro tem o direito, sem discriminação ou privilégios, ao nível máximo de justiça em saúde que o país pode oferecer. No entanto, é importante reconhecer que existem limites. Nenhum país é capaz de fornecer todos os tipos de medicamentos e tratamentos a toda a população. Decisões difíceis e inevitáveis precisam ser tomadas. Nesse contexto, o populismo não resolve os desafios, mas, ao contrário, contribui para agravá-los. E assim arremata:

Não se deve cometer o equívoco de supor que a ponderação que se faz nessa matéria envolve o direito à saúde e à vida, de um lado, e a separação de Poderes e regras

orçamentárias, de outro lado. Se fosse assim as soluções seriam mais fáceis. Como os recursos são limitados e precisam ser distribuídos entre fins alternativos, a ponderação termina sendo entre vida e saúde de uns *versus* vida e saúde de outros. A vida e a saúde de quem tem condições de ir a juízo não têm valor maior do que a dos muitos que são invisíveis para o sistema de justiça.

Nesse sentido, o ministro entende que o Poder Judiciário não é o fórum adequado para a definição de políticas públicas de saúde e que a discussão deve, de forma gradual, ser direcionada a dois outros fóruns: a) o orçamento, que, em sociedades democráticas, é o espaço apropriado para debater a alocação de recursos e as escolhas políticas, econômicas e éticas da sociedade; e b) as instâncias técnicas do Ministério da Saúde e do SUS.

Com relação ao argumento de que não há necessidade da análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento, conforme sustentado pelo ministro Alexandre de Moraes, o ministro Barroso alerta que o casuísmo presente na jurisprudência brasileira pode comprometer a implementação eficaz de políticas coletivas voltadas à promoção da saúde pública. Na visão de Barroso, o excesso de judicialização das decisões políticas pode dificultar a concretização prática dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, pois em muitos casos, observa-se a concessão de privilégios a alguns indivíduos em detrimento da coletividade, que permanece dependente das políticas universalistas executadas pelo Poder Executivo.

Nesse sentido, ao citar o autor Eduardo Mendonça, o ministro esclarece que a interferência judicial desordenada traz consequências graves, entre elas:

(i) a desorganização administrativa, porque os recursos precisam ser desviados do seu orçamento e de sua execução natural para o cumprimento das ordens judiciais; (ii) a ineficiência alocativa, porque as compras para cumprir decisões judiciais se dão em pequena escala, sem o benefício das compras de atacado; e (iii) a seletividade, porque as soluções providas em decisões judiciais beneficiam apenas as partes na ação, sem que sejam universalizadas. Como consequência, prossegue o autor, “a jurisprudência dominante tem dado margem à perturbadora coexistência entre a notória precariedade da rede pública de saúde e tratamentos milionários custeados por determinação judicial.

Outro fundamento importante considerado foi a questão da legitimidade democrática. Na visão do ministro, essa discussão vai além do conceito de “reserva do possível”, pois é fato notório que no Brasil o orçamento não consegue atender plenamente à demanda social pela efetivação de direitos, sejam eles individuais ou sociais. Além disso, a concretização dos direitos sociais de natureza prestacional ocorre por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos significativos. Portanto, em um cenário de escassez de recursos, o Estado deve adotar políticas públicas para a efetivação desses direitos e estabelecer critérios para a

alocação de recursos. Essas decisões, muitas vezes trágicas, como escolher entre investir em um medicamento ou tratamento específico em detrimento de outros, não competem ao Judiciário, que carece da legitimidade democrática necessária para fazer tais escolhas.

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira referente à concessão de medicamentos tende a adotar uma abordagem individualista para tratar problemas sociais, quando, na verdade, a gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como uma política social. Essa política deve ser orientada pela avaliação criteriosa dos custos e benefícios envolvidos.

Com relação às capacidades institucionais, a crítica do eminente ministro baseia-se na percepção de que o Judiciário não possui o conhecimento especializado necessário para decidir quais medicamentos devem ser fornecidos pelo SUS. Na formulação e implementação de políticas públicas de saúde, é indiscutível que o Poder Executivo está mais capacitado para tomar decisões mais informadas e adequadas. O Judiciário, mesmo quando apoiado por laudos técnicos, tem menor capacidade de avaliar se determinado medicamento é realmente necessário e eficaz para promover a saúde e a vida dos pacientes.

Nesse sentido, o ministro entende que:

Por tudo isso, não tenho dúvida de que, em regra, juízes e tribunais devem ser autocontidos e deferentes aos outros Poderes em questões técnicas complexas ou que envolvam a formulação e a implementação de políticas públicas. Nesses casos, muitas vezes faltam ao Poder Judiciário a capacidade institucional e a *expertise* para decidir e avaliar o efeito sistêmico de suas decisões. A judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as questões de alocação de recursos, em princípio, reservadas à Administração Pública.”

Quanto à possibilidade de desorganização sistêmica, Barroso entende que o risco de que decisões judiciais em matéria de medicamentos causem efeitos sistêmicos imprevisíveis ou desorganizem a administração pública sugere que o Judiciário deve adotar uma postura cautelosa, considerando as diferentes capacidades institucionais envolvidas. É comum, por exemplo, que decisões judiciais que ordenam a entrega imediata de medicamentos levem o Governo a retirar o fármaco de um programa de atendimento integral, prejudicando um paciente que já o recebia regularmente, para atender ao litigante que obteve uma decisão favorável. Tais decisões podem comprometer a capacidade de planejamento da Administração, afetando negativamente a eficiência no atendimento ao cidadão. Embora cada decisão possa atender às necessidades imediatas do indivíduo, no conjunto, elas poderiam impedir a otimização dos recursos estatais destinados à promoção da saúde pública.

A tese elaborada pelo ministro Luis Roberto Barroso, ao levar em conta o custo-efetividade, a escassez dos recursos e a valorização da opinião dos órgãos técnicos, eleva o debate e reafirma a ideia de que simplesmente não é possível fornecer “tudo para todos”. De fato, não se pode exigir do Estado que custeie o melhor tratamento médico existente para todos os pacientes.

Por fim, a tese do ministro se aproxima da teoria da reserva do possível elaborada pela doutrina alemã, no sentido de que a discussão deve paulatinamente ser transferida para o legislativo, que nas sociedades democráticas é o *locus* de discussão das alocações de recursos e das escolhas políticas, econômicas e éticas da sociedade.

Após voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes proferiu voto em conjunto com o Ministro Luis Roberto Barroso, que reajustou seu voto, propondo a seguinte tese:

Tese de julgamento:

1. A ausência de inclusão de medicamento nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde - SUS (RENAME, RESME, REMUME, entre outras) impede, como regra geral, o fornecimento do fármaco por decisão judicial, independentemente do custo.
2. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos, cujo ônus probatório incumbe ao autor da ação:
 - (a) negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa, nos termos do item “4” do Tema 1.234 da repercussão geral;
 - (b) ilegalidade do ato de não incorporação do medicamento pela Conitec, ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos artigos 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011;
 - (c) impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas;
 - (d) comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise;
 - (e) imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado, descrevendo inclusive qual o tratamento já realizado; e
 - (f) incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento (...).⁴⁹⁸

Segundo o entendimento dos ilustres ministros, três premissas justificam a conclusão apresentada. A primeira premissa apresentada foi referente a escassez de recursos e eficiência das políticas públicas. Para os ministros, dada a limitação dos recursos públicos, torna-se imperativo definir políticas e critérios que sejam aplicáveis de forma geral à população. Assim, não é viável para o poder público atender a todas as demandas por medicamentos

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes no RE 566471. Publicado em 06 set. 2024. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>>. Acesso em: 07.09.2024.

individualmente. A excessiva judicialização impõe sérios impactos às políticas públicas de saúde, comprometendo a organização, eficiência e sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS).

A segunda justificativa referiu-se a igualdade no acesso à saúde. Segundo os ministros da Suprema Corte, a concessão de medicamentos via decisões judiciais pode beneficiar indivíduos específicos, porém, seus efeitos repercutem de forma negativa no sistema de saúde como um todo, prejudicando a maioria da população que depende do SUS. Isso fere os princípios da universalidade e da igualdade no acesso aos serviços de saúde.

Por fim, o voto considerou o respeito à expertise técnica e à medicina baseada em evidências, no seguinte sentido: o Poder Judiciário deve adotar uma postura de autocontenção e deferência às avaliações realizadas por órgãos técnicos, como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), que possui a expertise necessária para avaliar a eficácia, segurança e custo-benefício de medicamentos. A concessão judicial de tratamentos deve estar pautada em avaliações científicas fundamentadas na medicina baseada em evidências.

O Pretório Excelso, por maioria, consagrou o voto conjunto proferido pelos Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente e Redator para o acórdão) e Gilmar Mendes, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator). Por fim, o Tribunal determinou, tal como no Tema 1.234, que as teses sejam transformadas em enunciado sintetizado de súmula vinculante, na forma do art. 103-A da Constituição Federal, com a seguinte redação: "A concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, deve observar as teses firmadas no julgamento do Tema 6 da Repercussão Geral (RE 566.471)".⁴⁹⁹

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel fundamental nas demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos de alto custo, especialmente no contexto da judicialização da saúde. A atuação da Corte em casos como o RE 566.471 demonstra a relevância de seu posicionamento na conciliação entre a proteção do direito fundamental à saúde e a escassez de recursos públicos. Através de suas decisões, o STF tem se esforçado para estabelecer parâmetros que garantam o acesso aos tratamentos necessários para casos excepcionais, sem comprometer a sustentabilidade das políticas públicas de saúde. O Tribunal,

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566471. Plenário, Sessão Virtual Extraordinária de 20.9.2024 (11h00) a 20.9.2024 (23h59). Acesso em: 26.09.2024.

ao analisar cada caso, busca respeitar a expertise técnica de órgãos como a Conitec, além de adotar a medicina baseada em evidências como critério para a concessão de medicamentos.

Nesse contexto, o STF tem sido um mediador crucial na ponderação entre o direito individual à saúde e a necessidade de preservar os princípios de universalidade e igualdade no acesso aos serviços de saúde pública. A imposição de limites claros, como os requisitos estabelecidos para a concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS, tem o objetivo de evitar a desorganização sistêmica e garantir que a atuação judicial não favoreça alguns indivíduos em detrimento da coletividade. Assim, o Supremo reafirma seu compromisso em proteger direitos fundamentais, mas de forma que o equilíbrio entre as demandas individuais e a capacidade financeira do Estado seja mantido.

Portanto, a reserva do possível atua como uma restrição legítima na efetivação dos direitos fundamentais, impondo que a concessão de medicamentos e tratamentos de alto custo seja condicionada à capacidade orçamentária e administrativa do Estado. Essa restrição não visa negar o direito, mas sim garantir que a alocação de recursos seja feita de maneira eficiente e sustentável, protegendo não apenas os direitos de alguns, mas a integridade do sistema de saúde como um todo. A adoção dessa teoria pelo STF reforça a necessidade de um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e as responsabilidades coletivas impostas ao Estado.

6. CONCLUSÃO

A análise dos direitos fundamentais realizada nesta dissertação revela que esses direitos, sejam de defesa ou prestações sociais, exigem a alocação de recursos materiais e humanos por parte do Estado. Tais direitos, que não são absolutos, podem sofrer restrições legítimas. A realização dos direitos fundamentais está, assim, ligada à capacidade estatal de alocar os recursos necessários.

Considerando a inevitável escassez de recursos públicos, torna-se impossível realizar plenamente todos os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, sem que isso implique o sacrifício de outros direitos igualmente importantes. A efetivação dos direitos sociais como direitos subjetivos depende da existência de condições financeiras adequadas, previsão orçamentária específica e respeito ao princípio democrático de alocação dos recursos pelo legislador.

Nesse contexto, levar os direitos a sério implica também reconhecer o problema da escassez. A reserva do possível, baseada no princípio romano *Impossibilium nulla obligatio est*, postula que obrigações impossíveis não podem ser exigidas. Dessa forma, a efetivação dos direitos fundamentais depende não apenas de sua consagração legal, mas também da disponibilidade de recursos para sua implementação.

A expressão reserva do possível possui raízes na jurisprudência alemã, sendo inicialmente formulada no julgamento conhecido como *numerus clausus*. A ideia central por trás desta teoria é a de que o indivíduo não pode exigir da coletividade direitos de maneira ilimitada, sem considerar a razoabilidade e a ponderação entre os interesses da sociedade como um todo.

A visão do Tribunal Constitucional Alemão de que as pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade são incompatíveis com a ideia do Estado social reflete a necessidade de balanceamento entre os direitos individuais e as possibilidades reais do Estado em implementá-los. Nesse sentido, a razoabilidade e a ponderação dos interesses coletivos e individuais são essenciais para garantir que os direitos sejam implementados de acordo com as possibilidades reais do Estado.

No Brasil, essa concepção foi adaptada para refletir a realidade financeira do Estado, com a doutrina dividindo a reserva do possível em fática, relacionada à disponibilidade financeira, e jurídica, ligada à previsão orçamentária. A reserva do possível ainda pode atuar

como garantia dos direitos fundamentais em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Como visto ao longo do trabalho, a doutrina brasileira reconhece que, embora de eficácia reduzida, as normas programáticas geram efeitos jurídicos significativos, especialmente ao limitar a atividade dos futuros legisladores. Nesse sentido, o Poder Legislativo fica impedido de adotar programas que contradigam os temas tratados por essas normas. Assim, os direitos subjetivos originados das normas programáticas são essencialmente direitos públicos subjetivos, exercidos em face do Estado e direcionados ao acesso a serviços ou benefícios fornecidos por ele.

Os Tribunais brasileiros têm buscado combinar a técnica de ponderação de princípios, por meio do princípio da proporcionalidade, com a preservação de um núcleo essencial considerado intangível. Essa abordagem visa garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, mesmo diante das restrições inevitáveis, sem comprometer a essência desses direitos.

Diante disso, torna-se imperativo que os órgãos do Poder Judiciário desenvolvam uma crescente conscientização sobre a necessidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Esses órgãos não só têm a prerrogativa, mas também o dever de zelar por esses direitos. No entanto, ao fazê-lo, devem agir com cautela e responsabilidade, seja ao conceder ou negar um direito subjetivo a determinada prestação social, seja ao declarar a inconstitucionalidade de medidas que afetam esses direitos.

Apesar das críticas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou a análise da reserva do possível como uma cláusula que impõe condicionamentos ao processo de concretização dos direitos sociais, que invariavelmente requerem investimentos. O entendimento do STF articula essa reserva como um binômio composto, de um lado, pela razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida contra o Poder Público e, de outro, pela existência de disponibilidade financeira para tornar efetivas as prestações demandadas. Esse entendimento é fundamental para a aplicação prática da teoria no contexto brasileiro, onde a escassez de recursos é uma realidade constante.

Adicionalmente, o STF consolidou o entendimento de que a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para a não implementação dos direitos que integram o mínimo existencial. Isso significa que, mesmo diante de restrições financeiras, o Estado deve garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sob pena de comprometer a dignidade humana e os princípios constitucionais. A proteção ao mínimo existencial, portanto, se sobrepõe às limitações impostas pela reserva do possível, assegurando que os direitos básicos sejam sempre resguardados.

Em casos de intervenção judicial, como nos pedidos de pagamento de precatórios, o STF tem rejeitado pedidos de intervenção com base na reserva do possível, alegando impossibilidade financeira. Nesses casos, o Tribunal recorre ao princípio da proporcionalidade para equilibrar o adimplemento das obrigações com os impactos sobre outros bens jurídicos.

Em recente julgado (RE 566.471), o STF entendeu que, em casos de medicamentos de alto custo não disponíveis no sistema de saúde, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que sejam comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para adquiri-lo. O entendimento também estabeleceu que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos que não estejam registrados na agência reguladora competente.

Ao analisar o caso, o Ministro Luis Roberto Barroso ressaltou que a jurisprudência brasileira referente à concessão de medicamentos tende a adotar uma abordagem individualista para tratar problemas sociais, quando, na verdade, a gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como uma política social. Essa política deve ser orientada pela avaliação criteriosa dos custos e benefícios envolvidos.

Portanto, na análise do caso concreto, é essencial que o julgador não se limite à consideração da disponibilidade financeira, mas utilize os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para evitar decisões que sejam excessivas ou insuficientes. O julgador deve verificar o que o indivíduo pode exigir de forma razoável do Estado e da sociedade, levando em conta tanto as necessidades individuais quanto as limitações impostas pela realidade orçamentária.

Assim, a possibilidade de exigência de um direito social, em um caso concreto, dependerá da fundamentação jurídica apresentada pelo demandante, das justificativas oferecidas pelo gestor público em relação ao orçamento disponível para a concretização do direito fundamental em questão, bem como da forma como este gestor administra (ou administrou) os recursos públicos sob sua responsabilidade.

O Direito, portanto, oferece uma resposta para os casos em que os recursos são limitados, garantindo que as decisões judiciais sejam tomadas com base em critérios claros e racionais. Não se pode admitir a exigência de prestações materiais de direitos por parte do Estado sem a devida análise dos custos decorrentes de sua implementação. Essa abordagem assegura que os direitos fundamentais sejam realizados de maneira sustentável e justa, respeitando tanto as necessidades dos indivíduos quanto as capacidades do Estado.

Ademais, a aplicação da reserva do possível exige que o Judiciário utilize o princípio da proporcionalidade para ponderar entre as necessidades dos indivíduos e as limitações do Estado, assegurando que direitos essenciais sejam protegidos mesmo em face de restrições orçamentárias. Portanto, conclui-se que a reserva do possível, quando aplicada de maneira criteriosa e equilibrada, pode ser vista não apenas como uma restrição, mas como uma garantia de que os direitos fundamentais serão implementados de forma justa e sustentável.

Portanto, conclui-se que a efetivação dos direitos fundamentais depende não apenas de sua consagração formal, mas também da disponibilidade de recursos materiais e financeiros que permitam sua concretização. A reserva do possível, caracterizada com restrição aos direitos fundamentais, quando aplicada com responsabilidade e sensibilidade, permite que o Estado cumpra suas obrigações constitucionais de maneira justa e eficaz, preservando o bem-estar de todos os cidadãos e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1999, p. 110-148.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: critérios** jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4 ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 5, p. 35–53, 2007. DOI: 10.21056/aec.v0i5.773. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/773>. Acesso em: 14 ago. 2024.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. 12 ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.
- BLECKMANN, Albert. **Staatsrecht II: Die Grundrechte**. 4 ed. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn: München, 1997.
- BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 2008. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127/>. Acesso em: 10.06.2024.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n.º 1.246**, Relator: Min. Celso de Mello, decisão em 31 jan. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Intervenção Federal n.º 470-5**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Diário da Justiça, 20 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 51-RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15 mar. 2000. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI%2051-RJ&base=baseAcordaos>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45 MC/DF**, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 29 abr. 2004. Arguição: Presidente da República. Arguição: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2024**. Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE. Tribunal Pleno. Julgado em 03 de maio de 2007. Diário de Justiça Eletrônico (DJe), nº 042, divulgações em 21 de junho de 2007 e publicações em 22 de junho de 2007. Diário da Justiça (DJ), 22 de junho de 2007, p. 16. Ementa: vol. 02281-01, p. 128. Revista de Direito do Trabalho (RDDT), n. 143, 2007, p. 230-231.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 639337 AgR/SP**, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 23 ago. 2011. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 4733**, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 13 jun. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, DJe-238, divulgado em 28 set. 2020, publicado em 29 set. 2020. Processo eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1172544**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 13 jun. 2019. Publicação: 19 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 971959**, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14 nov. 2018. Processo Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito. DJe-190, divulgado em 30 jul. 2020, publicado em 31 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 172136**, Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, DJe-283, divulgado em 30 nov. 2020, publicado em 1 dez. 2020. Processo eletrônico. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7149**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26 set. 2022. *Diário de Justiça Eletrônico*, DJe-199, divulgado em 04 out. 2022, publicado em 05 out. 2022. Processo eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 500: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA**. Relator: Min. Marco Aurélio. Leading Case: RE 657718. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussaoGeral>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 566471/RJ. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2024.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. 6 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 9 ed. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. 4 ed. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003. p. 28.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 741.

DEPENHEUER, Otto. § 269 Vorbehalt des Möglichen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (eds.). **Handbuch des Staatsrechts**. 3. ed. Vol. XII. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 557.

DEPENHEUER, Otto; GRZESZICK, Bernd. Zwischen gesetzlicher Haftung und politischer Verantwortlichkeit-Sanktionen des Parteiengesetzes bei Verletzung des Transparenzgebotes. **Deutsches Verwaltungsblatt**, n. 11, p. 736-740, 2000.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Análise Cesta Básica**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 05 set. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELSTER, Jon. **Local Justice**. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens. New York: Russel Sage Foundation, 1992.

FARIELLO, Luiza. **TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde**. Conselho Nacional de Justiça, 11 dez. 2017. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 13 set. 2024.

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAIER, Reinhard. Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível. In: **Seminário Internacional Brasil-Alemanha**, 2., 2011, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=E3zeSeg183c> e <https://www.youtube.com/watch?v=Dm5xNsvinl&rfeature=relmfu>. Acesso em: 26 ago. 2013. Versão impressa: *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Thompson Flores (português/alemão)*: 16 e 17 jun. 2011, Florianópolis. Brasília: CJP, 2011. 129 p. il. (Série Cadernos CEJ: 27). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecaderosej-27brasil-alemanha.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024.

GAIER, Reinhard. **Der Vorbehalt des Möglichen als Gebot richterlicher Selbstbeschränkung, in Demokratie-perspektiven: festschrift für brun-otto bryde zum 70.** 1 ed. Geburtstag, 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem Em Árvores**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Revista da EMERJ**, v. 8, nº 32, 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2183>. Acesso em 13.09.2024.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985.

GRIMM, Dieter. “Grundrechte und soziale Wirklichkeit”, in: W. Hassemer/W. Hoffmann-Riem/J. Limbach (Org). *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 1982.

GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung**, 2. ed., Fankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2023** / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=publicacoes>. Acesso em 05 set. 2024.

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (IFI). Relatório de Acompanhamento Fiscal. Brasília: Senado Federal, 15 set. 2022. n. 56. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle>. Acesso em: 13 set. 2024.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 12 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 151.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. 4 ed. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LISBOA, M.; MENDES, M. **Intensificação da crise fiscal**. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.

LISBOA, M.; MENDES, M.; MACHADO, L. M.; BARROS, R. P.; BOTELHO, V. **Uma agenda econômica pós-pandemia: parte I – qualidade do gasto público e tributação**. São Paulo: Insper, 2020. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Uma-agenda-econ%C3%B4mica-p%C3%B3s-pandemia-parte-I-1.pdf>>. Acesso em: 06.09.2024.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível" In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 180-181.

MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Conselho Nacional de Justiça, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 13 set. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

MUNARETTO, Lino: Ein Recht auf Impfung?: Zwischen Teilhaberecht und dem Gebot der Kapazitätsausschöpfung, **VerfBlog**, 2021/3/04, <https://verfassungsblog.de/ein-recht-auf-impfung/>, DOI: 10.17176/20210304-110514-0. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/ein-recht-auf-impfung/>. Acesso em 10 set. 2024.

MUNARETTO, Lino. **Der Vorbehalt des Möglichen: Öffentliches Recht in begrenzten Möglichkeitsräumen**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

MUNARETTO, Lino. Fundamental Rights and Limited Possibilities: The Proviso of the Possible in European Fundamental Rights Doctrine. **German Law Journal**, Volume 25, Issue 2, March 2024, pp. 185 - 209. DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2023.114>.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. de. **Direitos Fundamentais e as Novas Tecnologias: A Quinta Dimensão dos Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Editora Jurídica, 2020.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, ano 1, v. 2, p. 163-185, set./out. 2013.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível**. Revista de informação legislativa Imprensa: Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações." In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 181.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

WOLFGANG, Ingo. **Direitos fundamentais e estado constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 ago. 2024.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos**. Interesse Público 32: 226, 2005.

SCHOLLER, Heinrich. Die Störung des Urlaubsgenusses eines» empfindsamen Menschen «durch einen Behinderten—Bemerkungen zum Frankfurter Behinderten-Urteil. **Juristenzeitung**, v. 35, n. 20, p. 672-677, 1980.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. 8 ed. São Paulo: Montevideo, 2005.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**: Volume I. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, abril 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado** n° 4, out./dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. 5. O Orçamento na Constituição. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W. TIMM, L. B. (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 349-371, 2010.