

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

1

## A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PODER JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS

SILVA, Stefanie Costa da<sup>1</sup>  
TOLFO, Andreia Cadore<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 1 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS; 2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTA NO § 1º DO ARTIGO 5º DA CF/88; 3 O JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS; 4 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

### RESUMO

A Constituição Federal de 1988 contempla uma série de direitos fundamentais em seu texto, abrangendo tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais e também os direitos de solidariedade. Contudo, a simples previsão dos referidos direitos no texto constitucional não assegura a sua eficácia, ou seja, a sua efetividade nos casos concretos. Nesta seara, ganha destaque a questão da eficácia dos direitos fundamentais prevista no § 1º do artigo 5º da Constituição, cujo conteúdo estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Contudo, atualmente, se vivencia uma crise de efetividade em relação aos direitos fundamentais que demandam recursos financeiros por parte do Estado para se concretizarem, principalmente os direitos sociais. Isso tem provocado a judicialização dos direitos fundamentais. Diante deste contexto, este trabalho tem por objetivo analisar a atuação do Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais, sobretudo diante da alegação da reserva do possível por parte do Estado. O trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e utiliza o método dedutivo. O trabalho destaca que mesmo que o Estado alegue que deva satisfazer os direitos fundamentais sociais na medida em que o orçamento público permita, o Judiciário tem procurado dar guarida aos direitos previstos constitucionalmente, sobretudo em situações em que está em risco o mínimo existencial.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Eficácia; Poder Judiciário.

### ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 includes a number of fundamental rights in its text, covering both civil and political rights, such as social rights and also the rights of solidarity. However, the simple prediction of these rights in the Constitution does not guarantee its effectiveness, ie its concretion in specific cases. In this area, is highlighted the question of the effectiveness of the fundamental rights provided for in § 1 of Article 5 of the Constitution, the content of which states that the provisions defining fundamental rights and guarantees have

---

<sup>1</sup>Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha (URCAMP). E-mail: stehcs@gmail.com

<sup>2</sup>Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Coordenadora do Projeto de Pesquisa Direitos Sociais: desafios no efetivo cumprimento dos direitos de 2ª geração no Brasil, financiado pelo Programa Institucional de Apoio a Projetos de Pesquisa (PAP) da URCAMP. E-mail: andcadore@gmail.com

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

2

immediate application. However, currently it is experiencing a crisis of effectiveness in relation to fundamental rights that require financial resources from the state to materialize, especially social rights. This has led to the judicialization of fundamental rights. Given this context, this study aims to analyze the performance of the Judicial Power as concretizing of fundamental rights, particularly in light of the claim of the reservation is possible by the state. The work is based on bibliographic and jurisprudential research and uses the deductive method. The work points out that even if the State claims that should satisfy the fundamental social rights to the extent that the public budget permits, the judiciary has sought to give shelter to the rights provided constitutionally, especially in situations where risk is the existential minimum.

**Key words: Fundamental rights; Effectiveness; Judicial power.**

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, os países democráticos possuem em seu ordenamento jurídico normas acolhendo as diversas gerações de direitos humanos. Esses direitos do homem previstos na Constituição do Estado são denominados direitos fundamentais. A previsão desses direitos na Constituição, que é o documento máximo da ordem jurídica nacional, traz a possibilidade de o indivíduo exigir do Estado prestações para efetivação dos direitos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê uma série de direitos fundamentais em seu texto, abarcando tanto os direitos civis e políticos (denominados de direitos de primeira geração), como os direitos sociais (direitos de segunda geração) e os direitos de solidariedade (direitos de terceira geração).

Entretanto, apesar da previsão de tais direitos no texto constitucional, ao se investigar a eficácia dos direitos fundamentais no Brasil, percebe-se que a realidade denota a falta de efetividade dos mesmos, já que é possível se deparar com violações diárias de direitos, como direito à vida, à liberdade, à integridade física, à saúde, à educação, etc. Neste panorama, os direitos que mais encontram dificuldades na sua implementação são os direitos sociais, que requerem a atuação positiva por parte do Estado. Nota-se, então, que a simples previsão dos referidos direitos no texto constitucional não assegura a sua eficácia, ou seja, a sua efetividade nos casos concretos.

Além de ser válida e ter vigência, a norma constitucional precisa ter eficácia para que realmente seja cumprida na prática. No que diz respeito à eficácia, as normas constitucionais são tradicionalmente classificadas como normas de eficácia plena, contida e limitada. Nesta seara, ganha destaque a questão da eficácia dos direitos fundamentais prevista no § 1º do

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

3

artigo 5º da Constituição, cujo conteúdo estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

Entretanto, no Brasil, atualmente, se vivencia uma crise de efetividade em relação aos direitos fundamentais, principalmente dos direitos que necessitam de recursos financeiros por parte do Estado para se concretizarem. Esses direitos são os chamados direitos de segunda geração, tais como o direito à saúde e à educação, os quais demandam atuação positiva por parte do Poder Público.

Essa realidade conduz as pessoas que não tiveram suas demandas atendidas na via administrativa a recorrer ao Poder Judiciário, provocando a chamada judicialização dos direitos fundamentais. Assim, diante da dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, verifica-se o aumento da demanda do Poder Judiciário para a garantia dos direitos.

Diante deste contexto, este trabalho tem por objetivo analisar a atuação do Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais, sobretudo diante da alegação da reserva do possível por parte do Estado. O trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e utiliza o método dedutivo.

## 1 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 proporcionou grandes mudanças substantivas do ponto de vista dos direitos fundamentais, a fim de garantir a segurança jurídica, bem como a estabilidade da sociedade, mediante os direitos e garantias conquistados ao longo da história. A respeito disso, Alexandre de Moraes (2012, p. 6) nota que:

A Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação de um Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, bem como a distribuição de competências, direitos e garantias e deveres dos cidadãos.

Neste mesmo sentido, Chimenti et al. (2009, p. 2) salienta que a Constituição é o conjunto de normas essenciais que disciplina a organização do Estado e dá fundamento de

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

4

validade às suas leis. Ressalta-se assim, a superioridade hierárquica das normas constitucionais em relação às demais, conforme aponta José Afonso da Silva (2011, p. 46):

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competência governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

José Afonso da Silva (2011, p. 46) observa que todas as normas do ordenamento jurídico validam-se, apenas, se estiverem conforme a Constituição. Mas, conforme o autor referido “a positividade do Direito não se confunde com sua vigência nem com sua eficácia”. Silva (2015, p. 65), observa que a aplicabilidade das normas depende “especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia”.

A vigência é análise “no seu sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada” (SILVA, 2015, p. 51), e indica existência da norma. A validade diz respeito à compatibilidade da norma com a Constituição. Já a eficácia refere-se à capacidade de atingir o objetivo da norma, que é dado pelo legislador (SILVA, 2015, p. 66).

Para que a norma possa produzir seus efeitos, ela depende de diversos fatores. A respeito da eficácia da norma constitucional Tércio Sampaio Ferraz Jr. (apud SILVA, 2014, p. 228), explica que “eficaz é a norma (a) que tem condições fáticas de atuar, por ser adequada em relação à realidade, e (b) que tem condições técnicas de atuar, por estarem presentes os elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos”.

Alexandre de Moraes (2012, p. 12) observa que as normas constitucionais são classificadas quanto à sua eficácia conforme a doutrina de José Afonso da Silva, que as apresenta como: normas de eficácia plena, norma de eficácia contida e norma de eficácia limitada. Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 213) menciona que o STF adota o modelo proposto por José Afonso da Silva, sendo que algumas vezes com menção expressa ao autor e algumas vezes com referência ao conceito de norma de eficácia plena, como conceito já consolidado no direito constitucional brasileiro.

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

5

São normas de eficácia plena, e aplicabilidade direta, imediata e integral as normas que estão aptas a produzir todos os seus efeitos no momento de sua entrada em vigor, independente de norma infraconstitucional que venha a complementá-la. Já as normas constitucionais de eficácia contida, têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, pois apesar de sua eficácia, poderão ter sua abrangência reduzida com legislações posteriores (LENZA, 2013, p.234).

Por sua vez, as normas de eficácia limitada são as que apresentam aplicabilidade mediata, pois somente produzem todos os seus efeitos após uma norma posterior desenvolver a sua aplicabilidade. Será a norma posterior que tornará possível o exercício do direito previsto, sendo que enquanto não for criada essa outra norma, não haverá produção de efeitos positivos (MORAES, 2012, p. 12-13).

No contexto das normas de eficácia limitada, destacam-se as normas programáticas, que contém programas a serem desenvolvidos pelo Estado. Neste caso, ao invés de regular desde já o assunto, a Constituição transfere ao legislador tal encargo. As normas programáticas limitam-se a enunciar as linhas diretoras que devem ser perseguidas pelos Poderes Públicos, como saúde, educação, lazer e moradia (BULOS, 2011, p. 474). Assim, tais normas ficam na dependência da criação de leis e políticas públicas que desenvolvam a sua aplicabilidade.

## **2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTA NO § 1º DO ARTIGO 5º DA CF/88**

Diante do avanço do texto constitucional de 1988, Sarlet (2012, p. 63) afirma que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio a matéria dos direitos fundamentais foi tratada com a merecida relevância. Assim, resultando na afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 231).

Aduz Moraes (2006, p. 3) que o respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é a pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático. Para José Afonso da Silva (2015, p. 181), tais direitos, ao

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

6

assumirem o caráter de normas positivas constitucionais, “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade, e liberdade da pessoa humana”.

Os direitos fundamentais classificam-se em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, conforme a ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos (MORAES, 2012, p. 29). Por outro lado, como observa Lenza (2013, p. 1028), também há uma tendência em se classificar as gerações de direitos, em “dimensões” dos direitos fundamentais, pois uma nova conquista não abandonaria as conquistas anteriores.

A primeira geração de direitos refere-se às conquistas decorrentes das Revoluções americana e francesa, em que se pretendia a abstenção dos governantes na vida pessoal de cada indivíduo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233). São exemplos de direitos de primeira geração o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, etc.

Referindo-se aos chamados direitos de segunda geração, Lenza (2013, p. 1029) nota que o momento histórico que os inspira e impulsiona esses direitos é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, sobretudo em razão das péssimas situações e condições de trabalho, na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social.

Assim, os direitos de segunda geração requerem a atuação dos Poderes Públicos, mediante a ação direcionada à assistência social, saúde, educação, trabalho e lazer etc. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233). Ou seja, esses direitos exigem do Estado uma prestação positiva, a qual deve ocorrer mediante políticas públicas de caráter social (BARRETTO, 2012, p. 9).

Por fim, os direitos de terceira geração, têm titularidade difusa e coletiva, em razão que se direcionam à proteção da coletividade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 234). Novos problemas e preocupações mundiais surgem, como às relacionadas à preservação ambiental e as dificuldades para a proteção dos consumidores. Neste contexto, o ser humano é inserido em uma coletividade e para a ter direitos de solidariedade ou fraternidade (LENZA, 2013, p. 1030).

Alguns autores mencionam a quarta ou até a quinta geração de direitos que decorrem do avanço da ciência, como da engenharia genética e da era da informática. Entretanto, não há consenso entre os autores a respeito dos direitos inclusos nessas gerações, os quais ainda se

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

7

encontram em processo de evolução.

Na Constituição brasileira os direitos fundamentais estão previstos em diversos dispositivos, principalmente no artigo 5º. Após trazer uma ampla relação de direitos fundamentais, o artigo 5º da Constituição Federal, em seu § 1º, prevê que:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Diante da previsão constitucional no sentido de que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata questiona-se a eficácia desse tipo de norma, ou seja, se os direitos fundamentais teriam eficácia plena. Para Zulmar Fachim (2012, p. 245-246) os direitos fundamentais são autoaplicáveis, não precisando de regulamentação para ser aplicados nos casos concretos, pois essa seria a interpretação que decorre do artigo 5º, § 1º, a qual garante e efetividade a todos esses direitos que estão previstos em vários dispositivos constitucionais.

Já Bulos (2011, p. 472), considera que nem todas as liberdades públicas do artigo 5º produzem efeitos plenos. Isso ocorre porque algumas vezes é a própria Constituição que exige a criação de leis para complementar o dispositivo constitucional, dando-lhe, assim, implementação. Para o referido autor, os direitos fundamentais são autoaplicáveis, com eficácia plena, se não estiverem na dependência de criação de lei posterior.

Para Lenza (2013, p. 241), os direitos fundamentais de primeira dimensão, em regra, são de aplicabilidade imediata. Mas os direitos de segunda dimensão, que definem os direitos sociais nem sempre são de eficácia plena, pois muitas vezes dependem de normas posteriores que lhe viabilizem a sua aplicabilidade.

Nessa situação destacam-se os direitos fundamentais que demandam recursos financeiros por parte do Estado para que se alcance a eficácia e efetividade, ou seja, os direitos de segunda geração, tais como o direito à saúde e à educação. Sobre isso, Sarlet (2013, p. 31) salienta que “a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudez pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior e menor carência de recursos disponíveis”.

## **3 O JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Apesar de a Constituição brasileira prever expressamente os direitos fundamentais em seu texto, contemplando os direitos referentes às três gerações antes mencionadas, e de prever que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, na prática verifica-se um grande déficit na efetividade dos mesmos.

Esta deficiência na eficácia dos direitos fundamentais é sentida principalmente em relação aos direitos de segunda geração (direitos sociais) os quais requerem atuação positiva por parte do Estado para se concretizarem. Assim, por exemplo, para se concretizar, o direito à saúde requer diversas providências do Poder Público, como a construção de hospitais, a contratação de médicos e o fornecimento de medicamentos. Da mesma forma, o direito à educação demanda a construção e manutenção de escolas, contratação de professores, fornecimento de material e merenda escolar, etc.

A falta de investimento em áreas com a da saúde, da educação e da moradia, a falta ou o descumprimento de políticas públicas, o desvio de verbas públicas, dentre outros fatores, contribui para a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais. Assim, a satisfação dos direitos fundamentais, pretendida pela Constituição, muitas vezes não se reproduz na realidade das pessoas.

Essa realidade faz com que pessoas que não tiveram suas demandas atendidas na via administrativa recorram ao Poder Judiciário, provocando a chamada judicialização dos direitos. Ou seja, diante da dificuldade de efetivação dos direitos sociais, sobretudo em razão da precariedade dos recursos disponíveis, verifica-se o aumento da demanda do Poder Judiciário para a garantia dos direitos.

Para Leal, Alves e Meotti (2015, p. 126), a judicialização decorre principalmente da redemocratização (que ocorreu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988), da cidadania ativa (que requer maior participação pelos cidadãos na busca dos seus direitos e deveres), da transformação do Poder Judiciário em um poder político e da constitucionalização de inúmeras matérias.

Conforme Leal, Alves e Meotti (2015, p. 129):



# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

9

A atuação do Poder judiciário mostra-se fundamental para o exercício da cidadania, e, por outro lado, as decisões judiciais têm tensionado os colaboradores e os executores das políticas públicas, que acabam pressionados a garantir a efetivação de direitos sociais.

Nesse mesmo sentido são as considerações de Badin (2013, p.43), ao referir que a judicialização das políticas públicas é resultado da intensa participação popular no processo de formulação de políticas públicas, após o fim da ditadura militar brasileira (1964/1985). Assim, a judicialização está intimamente ligada ao maior acesso à justiça, bem como ao exercício da cidadania e da democracia, que presume a modificação da teoria clássica de separação dos poderes (BADIN, 2013, p. 43).

O Estado Democrático de Direito visa proteger, garantir e concretizar os direitos fundamentais, havendo uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que deverão agir com muita cautela e responsabilidade, seja ao concederem, seja ao negarem um direito subjetivo à determinada prestação social (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

A judicialização corresponde ao ato de se transferir para o Poder Judiciário decisões que deveriam ser tomadas pelos demais Poderes do Estado (Executivo e Legislativo). Trata-se de colocar sob análise do Poder Judiciário questões que envolvem o reconhecimento e a concretização de direitos (GANDINI; BARIONE; SANTOS, 2010, p. 258).

Neste ambiente, se discute a respeito da possível intromissão do Poder Judiciário nos assuntos decorrentes de políticas públicas. Questiona-se, com base na teoria da separação dos poderes, se seria legítima a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, que decorrem da função típica do Poder Executivo que é administrar.

A respeito disso, Gandini, Barione e Santos (2010, p. 259) observam que quando o Judiciário determina a implementação de políticas públicas não ocorre invasão de poderes nem ofensa à Constituição, já que a sua atuação tem por objetivo preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Além disso, o Judiciário não está autorizado a criar políticas públicas, mas apenas a implementar as já existentes.

De acordo com o entendimento do STF, esboçado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 julgada pelo Ministro Celso de Mello, embora o Poder

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

10

Judiciário não possua atribuição de promover políticas públicas, este órgão exercerá de forma excepcional a implementação das mesmas quando:

[...] os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, [...].

Em relação aos direitos que requerem prestações positivas do Estado também houve a superação na noção de que os direitos sociais seriam conteúdo de norma de caráter programático. A partir da década de noventa a jurisprudência evoluiu no Brasil, no sentido de reconhecer a força normativa da Constituição, passando-se a considerar que as políticas públicas são perfeitamente sindicáveis (BINS, 2013). Desta forma, cada vez mais as pessoas estão procurando o Poder Judiciário para ter direitos atendidos.

Porém, com o aumento no número de ações sobre a matéria, a atuação judicial no âmbito das prestações públicas de saúde atingiu patamar tal que se tornou ponto de tensão, sobretudo no que se refere aos impactos das decisões judiciais sobre o orçamento público. Também aumentaram as discussões sobre a interpretação do direito à saúde à luz de noções de justiça comutativa ou distributiva, questionando-se sobre o prejuízo criado pelas ordens judiciais no atendimento de outras pessoas (BINS, 2013).

Na judicialização dos direitos sociais, como o direito à saúde, se sobressai, principalmente, a questão dos reflexos da decisão judicial que determina o cumprimento desse direito no orçamento público dos entes federados. As decisões judiciais que determinam a prestação do direito à saúde, com, por exemplo, fornecimento de medicamentos não disponíveis nas listas do SUS ou cirurgias complexas, geram despesas não previstas no orçamento dos entes federados. Isso traz à tona a discussão sobre a reserva do financeiramente possível.

## **4 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

11

A maioria dos direitos sociais necessita de prestação material do Estado, demandando recursos públicos para sua efetivação. Quando esses direitos são cobrados judicialmente do Estado, muitas vezes o Poder Público invoca o princípio da reserva do possível para justificar a não satisfação desse direito no caso concreto.

A reserva do possível tem origem na doutrina alemã, na famosa decisão acerca da disponibilidade de vagas para acesso ao ensino superior. Na decisão judiciária alemã destaca-se a limitação imposta à concessão de prestações materiais por parte do Estado à disponibilidade de recursos públicos. Da mesma forma, a decisão considera que a prestação reivindicada pelo indivíduo deve corresponder ao que razoavelmente se possa exigir da sociedade (SARLET, 2010, p. 287).

Surge então, a problemática da efetiva disponibilidade do objeto para satisfação do direito, questionando-se se o destinatário da norma (Estado) se encontra em condições de dispor da prestação reclamada. Assim, o Estado se encontra na dependência da real existência dos meios financeiros para cumprir com sua obrigação. Já há tempo considera-se que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de forma que a limitação dos recursos públicos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos (SARLET, 2010, p. 286).

E esse é o ponto central no debate sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para garantir um direito social, como o direito à saúde, no caso concreto, pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos não previstos. Considerando que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante (WANG, 2008, p. 540).

Desta forma, de acordo com o princípio da reserva do possível, o Estado tem o dever de assegurar o cumprimento dos direitos sociais previstos na Constituição, mas na medida em que isso seja possível. Mas isso significa a possibilidade do Estado deixar de cumprir suas

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

12

obrigações sob a alegação genérica de que não existem recursos suficientes, sendo necessário, em cada caso, demonstrar a impossibilidade financeira de sua concretização pelo Estado. Assim, o Estado não pode invocar de forma irresponsável a reserva do possível para exonerar-se de suas obrigações constitucionais (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 242-243).

Segundo Wang (2008, p. 541):

Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único.

Neste contexto, deve-se considerar que nas políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, como ao direito à saúde, a Administração tem a difícil tarefa de eleger quais as necessidades mais importantes (em um universo em que todas as necessidades são importantes) e garantir que os recursos financeiros disponíveis sejam suficientes para atendê-las (GANDINI; BARIONE; SANTOS, 2010, p. 270). Ou seja, a escassez de recursos econômicos faz com que o governo tente atender de forma gradativa os direitos, havendo seleção de prioridades.

Exemplificando, torna-se mais coerente garantir a todos medicamento de uso contínuo (como os de tratamentos de doenças comuns como diabete e hipertensão) do que esgotar os recursos orçamentários com fornecimento de certos medicamentos de alto custo para tratamento de câncer, que acomete apenas parcela da população (GANDINI; BARIONE; SANTOS, 2010, p. 270).

Muitas vezes as decisões judiciais que obrigam o Poder Público a fornecer certos medicamentos ou tratamentos são criticadas pela Administração e por parte de sociedade, sobretudo diante do suposto prejuízo suportado pela coletividade, que é privada de recursos que são destinados a uma única pessoa em detrimento dos demais (GANDINI; BARIONE; SANTOS, 2010, p. 271). Isso demonstra a necessidade do Judiciário analisar cada caso específico, com ponderação dos reflexos da sua decisão.

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

13

Em razão da capacidade financeira limitada do Estado, se estabelece a reserva do possível, que é um dos grandes temas em pauta entre os juristas, revelando-se, portanto, a efetivação dos direitos fundamentais sociais como um dos maiores desafios na atualidade. Assim, em razão da demanda orçamentária, que se faz necessária para ter-se a efetividade do direito, os direitos fundamentais são afetados pela reserva do possível (SARLET, 2013, p. 41).

Fonte (2015, p. 140) observa que para a efetivação dos direitos sociais, a reserva do possível estabelece um planejamento, através de uma discussão em que as pretensões de determinados serviços em face do Estado sejam avaliadas com as a devida razoabilidade. Neste mesmo sentido, Ana Paula de Barcelos (apud FONTE, 2015, p. 22) entende que compete à Administração Pública o cumprimento das normas constitucionais, acrescentando ainda que “cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc.”, uma vez que é a capacidade financeira que definirá o índice de efetividade dos direitos competentes à Administração Pública.

Portanto, faz-se necessário que os juristas conheçam as consequências das decisões, “levando em consideração os princípios constitucionais -, do mínimo existencial, da reserva do possível, dentre outros compatíveis com a demanda” (LEAL, ALVES e MEOTTI, 2015, p. 119), ainda que haja respeito às finanças públicas, pois assim, respeita-se a soberania popular, posto que “o orçamento, ao menos em tese, é o resultado das decisões alocativas efetuadas pelos representantes do povo” (FONTE, 2015, p.148).

Acerca da reserva do possível, Sarlet e Figueiredo (2008) sustentam haver uma dimensão tríplice, com vínculos entre si e os princípios constitucionais, para garantia dos direitos sociais prestacionais, 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.

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

14

Por outro lado, Fonte (2015, p.146) aponta que mesmo que a Administração Pública tenha orçamento para determina demanda, não se pode ultrapassar a rubrica orçamentária, de forma a não violar regras e princípios orçamentários, pois assim estaria sujeito à responsabilização pública, nos termos do art. 85 da Constituição, e até mesmo por improbidade administrativa.

Para Sarlet e Figueiredo (2008):

Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada “reserva do possível” na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.

Mesmo diante dos entraves criados pela doutrina da reserva do possível na efetividade dos direitos fundamentais, considera-se que tal princípio deve ser relativizado diante do mínimo existencial. Segundo Ana Paula de Barcellos (2008, p. 272-278), o mínimo existencial é composto pelo núcleo do princípio da dignidade humana, sendo dotado de eficácia e de exigibilidade. Como o mínimo existencial busca garantir condições materiais essenciais à dignidade da pessoa humana (princípio que é prioridade do Estado brasileiro), o mesmo não deve se sujeitar à reserva do possível.

Na definição de mínimo existencial é importante considerar as observações do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello no AG. Reg. nº 639.337/SP:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

15

Em se tratando do mínimo existencial, a discussão da reserva do possível não deveria ser considerada nesse contexto, pois se presume que o Poder Público dispõe de recursos para atender as necessidades mínimas que compõem o núcleo básico de direitos das pessoas (BARCELLOS, 2008, p. 272-278).

Sarlet e Figueiredo (2008) notam que diante de situações que envolvem elementos como a reserva do possível e o mínimo existencial, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial. Não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes, que sequer foram objeto de testes minimamente seguros. Assim, há necessidade de averiguação (com produção de prova e sujeição ao contraditório) do que efetivamente representa o mínimo existencial em cada caso e qual a necessidade (não apenas financeira) em dar atendimento ao pleito.

Desta forma, a invocação da reserva do possível pela Administração Pública não pode justificar a omissão do Estado em relação à implementação dos direitos sociais, principalmente nas situações em que se discute a garantia do mínimo existencial. O condicionamento da efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, à discricionariedade do Estado corresponde à própria negação desses direitos.

## **CONCLUSÃO**

A Constituição Federal de 1988 contempla a previsão de diversos direitos fundamentais, sendo que para que ocorra a efetividade dos mesmos, em muitas situações torna-se necessário prestações positivas por parte do Estado. Neste sentido, o texto constitucional, ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais em seu artigo 5º, no § 1º, estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

Diante do referido dispositivo legal, alguns doutrinadores brasileiros consideram que os direitos fundamentais são autoaplicáveis, não precisando de regulamentação para ser

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

16

aplicados nos casos concretos. Por outro lado, outros doutrinadores ressaltam que nem todos os direitos fundamentais produzem efeitos plenos, porque algumas vezes é a própria Constituição que exige a criação de leis posteriores para complementar o dispositivo constitucional. Nesse sentido, especificamente no caso dos direitos sociais, é necessária a criação de políticas públicas que viabilizem a aplicabilidade desses direitos.

Entretanto, a realidade brasileira é marcada pela falta de investimento em áreas com a da saúde, da educação e da moradia, a falta ou o descumprimento de políticas públicas e o desvio de verbas públicas. Desta forma, a efetividade dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, muitas vezes não ocorre na realidade das pessoas.

Em face da não satisfação dos direitos pelo Poder Público, muitas pessoas recorrem ao Poder Judiciário buscando uma ordem judicial que determine ao Estado o cumprimento do direito. Ocorre, assim, a judicialização dos direitos fundamentais, verificando-se o aumento da demanda do Poder Judiciário para a garantia dos direitos. Essa situação de omissão da Administração Pública tem consolidado o Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais.

Contudo, no Brasil, para que haja a concretização plena dos direitos fundamentais, muitos obstáculos se apresentam, sobretudo de caráter financeiros. Mesmo diante de discussão judicial para cumprimento de direitos, o Estado tem salientado os limites orçamentários à prestação de serviços públicos, alegando a reserva do possível. A doutrina e a jurisprudência têm se empenhado para evitar que a reserva do possível forneça ao Estado uma escusa para justificar o seu não comprometimento com a eficácia dos direitos fundamentais.

Mesmo que o Estado invoque a reserva do possível, sustentando que o Poder Público deve satisfazer os direitos sociais na medida em que o orçamento público permita, o Judiciário tem procurado dar guarida aos direitos previstos constitucionalmente, sobretudo nos casos em que o pedido feito envolve situações em que está em risco o mínimo existencial.

Assim agindo, o Poder Judiciário confere eficácia a direitos fundamentais no caso concreto, evidenciando a omissão do Poder Público em relação à satisfação de direitos consagrados na Constituição, em relação aos quais incumbe ao Poder Executivo criar condições que possibilitem a sua concretização.



# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

17

## REFERÊNCIAS

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. vol. 12. Niterói-RJ: Impetus, 2012.

BINS, Denise Dias de Castro. **Panorama do direito constitucional à saúde no contexto brasileiro: consagração, acesso e judicialização**. Revista de Doutrina TRF4. 2013.  
Disponível em: < [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Denise\\_Bins.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Denise_Bins.html) >. Acesso em: 12 abril 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIM, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FONTE, Felipe Melo de. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (Org). **Direito à Vida e à Saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas. **A jurisdição constitucional brasileira: perspectivas e desafios**. São Paulo: Editora Jurídicas, 2015.

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Método, 2010.

# 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

18

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, 2010.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina, TRF4. ed. 24. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 12 abril 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

WANG, Daniel Wei Ling. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV, São Paulo. Jul-Dez 2008. p. 539-568. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 08 abril 2016.