



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ALICE CRISTINA CHAVES**

**TEORIA DOS LIMITES IMANENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A  
PERSPECTIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**LAVRAS – MG  
2023**

**ALICE CRISTINA CHAVES**

**TEORIA DOS LIMITES IMANENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A  
PERSPECTIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras como parte das  
exigências do curso de graduação em  
Direito.

Orientador(a): Prof. Dr. Guilherme  
Scodeler de Souza Barreiro

**LAVRAS – MG**

**2023**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico  
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

C512t Chaves, Alice Cristina.  
Teoria dos limites iminentes sob a perspectiva da reserva do possível /  
Alice Cristina Chaves. – Lavras: Unilavras, 2023.

60f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras,  
2023.

Orientador: Prof. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro.

1. Direitos fundamentais. 2. Teoria dos limites iminentes. 3.  
Teoria da reserva do possível. 4. Limitações aos direitos fundamentais  
I. Barreiro, Guilherme Scodeler de Souza. (Orient.). II. Título.

**ALICE CRISTINA CHAVES**

**TEORIA DOS LIMITES IMANENTES SOB A PERSPECTIVA DA RESERVA DO  
POSSÍVEL**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras como parte das  
exigências do curso de graduação em  
Direito.

APROVADO EM: 24/11/2023

**ORIENTADOR(A)**

Prof.<sup>(a)</sup> Dr Guilherme Scodeler de Souza Barreiro / UNILAVRAS

**MEMBRO DA BANCA**

Prof. Pós-Dr Denilson Victor Machado Teixeira / UNILAVRAS

**LAVRAS – MG**

**2023**

Aos meus pais, Elenice Aparecida  
Mendonça Chaves e Ademir Antônio  
Chaves.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela minha vida.

Agradeço aos meus pais pelo apoio ao fazer esse curso e pela compreensão ao longo desse caminho.

Agradeço a minha avó materna Gilda Maranhã Mendonça (in memoriam) pelas boas lembranças e pelo exemplo de pessoa que foi para mim.

Agradeço a minha tia Silvane Maranhã Mendonça pela sua paciência e por ter me apoiado mesmo longe.

Agradeço aos meus avós paternos José Ernesto Chaves e Maria Grigorini Chaves por terem feito parte da minha vida.

Agradeço ao meu orientador pela disponibilidade do seu tempo e atenção e por compartilhar seu conhecimento através da sua orientação neste trabalho.

Agradeço a minha irmã Priscila Adriana Chaves.

Agradeço ao Rudson Carlos Montuani por ter me apoiado nos momentos difíceis e por sempre me apoiar, à sua família pelo carinho que sempre tiveram e têm comigo, que tornaram mais fácil concluir essa etapa.

*“O importante não é aquilo que fazem  
de nós, mas o que nós mesmos fazemos do  
que os outros fazem de nós.”*

Jean Paul Sartre

## RESUMO

**Introdução:** Apresenta uma análise sobre a aplicação da teoria da reserva do possível e seu impacto na concretização dos direitos fundamentais e sua relação com a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais. **Objetivo:** demonstrar como a teoria da reserva do possível pode ser afastada e demonstrar sua relação com a teoria dos limites imanentes, bem como se a reserva do possível é um limite interno e se é justificável sua alegação. **Metodologia:** Foi utilizado referencial literário e análise jurisprudencial. **Resultados:** foi demonstrado que a reserva do possível constitui óbice a concretização dos direitos fundamentais e que sua aplicação em relação a teoria dos limites imanentes seria vista como limite externo, o que não é aceito, sendo assim sua aplicação em relação a essa teoria é afastada. **Conclusão:** Este estudo nos permitiu concluir que existe uma relação entre a garantia dos direitos e a disposição de recursos por parte do poder público. Entretanto, muitas vezes para se eximir de prestar políticas públicas para a garantia do direito, o poder público alega a reserva do possível. Nesse sentido, uma das conclusões principais, refere-se à importância do poder judiciário analisar a alegação do poder público e exigir provas que comprovem que de fato não há a possibilidade de garantir o direito. Portanto a teoria dos limites imanentes surge como uma forma de afastar essa alegação por parte do poder público.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Teoria da Reserva do Possível, Teoria dos Limites Imanentes

## ABSTRACT

**Introduction:** Presents an analysis of the application of the theory of the reserve of the possible and its impact on the realization of fundamental rights and its relationship with the theory of immanent limits of fundamental rights. **Objective:** to demonstrate how the theory of the reserve of the possible can be ruled out and demonstrate its relationship with the theory of immanent limits, as well as whether the reserve of the possible is an internal limit and whether its claim is justifiable. **Methodology:** Literary references and jurisprudential analysis were used. **Results:** it was demonstrated that the reservation of the possible constitutes an obstacle to the realization of fundamental rights and that its application in relation to the theory of immanent limits would be seen as an external limit, which is not accepted, therefore its application in relation to this theory is ruled out. **Conclusion:** This study allowed us to conclude that there is a relationship between the guarantee of rights and the provision of resources by public authorities. However, often in order to exempt itself from providing public policies to guarantee the right, the public authorities claim to reserve what is possible. In this sense, one of the main conclusions refers to the importance of the judiciary analyzing the public authorities' allegation and demanding evidence that proves that there is in fact no possibility of guaranteeing the right. Therefore, the theory of immanent limits appears as a way to rule out this claim on the part of public authorities.

**Keywords:** Fundamental Rights; Theory of the Reserve of the Possible, Theory of Immanent Limits

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 REVISÃO DE LITERATURA .....</b>	<b>13</b>
2.1 SIGNIFICADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: BASE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL.....	13
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO MEIO DE SUA REALIZAÇÃO .....	20
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS- CONSTITUIÇÃO E NORMAS MATERIAL E FORMALMENTE CONSTITUCIONAIS .....	24
2.4 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL .....	27
2.5 TEORIA DOS LIMITES IMANENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	38
<b>3 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....</b>	<b>49</b>
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com a modificação da estrutura do poder nos Estados houve também a modificação dos direitos previstos para a coletividade, antes os Estados possuíam caráter totalitário, com uma concentração de poderes nas mãos do poder executivo, como por exemplo, nas Monarquias, onde o poder estava concentrado no rei. Após a modificação dessa estrutura, com a divisão dos poderes, aos poucos foram sendo introduzidos direitos que abrangiam toda a coletividade. Nesse contexto, a atual Constituição, promulgada em 1988 foi a responsável por trazer um rol de direitos e garantias fundamentais que não estava bem delimitado nas demais Constituições anteriores. A atual Constituição foi a responsável por atribuir ao Estado à condição de Estado de Direito e por garantir a todos os cidadãos direitos em igualdade de condições.

Os direitos fundamentais são definidos por Sarlet (2001) como direitos e liberdades que estão institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de um povo, sendo que sua denominação deriva do caráter básico e fundamentador que possuem na ordem jurídica.

No Estado Liberal os direitos fundamentais eram vistos pela ótica de uma postura individualista abstrata e na primazia da liberdade, segurança e propriedade. Conforme Sarlet (2001, p. 50-60) os direitos fundamentais reconhecidos nesta fase, são classificados na doutrina, direitos de primeira geração, uma vez que marcam a zona de não intervenção do Estado na esfera individual.

Posteriormente, a partir do século XX, com a afirmação do Estado Social, os direitos de liberdade vêm contrapostos aos direitos econômicos, sociais, culturais, que foram impulsionados pelas profundas mudanças econômicas sociais. Tendo em vista essa nova realidade, surgiu a necessidade da intervenção do Estado para assegurar a repartição equitativa das cargas e vantagens sociais.

Nesse contexto os direitos fundamentais de segunda geração, assim considerados, são os responsáveis por reivindicar a adoção de uma posição ativa do Estado para que sejam garantidas as liberdades individuais, no intuito de garantir a justiça social e as liberdades, como o direito de greve e direitos dos trabalhadores.

Entretanto, ao se tratar dos direitos fundamentais, percebe-se que não são absolutos e, portanto, podem sofrer limitação ou restrição, por conta de normas estabelecidas pelo legislador constituinte, sendo que conforme afirmação de Cavalcante Filho (2015), nenhum direito fundamental é absoluto, mesmo sendo básicos, não são absolutos, visto que podem ser relativizados.

Sobre essa vertente, se encontram duas teorias que tratam da concepção inerente ao processo de limitação ou restrição dos direitos fundamentais, sendo vertentes da teoria dos limites imanentes, a teoria interna e externa.

Ao tratarmos das limitações aos direitos fundamentais há também outra teoria na qual sua aplicação tem efeitos na restrição do seu alcance, a teoria da reserva do possível, que se trata de uma teoria invocada pelo poder público para se negar a fornecer um direito com a justificativa de que não há recursos para prover determinado direito. Portanto, ao alegar a falta de recursos para prover determinados direitos, o poder público acaba por limitar o acesso a direitos fundamentais.

No atual Estado Democrático de Direito cabe ao poder judiciário analisar as restrições impostas pela Teoria da Reserva do Possível e se de fato cabe a invocação da teoria no caso concreto.

O poder judiciário tem como função proteger e garantir o cumprimento dos direitos fundamentais, sendo que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional. Nesse contexto Sarlet; Mitidiero; Marinoni (2023) concordam com os autores que ponderam que a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e em parte), é também a história da limitação do poder, ainda mais quando é considerado o vínculo dos direitos fundamentais com a história do constitucionalismo e do que passou a ser considerado Estado Constitucional.

Dentro do ordenamento jurídico encontra-se a lei maior, a Constituição Federal, que possui um capítulo próprio onde define os direitos que são considerados fundamentais, ou seja, os mais importantes para a sociedade brasileira, sendo que a interpretação dos demais direitos que embora não estejam nesse capítulo possam ser considerados fundamentais é feita com base no conteúdo dos direitos previstos neste capítulo.

Citamos a importância do poder judiciário na concretização desses direitos, sendo que nenhuma decisão poderá estar em desacordo com o conteúdo previsto na Constituição, sob pena de violação de direitos fundamentais.

Em relação aos direitos fundamentais, a teoria conhecida como limites imanescentes ou limite dos limites dos direitos fundamentais busca definir e delimitar um núcleo desses direitos que não pode ser atingido, essa teoria teve sua base na Alemanha e Gilmar Mendes foi o responsável por trazer o conhecimento dessa teoria em sua obra, sendo que por meio dessa teoria os próprios limites possuem um limite, pois há um núcleo dos direitos fundamentais que não pode ser restringindo ou limitado.

Quanto a teoria da reserva do possível refere-se à limitação dos direitos fundamentais que ocorre em casos concretos, onde a restrição é feita com a justificativa da impossibilidade da Administração Pública em garantir o direito.

Portanto, a aplicação de ambas as teorias se relacionam pelo fato que a invocação da reserva do possível é responsável por limitar os direitos, enquanto a teoria dos limites imanescentes fornece substrato para delimitar quais as limitações à essas restrições, ou seja, o quanto os direitos podem ser restringidos sem que isso atinja seu conteúdo mínimo e demonstrar que há direitos que não podem ser restringidos.

O presente trabalho busca tratar desse assunto abordando o conceito dessas teorias e sua aplicação prática, demonstrando a relação entre ambas e como a aplicação da Reserva do Possível limita o acesso aos direitos fundamentais, atingindo seu conteúdo mínimo, bem como demonstrar que há casos onde o poder público deve buscar meios de garantir os direitos.

Como objetivo específico busca-se demonstrar a aplicação das teorias no âmbito jurisdicional e como a teoria da Reserva do Possível pode se dar de modo menos onerosa, sendo que seu uso deve se dar apenas nos casos em que não houver de fato, possibilidade de a Administração Pública fornecer meios de garantir o direito.

Sendo assim não deve ser aplicada a um caso concreto onde o acesso a um direito é de suma importância e pode ser limitado de forma extrema ao ser invocada. Busca-se também demonstrar como é possível afastar a teoria da reserva do possível para garantir direitos quando o Estado possa fornecer meios para sua realização.

O presente trabalho questiona se a teoria da reserva do possível é um limite aos direitos fundamentais e se for considerada como limite, se sua alegação é um limite válido aos direitos prestacionais.

O problema que a presente pesquisa busca solucionar ao longo do seu desenvolvimento é: como o poder judiciário, como órgão responsável pela decisão de afastamento da invocação da teoria da reserva do possível, pode, em suas decisões obstar sua alegação como forma de garantir a proteção dos direitos fundamentais e impor a Administração Pública a obrigação da prestação da garantia do direito?

A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica com base em artigos, livros, jurisprudência, e trabalhos acadêmicos com os mesmos temas abordados no presente trabalho. Os tópicos abordam o conceito dos direitos fundamentais e sua importância, a diferença entre os direitos e garantias fundamentais, a abordagem das teorias da reserva do possível e da teoria dos limites iminentes dos direitos fundamentais e suas implicações, e na conclusão é feita a relação entre ambas as teorias e como a questão da restrição aos direitos fundamentais quando invocada a reserva do possível pode ser solucionada.

## **2 REVISÃO DE LITERATURA**

### **2.1 SIGNIFICADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: BASE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL**

O significado da palavra base de acordo com o dicionário online (2023) é suporte, sustentação, premissa, princípio. Nesse sentido, levando em consideração o significado da palavra base e tendo em vista o fato dos direitos fundamentais serem a base do sistema constitucional, pode-se dizer que definir qual o objeto de proteção desses direitos é uma forma de estabelecer em quais princípios o ordenamento jurídico se fundamenta e se sustenta.

Conforme Sarlet (2001) os pressupostos de surgimento de noção de direitos fundamentais relacionam-se com o momento histórico em que, igualmente, verifica-

se a institucionalização do poder estatal nas Constituições, quanto ao que podemos denominar de Estado de Direito. Miranda (2000), diz que tem-se por pressuposto dos direitos fundamentais o reconhecimento de uma esfera, de certo modo razoavelmente ampla, própria da situação das pessoas frente ao poder público em sua relação imediata com este.

No Estado Liberal os direitos fundamentais são vistos pela ótica de uma postura individualista abstrata e na primazia da liberdade, segurança e propriedade. Nesta fase, os direitos fundamentais, são classificados como direitos de primeira dimensão, uma vez que marcam a zona de não intervenção do Estado na esfera individual do cidadão.

Posteriormente, conforme Miranda (2000) a partir do século XX, com a afirmação do Estado Social, os direitos de liberdade vêm contrapostos aos direitos econômicos, sociais, culturais, que foram impulsionados por profundas mudanças econômicas e sociais. Tendo em vista, essa nova realidade, surge a necessidade da intervenção do Estado para assegurar a repartição equitativa das cargas e vantagens sociais. Conforme Lunõ (1999) os direitos fundamentais passam a representar não apenas liberdades de ação, mas também em obrigações de prestação do Estado.

Após a modificação do Estado Liberal para o social os indivíduos passaram a se beneficiar de um estatuto comum e não há nenhuma diferenciação de direitos devido ao fato de pertencerem a determinados grupos ou em face das peculiaridades de determinadas situações. Sendo assim, os direitos fundamentais tem início com o Estado, ou ao menos com a integração política da comunidade.

Portanto, os direitos fundamentais são instituídos a partir da passagem do Estado Liberal para o Social e a partir do momento em que os poderes são instituídos nas Constituições, ou seja, passa-se a ter um regramento em relação ao exercício do poder e com isso o reconhecimento do dever do poder público de respeitar a previsão desses direitos.

Lunõ (1999) considera-se que as Constituições, devem conter de um lado, uma série de regras relativas à organização dos poderes públicos; e de outro, disposições que contemplem os princípios fundamentais destinados a inspirar o funcionamento de todos os órgãos do Estado, previstas nas declarações de direitos que definam a própria natureza e fins do Estado.

Em relação à Constituição, Kelsen (1934) define uma estrutura onde há uma escalação do direito, sendo que nesse sistema escalonado a Constituição é considerada a norma superior e toda a legislação infraconstitucional se sujeita à ela.

Nesse sentido, os direitos fundamentais nas constituições modernas observados pela ótica de Kelsen são considerados nada além de uma determinação negativa, sendo que a garantia constitucional da igualdade diante da lei ou da liberdade da pessoa, dentre outras, constitui nada mais que a proibição de leis que tratem os cidadãos de forma desigual ou que interfiram em sua liberdade.

Entretanto, sabemos, conforme ensinamento de Sarlet (2001) que direitos como os direitos fundamentais de segunda geração, assim considerados, são responsáveis por reivindicar a adoção de uma posição ativa do Estado para garantia das liberdades individuais, no intuito de garantir a justiça social e as liberdades, como o direito de greve e os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Pereira e Otaviano (2015) definem os direitos fundamentais como direitos individuais, designados ao homem livre e, por certo, direito que ele possui frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende da previsão em lei infraconstitucional, cercado-o de garantias com força constitucional, sendo que tais direitos constituem limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado.

Os direitos fundamentais são direitos reconhecidos e outorgados pelo direito constitucional de cada Estado. Na concepção de Canotilho (2002), os direitos fundamentais são direitos do particular contra o Estado, essencialmente direitos de autonomia e defesa. Nesse sentido, são considerados como direitos individuais, porque pertencem de forma exclusiva aos indivíduos, e o Estado, como titular de direitos, que tem o dever de proteger o cidadão, tem o dever de garantir o seu cumprimento.

Os direitos fundamentais possuem um duplo caráter ou dupla função, sendo que no plano subjetivo opera como garantidor da liberdade individual de toda coletividade enquanto no plano objetivo, se caracterizam pelo fato de sua normatividade ir além da aplicação subjetivo-individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado. Nesse plano o conteúdo dos direitos fundamentais constitui um dever dirigido ao Estado de com o objetivo de proteger esses direitos, o que importa, além, de medidas concretas que os efetivem, a atividade legislativa destinada a desenvolvê-los.

Portanto, podemos notar que o duplo caráter dos direitos fundamentais confere a possibilidade de exigir do Estado abstenções em sua esfera individual, de forma a preservar direitos, como também exigir prestações positivas do Estado, como por exemplo, o direito à saúde e educação, que necessitam de prestações positivas, como a construção de escolas e hospitais.

Conforme Paulo e Alexandrino (2012) os direitos fundamentais são direitos que estão relacionados às pessoas e inscritos em textos normativos de cada Estado. Desse modo são direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no Estado, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece.

Sendo assim, o Estado é responsável por instituir os direitos fundamentais, por meio do poder legislativo, bem como tem o dever de promover meios para que sejam garantidos.

Bulos define os direitos fundamentais como:

o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular. Sendo que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social ( BULOS, 2022 p. 271).

Lunõ apud Sarlet; Marinoni, Mitidiero (2023, p.139) define os direitos fundamentais como o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Desse modo, a delimitação dos direitos fundamentais leva em consideração a sua importância em uma determinada sociedade, ou seja, são aqueles direitos que são necessários para a garantia da existência e bem-estar social, são direitos que garantem as condições essenciais para que determinada coletividade de pessoas exista de forma digna.

Conforme Marlsmentein (2019) os direitos fundamentais, são normas jurídicas que estão ligadas de forma íntima à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, sendo que estão positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, e que por terem importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o intuito é garantir a existência digna de todos e também limitar o poder, sendo que a limitação do poder tem como objetivos manter o funcionamento estatal, pois, o exercício da função de cada poder tem importância para garantir os objetivos sociais e é necessário que haja o equilíbrio entre a atuação dos poderes para a eficiência da atuação estatal.

Os direitos fundamentais conforme Medina (2020) são aqueles que a norma constitucional definiu, sendo balizadores da situação das pessoas frente ao Estado (até mesmo o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais na relação das pessoas, dá-se frente ao Estado). Conforme Medina (2020), a expressão direitos fundamentais se relaciona a direitos reconhecidos pelo direito constitucional interno.

Sarlet define os direitos fundamentais como:

Todas as posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal. (SARLET, 2023, p. 147).

Desse modo, pode-se definir os direitos fundamentais como “direitos humanos positivados em uma determinada Constituição” (CLÉVE;FREIRE, apud MEDINA, 2020, p. 60). Os direitos fundamentais podem ser vistos sobre a ótica material, quando possuem como função criar e manter os pressupostos elementares a dignidade e liberdade humana, enquanto sobre o ponto de vista formal é aquilo que o direito positivo qualifica como tal (SCHMITT, apud MEDINA,2023). Gallupo (2003) ao sintetizar o conceito de direitos fundamentais os caracteriza como produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos como elementos de discursos morais justificados ao longo da história.

Barroso define os direitos fundamentais como:

direitos subjetivos, ou seja, posições jurídicas protegidas pelo direito, e que podem ser exercidas judicialmente, sendo que para ser um direito fundamental é necessário que contenha atributos, que são: a correspondência de um dever jurídico de alguém para com seu titular, este dever jurídico pode ser descumprido, importando na violação do direito, e quando houver sua violação, nasce para o titular uma pretensão, que pode ser exercida mediante a propositura de uma ação judicial. (BARROSO, 2023, p.203)

Mello apud Moraes (2023, p.37) traz a classificação dos direitos fundamentais levando em conta suas gerações, de acordo com a ordem cronológica em que passaram a ser reconhecidos pela Constituição. Nesse sentido, são considerados como direitos da primeira geração os direitos civis e políticos sendo que englobam as liberdades clássicas, negativas ou formais, tendo relação com a liberdade, os direitos de segunda geração são considerados os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam com liberdades positivas e tem relação com a igualdade, enquanto os direitos da terceira geração materializam os poderes que todos enquanto participantes da sociedade detêm e consagram a solidariedade, sendo valores fundamentais indisponíveis.

Em relação a função de limitação dos direitos fundamentais aos poderes, Moraes (2023) considera os direitos fundamentais como as limitações do poder delegado do povo aos seus representantes. Desse modo, os direitos fundamentais tem como intuito proteger a expressão da dignidade da pessoa humana frente ao Estado, constituindo fundamento deste, norteando o exercício do poder, sendo que a autoridade moderna deve encontrar seu fundamento nos direitos fundamentais, pois não há constituição que seja livre do exercício do poder.

Entretanto, não se deve reduzir sua leitura e interpretação do ponto de vista de direitos oponíveis contra o Estado, pois falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos que estão previstos no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, os direitos fundamentais devem fundamentar e orientar o exercício do poder, pois conforme Medina( 2020) a Constituição dos direitos fundamentais tem relação de dependência com o exercício do poder.

Contudo, a interpretação dos direitos como limitadores do poder, não deve restringir-se a obrigação da Autoridade/ Estado em garantir sua existência e cumprimento, mas deve pautar-se na interpretação do conteúdo do seu âmbito de proteção, ou seja, além da compreensão da obrigação prestacional do Estado, como garantidor de direitos, deve-se buscar compreender quais direitos a norma protege, tendo em vista que servem de base orientadora para o exercício de todos os demais direitos.

Na definição de Touraine: “a autoridade moderna possui dois fundamentos o primeiro sendo racional e científico, mas o segundo e ainda mais importante princípio que herdamos ao mesmo tempo do cristianismo e do século das luzes é aquele do direito fundamental do homem. Este é o único e verdadeiro fundamento da autoridade moderna. O autor sustenta que todo

indivíduo tem o direito de ser reconhecido como tal, beneficiando-se em situações sociais, educacionais e políticas, tanto dos direitos reconhecidos como individuais quanto dos coletivos. Sendo assim, a autoridade não mais descende do alto, mas amadurece embaixo, em cada indivíduo". Desse modo, a autoridade é legitimada quando os indivíduos exercem seus direitos fundamentais de forma plena. ( Touraine apud Medina, 2020).

Portanto, os direitos fundamentais podem ser considerados como a base de todo o sistema constitucional, sendo que o respeito a suas normas também é observado quando na aplicação do sistema infraconstitucional.

Para Canotilho apud Moraes:

os direitos fundamentais cumprem um duplo objetivo, sendo que, constituem num plano jurídico- objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual e implicam num plano jurídico- subjetivo, o poder de exercer de forma positiva nos direitos fundamentais e exigir dos poderes públicos que se omitam, de forma a evitar agressões lesivas, o que se refere a uma liberdade negativa. ( MORAES, 2023, p.39).

Podemos notar, que os direitos fundamentais vão ser garantidos tanto através de normas que garantam que as ações do Estado sejam exercidas em conformidade com os direitos fundamentais, e de outro modo também podem ser efetivados por meio do exercício de exigir uma abstenção do Estado, em uma plano objetivo, exige um ação do Estado bem direcionada, quando diz que proíbe as ingerências do Estado, e em plano subjetivo exige uma abstenção para os direitos não serem feridos.

Assim, os direitos fundamentais objetivam a tutela dos indivíduos sobre um duplo aspecto, limitando a atuação do Estado em face da esfera de domínio privado do ser humano, permitindo, ainda que as pessoas exijam dos poderes constituídos todas as prestações asseguradas na Constituição e nas leis. ( Medina,2020)

Os direitos fundamentais funcionam como expressão da dignidade da pessoa humana, possuindo verdadeiro caráter limitador ao exercício do poder da autoridade estatal, norteando a sua atuação, pois não pode ser exercido afastando-se dos direitos fundamentais, sendo que seu exercício está intimamente ligado à garantia dos direitos previstos pela ordem constitucional. Portanto, deve estar pautado pelos princípios constitucionais, bem como, a autoridade deve buscar entender o sentido do que a norma diz, ou seja, aquilo que está abrangido pelo seu núcleo de proteção.

Nesse sentido, o exercício do poder não pode ser arbitrário e destoante das garantias previstas pela ordem jurídica, sendo verdadeiros conformadores do estado

de direito. Sendo os direitos fundamentais previstos pela Constituição, atos que visem a afastar o exercício e a garantia desses direitos viola o que está expresso na carta magna.

Desse modo, deve ser exercido sempre de acordo com a lei, de modo que esteja de acordo com aquilo que o ordenamento prevê como fundamental a sociedade, sendo que o verdadeiro fundamento de exercício do poder deve estar pautado na finalidade de garantir o bem estar social de toda a coletividade.

Conforme podemos notar, pelas definições dos diversos autores do conceito dos direitos fundamentais, esses possuem como função garantir bens que são essenciais a todos, bem como, possuem a função de limitar o poder, de forma que sua atuação se dê conforme a previsão da lei, sem ultrapassar os limites de sua atuação e sem exercê-lo de forma abusiva ou autoritária, devendo ser responsável por garantir que todos tenham acesso aos meios necessários para proteger seus direitos.

Nesse sentido, podemos concluir que os direitos fundamentais possuem como funções limitar o exercício do poder, conformar o seu exercício com a proteção dos bens protegidos pela Constituição, bem como, são direitos que possuem o caráter de poder ser defendidos por meio do uso da jurisdição, o que significa dizer, que quando forem violados ou sofrerem ameaça de lesão podem ser protegidos por meio do poder judiciário. Dessa forma, o que é definido como direitos fundamentais em uma determinada Constituição são aqueles bens que podem ser considerados necessários para a existência digna, aquilo que se traduz como essencialmente útil para garantir que sejam satisfeitas as condições para realização do bem comum de toda sociedade.

## 2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO MEIO DE SUA REALIZAÇÃO

Ferrajoli (1999) define as garantias como técnicas previstas por um determinado ordenamento, para reduzir a diferença estrutural entre a previsão do direito e sua efetividade. Deste modo, se possibilita uma maior eficiência dos direitos fundamentais de forma coerente com suas estipulações constitucionais.

Sarlet (2022) considera os direitos fundamentais como prerrogativas de cunho individual ou coletivo, reconhecidas e positivadas nas normas constitucionais, representam faculdades, liberdades, e poderes que são conferidos aos indivíduos e que se relacionam com o princípio da dignidade humana. Em relação as garantias fundamentais, são meios, institutos, ou instrumentos de natureza processual ou instrumental que visam garantir a aplicação e defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais são as prerrogativas em si, enquanto as garantias instrumentos jurídicos destinados a garantir a sua efetividade.

Marques (2002) reconhece que para que os direitos fundamentais sejam efetivado não basta a sua simples declaração, é indispensável que hajam instrumentos de defesa do indivíduo em relação ao Estado. Assim, surgem as garantias como instrumentos assecuratórios de direitos.

Conforme Bonavides (2000) sem as garantias constitucionais os direitos apenas seriam abstratos e perderiam a ligação com a realidade de concretização que deve propiciar a fruição dos direitos. Para o autor de nada valeriam os direitos caso não houvessem as garantias constitucionais para torna-los reais e efetivos. Portanto a garantia constitucional é a maior dessas garantias, pois está acima das garantias legais ou ordinárias, tendo em vista que as regras constitucionais estão acima de todas as demais.

Silva (2006) define os direitos fundamentais como direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos, sendo que são os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, ou seja, são enunciados de cunho declaratório, que tem como objetivo reconhecer, no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão. Por outro lado, as garantias são enunciados de cunho assecuratório, que possuem como função fornecer mecanismos ou instrumentos, para a proteção, reparação, ou direito de ação quando houver violação do direito. Portanto, são remédios jurídicos, tais quais, como o habeas data, habeas corpus e direito de resposta.

Silva (2012) difere direitos e garantias fundamentais como os direitos sendo bens e vantagens conferidos pela norma constitucional enquanto as garantias, meios adequados a proteger e realizar concretamente tais direitos.

Para Miranda (2014), os direitos fundamentais representam determinados bens, enquanto que as garantias têm uma função acessória, ou seja servem para assegurar a fruição desses bens, sendo os direitos principais e as garantias

acessórias, podendo em alguns casos ser consideradas adjetivas, em sua acepção os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Nesse sentido, ao definir os direitos como bens ou vantagens conferidos e as garantias como acessórias, podemos dizer que para que haja uma garantia, ou seja, uma prestação devida do Estado ou do particular a alguém é necessário que antes sejam definidos quais bens podem ser considerados como direitos fundamentais para que sejam igualmente avaliadas quais são as garantias que protegem tais direitos, sendo as garantias acessórias, deve-se haver o bem principal e sua definição, por meio de lei que possua caráter de norma superior às outras.

Desse modo, delimitando os direitos fundamentais e qual a garantia correspondente, quando houver violação a tal direito será possível saber qual o meio apto para garantir sua proteção.

Os direitos fundamentais conforme Almeida (2020, p.6) estão ligados a disposições de cunho declaratório, desse modo, são prerrogativas que o legislador reconheceu como válidas, o que significa dizer que os direitos fundamentais são normas que possuem vantagens na Constituição, por outro lado, as garantias, possuem natureza instrumental, ou seja, têm como finalidade a aplicação do direito fundamental sem nenhuma distinção em todo o território brasileiro.

Ruy Barbosa citado por Moraes (2004) foi o primeiro autor a trazer uma distinção entre os direitos e as garantias, ao afirmar que são as disposições meramente declaratórias que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos enquanto as disposições assecuratórias são as que limitam o poder em defesa dos direitos. Sendo que as disposições declaratórias instituem os direitos e as assecuratórias as garantias, embora não seja raro estarem presentes na mesma disposição constitucional o direito e sua respectiva garantia. Nesse sentido, os direitos são bens, sendo que as garantias asseguram esses bens.

Ruy Barbosa apud Moraes (2004) ainda leva em consideração que há as disposições meramente declaratórias que imprimem existência aos direitos reconhecidos e as disposições que asseguram os direitos e limitam o poder. Dessa forma, as disposições declaratórias instituem os direitos, enquanto as assecuratórias são aquelas que limitam o poder.

Conforme Medina (2020), quando há a previsão de um direito fundamental isso implica dizer que há automática existência de um meio que possa assegurar

sua realização concreta, ou seja, a respectiva garantia, caso não fosse desse modo, o direito bem como sua previsão seriam abstratos.

Paulo e Vicentino (2012) distinguem os direitos e garantias, sendo que os direitos fundamentais são bens jurídicos considerados em si mesmos, que são conferidos às pessoas no próprio texto constitucional, enquanto as garantias são instrumentos assecuratórios do exercício desses bens, e da sua reparação caso haja violação. Enquanto aqueles nos asseguram direitos, as garantias conferem proteção a esses direitos no caso de eventual violação.

Conforme Santos (2013) as garantias são vistas como disposições assecuratórias, sendo que são normas instrumentais para garantir os direitos declarados. São instrumentos formais (procedimentos, processos ou meios) que a ordem jurídica disponibiliza para que os sujeitos do ordenamento jurídico possam evitar lesões ao direito declarado ou, havendo lesão, possam reparar ou minimizar seus efeitos, ou ainda, que os titulares desses direitos declarados possam exigir de outros e do próprio Estado, respeito a esses direitos.

Ferreira Filho (2022) traz a distinção das garantias em quatro sentidos, pelo primeiro sentido, que seria um sentido amplíssimo, as garantias são aproveitando-se o autor dos ensinamentos de Ruy Barbosa:

as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, em um exercício contrabalançado das suas prerrogativas. Sendo assim, para o autor, esse sentido é tido em relação ao sistema de freios e contrapesos. São assim, a proteção resultante do próprio sistema constitucional, daí garantias-sistema.(FERREIRA FILHO, 2022)

Em um segundo sentido mais amplo, as garantias são o sistema organizado pela Constituição perante o qual os direitos são protegidos, em alguns Estados, pelo poder judiciário, em outros, por um contencioso administrativo, são assim, as garantias institucionais. Em um sentido mais restrito, mas ainda não totalmente restrito, as garantias são meios de defesa especiais atribuídas a determinados direitos, são as garantias- defesa ou limite porque possuem a função de limitar o poder.

Em último sentido, restritíssimo, conforme posicionamento do autor, ou seja, pode-se entender como extremamente restrito, as garantias são meios ou

instrumentos para a defesa dos direitos fundamentais, como exemplo, o habeas corpus, sendo assim, são as garantias instrumentais.

Nesse sentido, conforme exposto pelas definições das garantias, essas são meios ou instrumentos, podemos dizer, a maneira pela qual podemos afirmar que os direitos fundamentais serão de fato respeitados, não somente pela ótica do ordenamento jurídico que os previu, mas também pelo Estado e pelos demais sujeitos, a que se destinam os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Portanto, além de prever direitos fundamentais à sociedade, o Estado, deve juntamente criar meios, mecanismos, para assegurar a fruição desses, com a finalidade de proteger os bens previstos na norma que define o que serão considerados como direitos fundamentais. Sendo assim, além da definição do conteúdo dos direitos fundamentais e da sua delimitação pela lei, devem-se garantir meios adequados à sua realização e concretização.

Sendo assim, as garantias fundamentais possuem como um modo de realização a previsão da proteção judicial, razão pela qual, se não houver o acesso à justiça, os próprios direitos fundamentais não terão proteção.

### 2.3 Direitos Fundamentais- Constituição e Normas Material e Formalmente constitucionais

Pode-se dizer que são consideradas como essencialmente constitucionais as normas relativas às atribuições, estrutura e competência dos órgãos estatais e ao status do cidadão frente ao Estado.

Em relação a essas normas, Maunz citado por Medina (2020, p.26), define normas constitucionais superiores, ou normas constitucionais fortes, sendo elas que compoariam a chamada constituição material, ou seja, as normas tipicamente constitucionais, que referem-se a atribuições estrutura e competência dos órgãos supremos do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Em relação às normas formalmente constitucionais Kruger e Giese apud Medina (2020) discutem sobre a possibilidade de haver normas inconstitucionais ou inválidas dentro da Constituição. Sendo que para os autores haveria dentro da Constituição normas que seriam consideradas superiores, sendo o conteúdo de princípio da Constituição e normas inferiores, sendo que estas não seriam válidas se contrariassem as normas constitucionais superiores.

Nesse sentido, quando se analisa os direitos fundamentais tendo em vista a definição de normas formais e materiais, podemos considerar os direitos fundamentais como normas materiais, pois se tratam de normas que dizem respeito a uma relação da posição do sujeito cidadão frente ao Estado. Os direitos fundamentais, conforme dito anteriormente necessitam da existência de garantias para sua efetividade, sendo que a falta de garantia implica na existência de um direito abstrato (Medina, 2020).

Miranda ( 2007) considera que a Constituição pode ser vista sob o ponto de vista formal e material, sendo sob a ótica do ponto de vista material são considerados seu objeto, conteúdo ou função. Sobre esse ponto de vista atenta-se para a posição das normas jurídicas constitucionais em relação às demais, e ao modo como se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico.

Kelsen analisa a Constituição levando em consideração seu aspecto formal:

Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como "Constituição" que - como Constituição escrita - não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. (KELSEN, 1999, p. 247-248).

Ferreira Filho acrescenta que a constituição material seria:

Todas as regras, cuja matéria estiver nesse rol [materialmente constitucionais], são constitucionais. Essas regras formam, como se diz usualmente, a Constituição material do Estado, sejam elas escritas ou não, sejam de elaboração solene ou não.

Bonavides apud Sueine (2012,p.32) ao se referir à constituição material, a considera como a constituição real, que tem sua base nas forças que estruturam a nação, trazendo consigo os valores básicos da vontade social, que se assenta sobre um conjunto que junta forças econômicas, políticas, sociais e financeiras, sendo que essas estruturam a nação. Essa soma de forças, que forma, mediante a vontade popular, um constituinte que não foi convocado, mas esse sim que compõe a vontade da sociedade, quando manifestada por seus governantes.

Ao exercer o poder, o chefe de Estado leva em consideração os fatores econômicos, políticos, e as situações sociais da nação sobre a qual exerce seu

poder. Aquele que exerce o faz agindo em todas as esferas que fazem parte da composição de uma nação, ou seja, age tomando decisões quanto aos aspectos econômicos, sociais e políticos da nação. Sendo assim, suas decisões devem levar em consideração a vontade popular, pois suas decisões são tomadas para os cidadãos que estruturam a nação.

A definição dos constitucionalistas contemporâneos comprova essa afirmação, pois consideram a constituição material tendo em vista as diversas opções ideológicas assumidas pelo Poder Constituinte, quando trata das questões políticas e sociais e concede a certas matérias a condição de fundamentais ao Estado.

Nesse sentido, essa definição demonstra que o Poder Constituinte leva em consideração opções ideológicas que tem relação com questões políticas e sociais para considerar determinadas matérias como fundamentais, ou seja, demonstra que as relações políticas e sociais são fundamentais para o Estado, e tendo o exercente do poder que realizar relações políticas e sociais, as normas materialmente constitucionais, dizem respeito a normas que trazem questões sociais, políticas e que se ligam de certo modo ao exercício do poder.

Em relação a essas normas, Maunz citado por Medina ( 2020), define normas constitucionais superiores, ou normas constitucionais fortes, sendo elas que comporiam a chamada constituição material, ou seja, as normas tipicamente constitucionais, que referem-se a atribuições estrutura e competência dos órgãos supremos do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado.

Dessa forma, podemos dizer que quando conceituamos as normas em formal ou materialmente constitucionais, buscamos atribuir o uso da norma à sua finalidade, pois quando nos referimos às normas consideradas formalmente constitucionais, conforme exposto pelas concepções dos autores citados, nos referimos à forma, ou seja, às normas que estão escritas, dispostas em uma Constituição. De certo modo, referimos a sua disposição em um documento escrito, a sua validade e aplicação pressupõe a legalidade de sua própria disposição na Constituição.

Enquanto em relação às normas constitucionais materiais, dizem respeito ao conteúdo das normas, que dispõem sobre as atribuições do poder, sobre quais direitos são considerados fundamentais, garantias, e demais interesses do Estado.

## 2.4 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O instituto da reserva do possível trata-se juridicamente de uma alegação feita em âmbito jurisdicional, que será abordada neste tópico. Tal instituto tem origem na jurisprudência constitucional alemã. A nomenclatura dessa teoria teve origem em uma decisão judicial alemã, na qual o direito que se pleiteava era o acesso ao ensino superior de forma irrestrita, em cursos com alta demanda, tendo em base o disposto na lei germânica.

A decisão do Tribunal Alemão foi que garantir as vagas a todos os interessados seria sacrificar outros serviços públicos tendo em vista a onerosidade excessiva e a escassez de recursos, devido ao pós- guerra (OLSEN, 2008, p.215). Conforme Krell (2002) os direitos a prestações por parte dos indivíduos somente seriam exigíveis nos casos em que fosse racionalmente possível esperar da sociedade, não sendo possível exigir prestações que estivessem em um nível superior ao básico considerado essencial.

Conforme Sarlet e Figueiredo (2008) tal conceito vem se desenvolvendo desde 1970, com a afirmação que a efetividade dos direitos à prestações estaria sobre a dependência da real disponibilidade financeira atrelada a atuação discricionária dos poderes.

A decisão alemã em seus argumentos considerou o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade da prestação em relação à satisfação do direito, sendo que a obrigação do Estado em relação a prestações onerosas são vistas dentro desses critérios, levando em consideração aquilo que era razoável o cidadão exigir do Estado, sendo que para haver violação da chamada reserva do possível, a satisfação do pleito deveria conforme Olsen (2008) gerar um desequilíbrio no sistema jurídico capaz de afetar o princípio da igualdade material e do Estado Social.

Barcellos (2008) conceitua a Reserva do Possível como a identificação de um fenômeno econômico que se refere à limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas que devem ser supridas por ele. Sendo assim, a reserva do possível significa que, além das discussões judiciais sobre aquilo que pode ser exigido do Estado, há um limite das possibilidades materiais que possam concretizar esses direitos.

Sarlet e Figueiredo (2008) abrangem a reserva do possível por meio de uma dimensão tríplice, que abrangem a disponibilidade fática de recursos, a

disponibilidade jurídica de recursos materiais, e a proporcionalidade na prestação. Essa concepção divide a reserva do possível em dois conceitos; reserva do possível fática, que é quando ocorre a falta de recursos e reserva do possível jurídica, quando ocorre a falta de previsão orçamentária (CALIENDO, 2008).

Quanto a essa forma de divisão autora Barcelos(2008) afirma que a reserva do possível fática relaciona-se com a exaustão orçamentária, caso em que é possível questionar a realidade dessa circunstância, levando em consideração a forma de arrecadação e a natureza dos ingressos públicos, enquanto em relação à jurídica não há essa exaustão, o que há é a falta de autorização para que haja determinado gasto.

Conforme Oliveira e Calil(2008) a reserva do possível é uma restrição fática aos direitos fundamentais que demanda diminuição do erário, tendo em consideração a finitude dos recursos públicos, levando em consideração que há o dever estatal de alocar corretamente os orçamentos que estejam voltados à efetivação das prestações estatais e a possibilidade de controle por vias constitucionais, respeitando-se a intangibilidade e a juridicidade absolutas do mínimo essencial à dignidade e às liberdades fundamentais.

Dentro da justificativa para a alegação da reserva do possível, há uma vertente conforme Krell (2002) que nega a existência limitativa fática, afirmando que condicionar a realização de direitos econômicos, sociais e culturais a um “caixa cheio” do Estado é o mesmo que reduzir sua eficácia a nada, sendo que a subordinação a condicionantes econômicos relativiza a sua universalidade e tira seu caráter de direitos fundamentais.

Krell (2002) afirma que o texto constitucional não pode ser utópico, idealista, sem levar em consideração a necessidade de satisfazer os direitos. Para tanto afirma que promessas constitucionais sem possibilidade real de concretização levam a uma frustração constitucional, capaz de levar a um descrédito do sistema constitucional como um sistema de normas vigentes e pode abalar a confiança da sociedade em todo o ordenamento jurídico.

Conforme tal afirmação nota-se a importância de haver formas de efetivar o acesso a direitos ainda que os recursos sejam limitados, achando métodos de organizar a disponibilidade dos recursos públicos de forma mais equânime, distribuindo as dotações orçamentárias conforme a necessidade e diminuindo recursos excessivos de determinados setores.

Freire Júnior (2005), em sentido contrário, afirma que há a necessidade de alocar gastos antes que sejam postadas dotações referentes a outras áreas. Enquanto Scaff (2005) parte do pressuposto de aplicação da reserva do possível somente deve se dar nos casos em que haja comprovação de utilização dos recursos públicos de forma proporcional aos problemas sociais.

Cumpre salientar conforme Scaff (2005) que a reserva do possível faz parte de uma situação cotidiana pois sempre vão haver necessidades humanas e haverá a necessidade de recursos para satisfazê-las, nesse sentido, é necessário compreender o âmbito de aplicação da alegação, e o seu significado em relação a concretização de direitos, chegando a uma conclusão sobre em quais casos cabe a sua justificação e em quais casos deve-se afastá-la.

Em relação às necessidades humanas, como por exemplo, saúde, educação, dentre outros, demanda-se um dispêndio do poder público para a sua realização, nesse contexto é que a reserva do possível mostra-se ligada ao planejamento orçamentário, no sentido da necessidade de se adequar a distribuição dos recursos disponíveis para os setores necessários.

Nesse contexto, a reserva do possível surge como um argumento que é reiteradamente invocado quando o Estado deve satisfazer as necessidades básicas sociais por meio de políticas públicas, necessita fazer uso dos recursos financeiros que são escassos, impondo assim a tomada de escolhas de uma prestação em desfavor de outra.

Conforme Barcellos (2002), a expressão reserva do possível busca identificar o fenômeno econômico que se refere à limitação dos recursos disponíveis em relação das necessidades que quase sempre são infinitas e devem ser supridas. Portanto, além das discussões jurídicas sobre o que pode ser exigido judicialmente do Estado, deve-se lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Krell (2002), no mesmo sentido afirma que o direito tem seus próprios limites e que não deve ter como norma algo inalcançável, tendo em vista que ele se forma com base em elementos colhidos na realidade que tem base na sociedade, sendo assim, deve haver equilíbrio entre esses extremos.

Em relação à teoria da reserva do possível, não há a delimitação de um conceito consensual sobre o seu conteúdo e qualificação. Há parte da doutrina que a considera como um postulado, uma cláusula e outros como um princípio.

Olsen (2008), ao analisar essas concepções, se posiciona em tratar a reserva do possível como condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos. Conforme a autora, a reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido e também não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que possa haver ponderação da reserva do possível, não a identifica como um princípio, pois bens jurídicos também podem ser ponderados. Sendo assim, a denominação *clausula* ou *postulado* são mais adequados.

Quanto ao seu conteúdo a reserva do possível contém elementos ligados a limitações orçamentárias, decisões de alocações de recursos e efetividade de direitos. Carneiro apud Olsen (2008), ao se referir ao seu conteúdo, refere-se a reserva do possível, como uma espécie de causa de excludente de ilicitude da conduta estatal, na medida em que, a Administração Pública ao provar a inexistência de recursos, não pode ser responsabilizada pela inobservância da necessidade social, em face de não se poder exigir nesse caso, que houvesse uma conduta diversa da adotada. A reserva do possível, nesse sentido, servirá como uma excludente para a efetivação da medida.

Portanto, devido ao fato de a reserva do possível ser invocada na tomada de decisões a respeito da alocação de recursos escassos, como uma forma de proteção de bens públicos, pode ser considerada como um argumento. Também pode ser classificada como uma cláusula, na medida em que há vários elementos que a caracterizam, tais como, a limitação dos recursos necessários a efetivação dos direitos sociais, a imposição de escolhas a serem feitas quanto a destinação e investimento desses recursos, a vinculação das decisões das autoridades públicas as normas de direito fundamental e aos planos orçamentários.

Conforme Pereira (2006) a reserva do possível tem por base o argumento que para os direitos fundamentais serem efetivados depende da ação do Estado pela promoção de serviços públicos que, em certa medida, estão condicionadas à existência de recursos e a demais limites referentes à estrutura pública. Entretanto, esses recursos não são suficientes para suprir todas as necessidades criadas pelo Estado Social.

Vieira de Andrade (1983), afirma que para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos tem direito, é preciso que hajam recursos materiais suficientes e também é preciso que o Estado possa dispor desses recursos. O autor ainda complementa ao dizer que “os direitos a prestações materiais do Estado

correspondem a fins políticos de realização gradual ou que são direitos sob reserva do possível” .

Rocha (2014) afirma que nesse sentido, a reserva do possível possui natureza de limitador aos direitos fundamentais, mas de conotação diferenciada dos demais limites, ou seja, é uma restrição às obrigações do Estado, que deixa de ser obrigado a fazer aquilo que deveria, ou seja, prestar uma determinada obrigação.

O autor ainda complementa que em relação à abrangência da reserva do possível, pode haver tanto uma barreira relativa, quando ocorre uma limitação jurídica devida a ausência de previsão orçamentária quanto pode ocorrer uma barreira absoluta, que ocorre quando há limitação fática pela inexistência de recursos.

Entretanto, o fato de haver o condicionamento dos direitos a uma previsão orçamentária o Estado não pode usar tal fato como uma resposta definitiva para se eximir do cumprimento de suas obrigações, porque se por um lado o orçamento é um complexo maleável, por outro lado, os direitos possuem um caráter de normatividade que se impõe a legislação orçamentária, e portanto, dependem de uma solução.

Conforme Rocha (2014) de um lado as Constituições consagram e normatizam, um conjunto de direitos, em especial, direitos que dependem de obrigações positivas, e por outro, há a necessidade da disponibilidade executiva para que os direitos sejam prestados nos limites dos recursos em situações em que é recorrente o descompasso entre a necessidade de realização do direito e os recursos disponíveis. Enfim, há um desequilíbrio entre os direitos que estão positivados e possuem o caráter de fundamentalidade no ordenamento jurídico e a realidade em suas prestações. Nesse sentido, cabe ao direito, com uso da jurisprudência e da doutrina solucionar esse impasse entre a previsão dos direitos e a alegação da falta de recursos para presta-los pelo Estado.

Conforme Pereira (2006) a invocação da teoria da reserva do possível parte de um pressuposto de que há uma limitação dos recursos disponíveis e que as necessidades dos cidadãos, entretanto sempre estão presentes, o que pressupõe que não haverá a possibilidade de que não será possível atender todas, simultaneamente. Nesse contexto, o Estado suscita a alegação da reserva do possível, pois a efetivação das prestações dos direitos fundamentais está sujeita a

uma reserva, a reserva do que é possível economicamente e faticamente de ser realizado.

A realização dos direitos fundamentais prestacionais está intimamente relacionada a teoria da Reserva do Possível, pois, essas prestações estão dependentes da reserva do possível. Nesse sentido, ela diz respeito à apreciação da possibilidade da prestação e conforme Olsen (2008) da escassez como condição para o reconhecimento do direito.

Torres (2008) defende o posicionamento de que a reserva do possível é inerente aos direitos prestacionais, sendo que a pretensão do indivíduo seria o acesso à política pública e não há a um determinado bem público.

Tal conceito não se sustenta pois oferece riscos reais à exigibilidade dos referidos direitos, sendo que conforme Olsen (2008) se os custos dos direitos fundamentais levarem em consideração aquilo que está ou não normatizado, o espaço discricionário seria além do mensurável, e geraria um grave enfraquecimento do sistema de proteção desses direitos.

Sarlet e Figueiredo (2008), afirmam que a reserva do possível considerada em toda a sua complexidade constitui espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas que também poderá atuar, dependendo do caso concreto como garantia dos direitos fundamentais, como por exemplo, quando houver conflitos de direitos, desde que sejam observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial, quando houver indisponibilidade de outro direito.

A aplicação da teoria da reserva do possível tem destaque relevante na concretização dos direitos fundamentais, pois conforme Araújo(2013) a imposição ao poder público para realização de uma política pública de interesse geral é tema delicado, pois, como tais atividades exigem um gasto de verbas públicas, há o confronto entre a falta de previsão orçamentária para o dispêndio e os recursos materiais que são necessários para concretizar as ordens judiciais. Ademais, conforme a autora o poder judiciário acaba sendo responsável por decidir sobre as questões acerca da aplicação da teoria da reserva do possível.

A questão central sobre a teoria da reserva do possível reside na alegação que os indivíduos não possuem direito subjetivo frente ao Estado senão nos limites da razoabilidade. Tal expressão conforme Araújo é uma expressão que define a limitação dos recursos econômicos disponíveis pela Administração Pública para que as necessidades dos cidadãos seja suprida. Entretanto, os recursos disponíveis são

limitados, sendo assim, os cidadãos acabam tendo que invocar o poder judiciário para que as questões referentes a concretização dos direitos fundamentais possa ser resolvida.

Conforme Araújo(2013), no Brasil, não há esforços do Estado para cumprir os mandamentos constitucionais, pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais, ainda que hajam recursos limitados, não há que se falar em isenção da obrigação do poder público em prestar o mínimo para que os direitos fundamentais sejam concretizados.

Ao elencar uma série de direitos fundamentais na Constituição Federal, o Estado demonstrou que esses direitos possuem relevante importância social, o que enseja que o seu cumprimento e garantia também possuem respaldo no mesmo texto normativo que as criou, sendo assim, o poder público tem o dever de buscar meios para que possa haver o cumprimento das garantias dos direitos fundamentais e quando não seja possível a sua concretização, que haja mecanismos que diminuam os prejuízos causados pela ausência do seu cumprimento, por exemplo, em casos em que não haja possibilidade de construção de escolas, que haja recursos que possibilite a realocação dos estudantes em outras escolas.

Quando há escassez dos recursos necessários a tornar os direitos efetivos, há a perda do seu significado, sendo que ver na reserva do possível um limite aos direitos fundamentais gera um enfraquecimento na proteção desses direitos, já que os poderes constituídos e legitimados para delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais terão total discricionariedade para alegar aquilo que é ou não possível de ser concretizado.

Nesse sentido, conforme Araújo(2013), a invocação da reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse vontade mediante a falta de recursos. Sendo que para outros determinados fins não é alegada a escassez de recursos. Nesse sentido, se considerar que a destinação de verbas para um fim acaba por determinar a escassez para outro fim, é possível reconhecer que houve uma decisão política e má vontade dos poderes públicos na realização desses direitos.

Portanto, não se pode comprometer a efetividade dos direitos com base nessa alegação, sendo que é necessário diferenciar o que não é possível porque comprovadamente não há meios para sua realização e o que não é possível porque

os meios foram alocados para outras finalidades. Assim, deve haver ponderação entre os bens jurídicos a ser efetivados.

Tendo em vista que a alegação da reserva do possível pode ser feita devida a má-fé dos administradores ou a um mal planejamento orçamentário, distorcendo o uso da teoria e justificando a omissão do governo na implementação de políticas públicas relativizando o papel do Estado na garantia dos direitos, deve haver uma restrição a sua invocação pelo poder público.

Sendo assim, ainda que a teoria da reserva do possível implique em limitações ao alcance dos direitos fundamentais tendo em vista a alegação pelo poder público da ausência de recursos necessários para a implementação desses direitos, devemos ter em consideração que essa alegação não pode ser feita em todos os casos, como forma do Estado se eximir da obrigação em prestar direitos fundamentais.

Nesse sentido, aos direitos fundamentais é reconhecida a existência de um núcleo essencial, ou seja, um conteúdo essencial dos preceitos constitucionais as restrições impostas pela alegação da falta de recursos pelo poder público. Esse conteúdo essencial é reconhecido tanto pelo poder legislativo quanto pelo administrador.

Na doutrina, Miranda (2008) reconhece que o conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais deverá sempre ser assegurado, e somente o legislador ou o juízo poderá definir o grau de sua relevância. Para que haja um mínimo essencial deve haver efetividade dos direitos fundamentais.

Desse modo, a reserva do possível como alegação da falta de recursos para a prestação dos direitos fundamentais só deverá ser admitida quando o poder público comprove que de fato não há recursos para prover o direito fundamental pleiteado e que não há igualmente como fornecer outro direito ou outra garantia que possa amenizar os danos causados pela ausência da garantia do direito.

Portanto, a reserva do possível tem que ser vista como uma exceção e não como uma regra e não deve ser uma excludente de ilicitude da conduta social em face da inexigibilidade de outra conduta do poder público. (AMARAL; MELO, 2008).

A alegação da reserva do possível muitas vezes é aceita como forma do poder público se eximir de sua responsabilidade pela gestão dos recursos, ainda que haja os recursos, a alegação é aceita, de forma que isso gera uma perda do sentido das ações públicas em termos de prestações. Tal alegação muitas vezes não é afastada mesmo pela atuação do poder judiciário. Conforme decisão do STJ ao tratar do tema em relação a questões orçamentárias:

Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. (BRASIL. STJ,2004).

Contudo, conforme Cunha Júnior (2008), a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Portanto, sem essa garantia, há a desconstrução do Estado de Direito e as frustrações legítimas da sociedade são desfeitas.

No entanto, o objetivo em se buscar o afastamento da reserva do possível não é obrigar o Estado a cumprir prestações de forma desmedida, sem que haja possibilidade alguma para prover as políticas públicas, mas sim, antes de tudo, a intenção é afastar essa justificativa quando fique demonstrado que o que ocorre de fato é conforme Krell (2002) a ausência da vontade pública e da organização administrativa e não a limitação orçamentária de fato.

Nesse sentido, o Estado antes de fazer os orçamentos públicos deve conforme Rezende (2011), levar em conta a atividade e o êxito dos seus serviços e deve para isso, ter em consideração as legislações pertinentes, os serviços públicos que irão ser ofertados bem como questões sociais e a qualidade de vida dos cidadãos.

Conforme jurisprudência do STF, abaixo mencionada, podemos notar que o reconhecimento de determinados direitos fundamentais importa também na garantia dos meios para a sua realização:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. GARANTIA DE VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CF/88. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA **RESERVA DO POSSÍVEL**. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que assegura às crianças de zero a cinco anos de idade a primeira etapa do processo de educação básica mediante o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, da

Constituição Federal). 2. O Estado tem o dever constitucional de garantir o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão estatal e violação a direito subjetivo, sanável pela via judicial. Precedentes: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 4/6/2009, e RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3/8/2007. 3. O Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a efetivação de matrícula de crianças de zero a cinco anos de idade em estabelecimento de educação infantil, sem haja violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. 4. Ex positis, voto no sentido de, no caso concreto, NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma. 5. A tese da repercussão geral fica assim formulada: A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. . O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.( 5, Relator Min. Celso de Mello, 22/11/2005).

A Constituição Federal prevê o direito do acesso à educação como direito fundamental, o que importa dizer que ao prever tal direito há também a previsão da garantia para a sua realização, sendo assim, conforme podemos inferir da decisão acima mencionada, a obrigação de prestar a educação básica pode ser imposta ao poder público por meio do poder judiciário. Nesse caso não há que se falar que houve violação da separação dos poderes, pois não foi imposto ao poder público a obrigação de prestar uma obrigação além das suas capacidades ou do seu orçamento.

Em relação a obrigação do poder público o STJ, no Resp 1.389.952-MT, decidiu constatando-se irregularidades em cadeia pública, tais como superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, deve ser julgada procedente ação civil publica que objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, especialmente quando o réu não comprovar objetivamente a incapacidade econômico-financeira de fazer frente a essa despesa.(STJ. 2ª Turma. REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014 (Info 543)

Nesse sentido, podemos perceber que quando dito direito fundamental possui um conteúdo cujo objeto é essencial para o respeito da dignidade humana e para a prevalência do bem social, sendo a garantia do direito de extrema importância, o

direito se sobrepõe a necessidade do poder público e impõe a esse a obrigação do seu cumprimento.

Em relação a alegação da reserva do possível, conforme Cavalcante, em comentário ao julgado, afirma que:

Não se pode invocar a teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias..

Realmente as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Todavia, a situação é completamente diversa nos países menos desenvolvidos, como é o caso do Brasil, onde ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão (supérfluo), pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro.

É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. (CAVALCANTE, 2014).

Conforme se pode concluir acerca do julgamento, o mínimo existencial possui garantia e prevalece sobre a alegação da reserva do possível, pois deve haver o respeito ao princípio da dignidade humana e deve haver garantia do conteúdo mínimo do direito, sendo que quando ocorre grave violação de direitos, como no caso julgado, o Estado não pode se eximir de prestar a obrigação referente à garantia ou garantir um meio que traga menos onerosidade aos indivíduos até que possa ser dada uma solução definitiva.

## 2.5 TEORIA DOS LIMITES IMANENTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Canotilho (2002) define os direitos fundamentais como direitos que o particular tem perante o Estado, sendo direitos de autonomia e de defesa. São caracterizados como individuais, porque pertencem exclusivamente à pessoa e o Estado na posição de titular de direitos, com o dever de proteger o cidadão, vela pelo seu cumprimento. Outrossim, são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade humana e de limitação do poder, que estão positivados no plano constitucional de determinado Estado de Direito e devido a sua importância axiológica são responsáveis por fundamentar e legitimar o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, como direitos de defesa, podemos citar ações como o mandado de segurança. Entretanto, no mesmo sentido, ao se referir a possibilidade de defesa em relação ao Estado, exigir do poder público determinadas prestações que assegurem direitos também pode possuir a função de defesa contra a ação estatal, neste caso, contudo, o particular se defende de uma ingerência do Estado.

A Constituição Federal traz a previsão de uma série de direitos fundamentais, em seu artigo 5º. Tais direitos são responsáveis por instituir quais os bens que são considerados como essenciais no direito brasileiro, ou seja aqueles bens que são essenciais para a manutenção da sociedade de forma harmônica e cuja ausência ou restrição são capazes de afetar a esfera do cidadão de forma a lhe causar algum prejuízo ou restringir o alcance de condições melhores para sua vida.

Portanto, são direitos fundamentais aqueles que proporcionam melhores condições existenciais ou sociais ou cujo caráter possui uma determinada importância de tal forma tão relevante que retirar ou restringir sua eficácia afeta a qualidade de vida dos cidadãos que sofrem a limitação do direito em sua órbita de alcance.

Podemos citar como exemplo de direitos tido como fundamentais, o direito a educação e o direito à saúde, que são direitos que quando limitados afetam várias esferas da vida do cidadão. Nesse sentido, no caso em que a educação seja restringida, por exemplo, em sua totalidade ou em uma grande parcela dessa, o cidadão terá condições reduzidas de alcançar empregos e salários melhores, pois a educação é uma condição para que o cidadão tenha a plenitude de escolha de qual profissão irá exercer futuramente. Por outro lado, o direito à saúde quando limitado pode causar resultados ainda mais extensos, como o resultado de vários danos à

saúde que causem impossibilidades físicas de trabalhar ou até mesmo de exercer atividades cotidianas, pois há casos em que o atraso em tratamentos de saúde gera danos irreparáveis à saúde e afeta toda a qualidade de vida do cidadão imediatamente prejudicado.

Contudo, quando falamos em direitos fundamentais levamos em consideração o fato que não nenhum direito absoluto e que podem ser adotadas medidas restritivas dos direitos e liberdades individuais e também coletivas. No entanto, há determinados direitos que não podem ser restringidos ou limitados, pois possuem um caráter de tal forma tão essencial que limitar seu alcance acaba por ferir a dignidade do indivíduo.

Para falar da restrição dos direitos fundamentais e demonstrar como há um conteúdo mínimo desses direitos bem como limites para sua restrição devido à sua importância, abordamos a teoria dos limites imanentes ou limite dos limites, que tem desdobramento na teoria interna e externa.

Os direitos fundamentais são passíveis de limitação ou restrição, o que significa dizer que seu caráter não é absoluto, conforme Cavalcante Filho (2015) mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos. Mello apud Ferri e Souza, afirma que não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que possuam caráter absoluto, até porque devido a questões de interesse público ou exigências que derivam do princípio da convivência das liberdades que os sustentam, ainda que de forma excepcional, fazem com que os órgãos públicos adotem medidas que restrinjam as prerrogativas individuais ou as coletivas, desde que a Constituição seja respeitada.

O autor ainda complementa, ao dizer que o estatuto que prevê as liberdades públicas também permite que sobre elas incidam limitações de ordem pública, que tem como função proteger o interesse social e garantir a coexistência dos direitos, pois nenhum deles pode ser exercido em desconformidade com a ordem pública ou garantias de terceiros.

Conforme Kim (2015), podemos entender como limitação ou restrição toda ação ou omissão do poder público ou mesmo do particular, que venha a reduzir um direito fundamental. Tendo em vista que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados, eles encontram-se submetidos a uma série de condicionamentos, que podem ser ou limitações ou restrições, e que delimitam o exercício válido de uma prerrogativa subjetiva em algumas circunstâncias.

Sarlet (2022) afirma que as limitações aos direitos fundamentais podem ser definidas como ações ou omissões dos poderes públicos, que reduzam ou que eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício ou diminuindo deveres estatais de garantia e proteção que resultem dos direitos fundamentais.

Conforme Sarlet (2009), em relação às restrições elas podem ocorrer de forma direta, quando essa limitação estiver prescrita em lei, e de forma indireta quando não estiverem previstas na Constituição, mas possuem fundamento constitucional. Da mesma forma, pode haver restrições por força da colisão de direitos fundamentais, mesmo que não haja previsão de limitação expressa ou autorização expressa autorizando a limitação por parte do legislador.

O ordenamento constitucional brasileiro admite restrições que não possuem previsão legal, conforme Novais (2003), essa admissibilidade não é de criação do poder legislativo dependendo da natureza dos direitos fundamentais. Portanto, ao aplicar o ordenamento jurídico essa restrição deverá ser observada pelo julgador partindo do pressuposto do que orienta a norma restritiva, tendo em vista o caso concreto.

Nesse sentido, Kim (2015) afirma que a correta interpretação constitucional precisa calcar-se no plano jurídico, de um lado, e de outro lado pelo plano político, garantindo assim o equilíbrio, posto que na análise da interpretação da norma constitucional espera-se dos órgãos constitucionais que haja o ajuste entre o interesse público, coletivo e o que é justo.

Sendo assim, a importância e relevância dos direitos fundamentais enseja a necessidade de haver uma correta interpretação jurídica das normas constitucionais, no sentido de conferir eficácia ao objeto protegido, conforme exposto anteriormente pelo autor Kim (2015) deve haver um equilíbrio entre o interesse público e aquilo que é justo.

Portanto como aquilo que é justo podemos entender as restrições que ainda que sejam necessárias respeitem a dignidade da pessoa humana, ou seja, que ao aplicar o ordenamento jurídico e limitar o alcance de determinados direitos, tais restrições tenham justificativas plausíveis, no sentido de possuírem fundamento legal, como exemplo, quando de fato não haja recursos para prestar determinado direito e não haja nenhuma forma de diminuir os danos causados pela ausência da garantia do direito.

Quando nos referimos aos direitos fundamentais devemos ter em consideração que a sua previsão no ordenamento jurídico teve como objetivo proteger determinados bens e objetos, os quais são essenciais para a manutenção da sociedade e seu bem-estar social. Nesse sentido os direitos fundamentais possuem um âmbito de proteção, no sentido que possuem um conteúdo que buscam proteger e garantir a existência e manutenção. Para que possamos compreender a aplicação da teoria dos limites imanentes e o seu sentido, devemos levar em consideração esse âmbito de proteção dos direitos fundamentais, que se refere aos bens jurídicos que visam garantir.

Conforme Sarlet (2022), é certo afirmar que todo direito possui um âmbito de proteção e todo direito fundamental, ao menos em princípio está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção. Na afirmação do autor um direito abrange os diversos pressupostos fáticos que se relacionam com a norma jurídica. Trata-se do bem jurídico, do objeto tutelado, que nem sempre é fácil identificar. Entretanto tendo em vista que nenhuma ordem jurídica é capaz de proteger de forma total, de maneira ilimitada os direitos fundamentais, pois, esses não possuem um caráter absoluto, esses, postos desse modo, podem ser submetidos a limites e ser restringidos.

Em relação ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais o autor Correia apud Sarlet (2022), sustenta a ideia que esse âmbito de proteção não se refere apenas à aplicação de critérios pré-normativos, mas também possui relação com outras finalidades constitucionais e valores, levando em consideração que mesmo considerando o direito fundamental sem ter em conta as limitações que pode sofrer há um perfil normativo que já foi definido previamente e deve ser respeitado.

Nesse contexto, como forma de expor qual o conteúdo dos direitos fundamentais não pode ser limitado e o que é essencial que seja ponderado e levado em consideração quando houver a necessidade que algum direito seja restrito ou limitado devido à importância de proteger outros bens mais importantes e com maior abrangência, a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais traz conceitos que demonstram qual parte desses direitos deve ser protegida e preservada a fim de garantir proteção à coletividade.

Conforme Sarlet (2022) a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais se desdobra nas teorias interna e externa. Em relação à teoria interna, há a afirmação que o direito fundamental existe desde sempre e que já nasce com

seus limites. Nesse sentido, se fala em limites imanentes que consistem em fronteiras implícitas, que não se confundem com restrições verdadeiras, pois estas são admitidas dentro da teoria externa que as considera como desvantagens normalmente impostas a esses direitos, mas não são admitidas pela teoria interna, visto que para a teoria interna o direito tem seu alcance definido de antemão, de modo que sua restrição se torne desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico. Desse modo, para a teoria interna o processo de delimitação dos limites é algo interno a ele.

Por outro lado, a teoria externa distingue os direitos fundamentais das restrições que podem ser impostas a eles, daí surge a necessidade de uma precisa identificação dos contornos de cada direito. Silva, ao referir-se a teoria externa a distingue da interna, ao afirmar que na teoria interna, há o pressuposto da existência de apenas um objeto, o direito e os seus limites imanentes enquanto a teoria externa divide o objeto em dois: em primeiro lugar, o direito em si, e em segundo as suas restrições.

Portanto, conforme Sarlet (2022) de acordo com a teoria externa, existe em princípio um direito que possui um conteúdo ilimitado, que após sofrer restrições se torna um direito restrito. Nesse sentido, quando houver o reconhecimento da colisão de direitos, levando em consideração que haverá a necessidade da imposição de limites a tais direitos para que haja a consideração harmônica entre eles, a única teoria admitida seria a teoria externa, por reconhecer que há a possibilidade de restrições dos direitos fundamentais.

Contudo, quando houver a necessidade da imposição de um direito sem que haja o reconhecimento que possa haver restrições ou limitações decorrentes de outros direito ou de determinadas situações, o reconhecimento da teoria interna impõe a obrigação do cumprimento do direito independente de quaisquer fatores que possam limitar o alcance desse direito.

Podemos dizer que a concepção de Correia citada anteriormente, quando se refere ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista não somente critérios pré-normativos mas a definição de um perfil antes determinado, se relaciona melhor com a definição das restrições vistas pela ótica da teoria interna, pois tal afirmação leva em consideração que há fatores além daqueles que tem relação com a norma levando em consideração também que quando foi definido o conteúdo do direito fundamental tendo em conta sua relevância para a sua

qualificação como um direito essencial, já havia um conteúdo de proteção desses direitos que deveria ser respeitado ainda que não houvesse previsão normativa, importando no fato que mesmo sem previsão legislativa tais bens protegidos possuíam importância, e que após sua previsão em norma, esse conteúdo deve ser garantido para além da previsão normativa.

As principais diferenças entre as teorias interna e externa decorre do fato que na teoria interna os direitos fundamentais já tem o seu conteúdo definido no momento de sua criação sendo desnecessário recorrer a fatores externos para estabelecer limitações, não sendo admitida a colisão de direitos e não há necessidade da ponderação de interesses. Por outro lado a teoria externa sustenta que há a necessidade de considerar elementos externos para definir as restrições válidas aos direitos fundamentais, incluindo a ponderação de interesses em caso de colisões entre direitos.

Desse modo, em relação à teoria interna a previsão do direito significa que o seu conteúdo já foi antes definido e agora está normatizado, sendo assim, não há a possibilidade de reconhecer a limitação do direito em face de outro direito ou de qualquer alegação de impossibilidade do seu cumprimento.

Mendes destaca a distinção entre as teorias interna e externa, levando em consideração a relação entre direito individual e restrição. Na teoria externa, parte-se da premissa de que, inicialmente, existe um direito não limitado, o qual, com a imposição de restrições, transforma-se em um direito limitado. Essa abordagem reconhece a falta de uma relação necessária entre a ideia de direito individual e a de restrição, argumentando que essa relação é estabelecida pela necessidade de conciliar direitos individuais e bens coletivos. Em contrapartida, a teoria interna não considera as categorias de direito individual e restrição como autônomas, enfatizando a ideia de um direito individual com um conteúdo específico. Nessa perspectiva, a noção de restrição é substituída pela de limite, sendo que todas as restrições impostas dizem respeito ao próprio conteúdo do direito. Essa distinção revela a dicotomia na abordagem dessas teorias quanto à origem e natureza das limitações aos direitos fundamentais.

A noção de limites imanentes está intimamente ligada à concepção da teoria interna, contudo, também é reconhecida por alguns autores como Vieira Andrade(1983), pela existência de fatores externos, e ainda reconhece a existência de três possibilidades de haver limitações dos direitos, na presença dos limites

imanescentes, nas colisões ou conflitos de direitos e as intervenções legislativas. Sendo que nos dois primeiros casos as limitações são internas e as últimas externas.

Para Freitas(2007) os limites imanescentes, são aqueles que desde sempre, os direitos fundamentais possuem, no sentido, que não sejam apostos de seu exterior. A afirmação de limites imanescentes importa em dizer que tanto do ponto de vista material, quanto do estritamente jurídico, as normas ao estabelecerem tais direitos definem as respectivas fronteiras.

Na teoria interna, como todos os direitos possuem caráter definitivo, falar-se em restrição a eles não é possível, a não ser que sejam inconstitucionais. Nesse caso, se fala em limites que são estabelecidos pelo próprio direito, desde sua criação, ou seja, são limites imanescentes, porque pertencem ao próprio conteúdo interno do direito fundamental. A doutrina, considera a restrição do ponto de vista que o direito a priori é ilimitado, mas que há algum fator que pode restringi-lo, tirando seu caráter absoluto, por fatores que são exteriores a eles. A restrição, portanto, pressupõe que há uma delimitação do conteúdo do direito feito em face de elementos estranhos ao conteúdo do próprio direito. Canotilho apud Sarlet (2022), afirma que a teoria externa se resume no fato que primeiro nascem os direitos e as normas garantidoras desses direitos e depois as normas restritivas desses direitos.

A Teoria Interna, conforme Alexy (2015), tem sua sustentação em um único conteúdo, em um único objeto, sendo assim o conceito de restrição é substituído pelo de limite. Na afirmação de Silva( 2008), a partir do enfoque da teoria interna o processo de definição dos limites de cada direito é algo inerente a ele. Nessa perspectiva, que se fale em limites imanescentes, pois somente há o direito com seus limites imanescentes.

Conforme Cavalcante Filho (2015), para a teoria interna, o conteúdo de um direito só pode ser definido ao ser confrontado com outros, não existem restrições a um direito, mas definições de até onde vai esse direito. Desse modo, a compreensão dos direitos fundamentais pela teoria interna, em caso de conflito entre as normas, sua solução se encontra no próprio ordenamento jurídico, sem depender de fatores externos, sendo o próprio conteúdo da norma capaz de revelar qual o limite imanescente a esse direito.

Silva (2008) afirma que na teoria interna, os direitos não sofrem colisões posteriores, chegando à conclusão que em termos de estrutura normativa, os direitos a partir dessa concepção têm estrutura de regras com posições definitivas,

sendo que em determinada situação jurídica, caso ocorram conflitos entre regras, essas devem ser aplicadas pelo critério da validade, procurando uma solução sem usar a relatividade, valendo o pensamento do tudo ou nada.

No âmbito de teoria interna conforme Silva (2008) não há como falar que uma ação seja garantida por uma norma de direito fundamental, mas que em decorrência das circunstâncias, sejam fáticas ou jurídicas no caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. Nesses casos, o direito no qual a ação se baseia não existe, não ao menos pela forma que é descrito.

Tendo em vista o conceito da teoria interna, não há que se falar em sopesamento, visto que a garantia do direito, nesses casos deve ser absoluta. Entretanto, essa teoria não assegura que os direitos sejam absolutos, pelo contrário, defende a possibilidade de assegurar o direito através da análise das limitações previamente existentes no ordenamento constitucional, caracterizado pelos seus limites imanentes.

Borowski apud Silva (2008), afirma que a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por fatores externos, tampouco por colisões entre direitos. Sendo assim, a definição do conteúdo e a extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de posteriores colisões, a conclusão a qual se pode chegar é que direitos definidos a partir da teoria interna sempre tem a estrutura de regras.

Por outro lado, na teoria externa há a divisão do direito e das suas restrições, em relação a essas restrições, Alexy (2015), afirma que a restrição surge com a necessidade da exigência em conciliar os direitos, portanto, o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas: o direito e a sua restrição, havendo assim, o direito considerado em si, não restringido e aquilo que resta do direito, após sofrer restrição.

Silva (2011), afirma que partindo dessa distinção é que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução da colisão entre os direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, e o uso da adequação, necessidade e proporcionalidade, isso, porque somente a partir da teoria externa é que as restrições não se referem ao conteúdo dos direitos, não os modifica, apenas restringe o seu exercício.

Em relação à teoria interna, quando ocorrem conflitos, a solução é encontrada dentro do próprio texto, por entender que a definição do conceito de limites de cada

direito é algo interno a ele, a possibilidade de haver restrição a direitos não é aceita por essa teoria, não dependendo de fatores externos e possuindo estrutura normativa de regras.

Para saber se uma limitação é legítima ou viola o conteúdo essencial do direito conforme Freitas (2007), o funcionamento das restrições importa em inicialmente verificar se uma hipótese fática está contemplada como incluída no âmbito de proteção estatuído pela norma, e num segundo momento, a resposta sendo positiva deve-se examinar se há alguma limitação ou restrição em lei onerando o conteúdo de tal direito e, ato contínuo, se tal afetação está de algum modo, constitucionalmente autorizada, com isso, chegando-se a conclusão se a restrição é legítima ou se viola o conteúdo do direito fundamental.

Em relação às restrições normativas dos direitos fundamentais, há três categorias: na primeira, há a fixação do âmbito de proteção da norma de direito fundamental identificando os bens juridicamente tutelados pelos direitos fundamentais, na segunda há a fixação do âmbito de proteção efetiva da norma de direito fundamental, momento em que são analisadas as restrições que podem ter incidência sobre os direitos fundamentais. Na terceira, são fixados os limites dos limites, pelo qual há limites constitucionais estabelecidos às próprias restrições aos direitos fundamentais.

A teoria dos limites dos limites impõe que haja uma limitação a restrições que possam ser feitas aos direitos fundamentais, de forma a preservar o seu núcleo essencial. Por proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, entende-se a proibição de restrições desarrazoadas e desproporcionais, que acabam por nulificar ou esvaziar o conteúdo do direito fundamental. Silva (2011), esclarece que em relação a essa proteção, significa proibir restrições à eficácia do direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou parte deles.

Piertoh e Schlink (2012) acerca do núcleo essencial afirmam que o conteúdo essencial deve ser determinado em separado não só em relação a cada direito concreto mas em cada caso por si. Apenas pesando e ponderando os bens e interesses públicos e privados no caso concreto é que é possível verificar se o núcleo essencial foi afetado ou não.

No ordenamento jurídico pátrio não há uma cláusula prevista expressamente que defina um conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entretanto, reconhece-se a cláusula pétrea do artigo 60, §4, da Constituição Federal, como

limite do limite para o legislador ordinário. Nesse sentido, com relação a ausência de previsão expressa, a jurisprudência da Suprema Corte já reconheceu a existência de um núcleo essencial, de um limite do limite no Habeas Corpus nº 82. 959, em que a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de pena nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial uma vez que:

Conforme o voto do ministro Peluso no julgamento:

“A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento de pena privativa de liberdade, nota Maria Lúcia Karam, com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional, que o preconiza e garante”. (HC 82.959/SP, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006).

O julgamento do HC 82.959, teve a seguinte decisão:

PENA- REGIME DE CUMPRIMENTO- PROGRESSÃO- RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento de pena, nas espécies fechado, semi- aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA- CRIMES HEDIONDOS- REGIME DE CUMPRIMENTO- PROGRESSÃO- ÓBICE- ARTIGO 2º,§1º, DA LEI Nº 8072/90- INCONSTITUCIONALIDADE- EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL- Conflita com a garantia da individualização da pena- artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal- a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da lei 8.072/90. (BRASIL, 2006)

O núcleo essencial dos direitos, mediante a ausência de uma previsão do que possa ser considerado como esse núcleo, deverá ser analisado a partir da perspectiva da interpretação do conteúdo da norma e das demais garantias que o ordenamento jurídico prevê que possam se relacionar ao conteúdo desse direito.

No caso da decisão em análise podemos observar que o objeto de proteção do direito considerado foi a liberdade do indivíduo e a proteção do princípio da individualização da pena, princípio esse previsto constitucionalmente e também na lei de execução penal. Entretanto, não há apenas um conteúdo que se relaciona ao objeto de proteção do direito de liberdade, como também a proteção desse direito se desdobra em outros, como a proteção da dignidade da pessoa humana, o princípio do tratamento humano no cumprimento de penas e o princípio da igualdade, pois não podem ser impostos critérios para cumprimento de pena que proporcionem uma condição de total desigualdade perante os demais. Ainda que possa e deva haver critérios distintivos no cumprimento da execução, até mesmo para respeitar o critério

da individualidade da pena, não deve haver condições que afastem por completo a possibilidade de igualdade no cumprimento da imposição da medida imposta para um determinado grupo em face de uma determinada condição.

A teoria dos limites imanentes, no caso em questão, se fosse aplicada, possibilitaria a interpretação dos demais princípios alcançados pelo conteúdo da norma, pois de acordo com essa teoria os limites do direito estão previstos pela própria norma e pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, como a previsão da norma aplicada está prevista na Constituição e em uma lei infraconstitucional; a lei de execução penal, a sua leitura e compreensão parte da análise da interpretação do conteúdo dos dois textos e a aplicação de ambas as regras previstas nos dois textos. No caso em análise, podemos observar que as regras de ambos os textos foram aplicadas, pois há a previsão do critério da individualização da pena em ambas, não obstante, o critério que prevaleceu nessa decisão ainda que não esteja claramente exposto, foi o princípio da dignidade humana, que serve de norte para a aplicação de praticamente todo o ordenamento jurídico, pois todas as normas, de alguma forma buscam promover o respeito à dignidade humana.

Desse modo, ao expor o conceito da teoria dos limites imanentes e delimitar seu âmbito de incidência, fica demonstrado que os direitos fundamentais possuem um conteúdo que deve ser respeitado e cuja limitação acaba por ferir o respeito à garantia mínima que o cidadão têm de ver seus direitos respeitados. Sendo assim, há casos em que o acesso ao direito não pode ser limitado, devendo de alguma forma, ser garantidos meios para sua concretização.

### 3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao longo do desenvolvimento do trabalho foram abordados os conceitos de direitos fundamentais, os conceitos das teorias da reserva do possível e dos limites iminentes e sua abrangência e como ambas as teorias estão relacionadas.

No tópico 2.1, o conceito de direitos fundamentais que melhor explica sua definição ao nosso ver é a de Sarlet (2023) que define os direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas que do ponto de vista do direito constitucional foram por seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição, bem como aquelas que por seu conteúdo e importância possam ser equiparadas.

No tópico 2.2 são abordadas as garantias, conforme definição de Ferrajoli (1999) as garantias são técnicas previstas por um determinado ordenamento, para reduzir a diferença estrutural entre a previsão do direito e sua efetividade. Deste modo, se possibilita uma maior eficiência dos direitos fundamentais de forma coerente com suas estipulações constitucionais. Para Sarlet (2022) as garantias fundamentais, são meios, institutos, ou instrumentos de natureza processual ou instrumental que visam garantir a aplicação e defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais são as prerrogativas em si, enquanto as garantias instrumentos jurídicos destinados a garantir a sua efetividade.

No tópico 2.3 são apontadas as diferenças entre as normas formais e materialmente constitucionais, sendo que a materialidade das normas está relacionada ao seu conteúdo, enquanto a formalidade a sua disposição.

No tópico 3 é abordada a teoria da reserva do possível, sendo que essa teoria consiste na alegação feita pelo poder público que não há recursos para garantir a prestação de um direito, sendo conhecida como reserva do possível devido à alegação feita ter como justificativa a necessidade da possibilidade do poder público de prestar a garantia a determinados direitos, sendo que a prestação está ligada a questão orçamentária, sem a qual, o poder público se reserva a possibilidade de não cumprir o direito.

Barcellos (2008) conceitua a Reserva do Possível como a identificação de um fenômeno econômico que se refere à limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas que devem ser supridas por ele. Sendo assim, a reserva do possível significa que, além das discussões judiciais sobre aquilo que

pode ser exigido do Estado, há um limite das possibilidades materiais que possam concretizar esses direitos.

Conforme Oliveira e Calil(2008) a reserva do possível é uma restrição fática aos direitos fundamentais que demanda diminuição do erário, tendo em consideração a finitude dos recursos públicos, levando em consideração que há o dever estatal de alocar corretamente os orçamentos que estejam voltados à efetivação das prestações estatais e a possibilidade de controle por vias constitucionais, respeitando-se a intangibilidade e a juridicidade absolutas do mínimo essencial à dignidade e às liberdades fundamentais.

O autor Krell (2002) possui um posicionamento que não admite essa limitação aos direitos fundamentais, pois condicionar à realização dos direitos a existência de um “caixa cheio” do governo seria o mesmo que reduzir sua eficácia a nada. O autor afirma que as promessas constitucionais devem ser passíveis de cumprimento, para não levar a uma frustração constitucional e um descrédito do sistema constitucional.

Concordamos com o posicionamento de Krell (2002), sendo que a alegação da reserva do possível não deve servir como forma do poder público se eximir de cumprir sua responsabilidade.

Carneiro apud Olsen (2008), ao se referir ao conteúdo da reserva do possível, a descreve como uma espécie de causa de excludente de ilicitude da conduta estatal, na medida em que, a Administração Pública ao provar a inexistência de recursos, não pode ser responsabilizada pela inobservância da necessidade social, em face de não se poder exigir nesse caso, que houvesse uma conduta diversa da adotada.

Portanto, a invocação da reserva do possível acaba sendo uma alegação feita como forma de se eximir de qualquer reclamação pelo descumprimento do direito e como uma justificativa de que não havia como proceder de forma diversa, pois não havia meios para garantir o direito.

No tópico 4 é abordada a teoria dos limites imanentes cuja definição se desdobra em duas teorias em relação a ela, teoria interna e teoria externa, nas quais pela teoria interna há a obrigação da prestação do direito, não havendo limites externos à ele, enquanto a teoria interna externa admite essa possibilidade.

As duas teorias, reserva do possível e teoria dos limites imanentes, foram relacionadas pelo fato que pela alegação da reserva do possível se obsta a prestação de um direito fundamental, mediante a negativa do poder público em

cumpri-lo, ao passo que pela teoria dos limites imanentes, tendo em vista seu conceito, não admite a possibilidade dessa restrição ser operada, visto que a previsão do direito importa necessariamente na obrigação do seu cumprimento. Portanto para essa teoria os limites do direito estão previstos no próprio ordenamento, não sendo admissível alegar a reserva do possível, pois essa pode ser considerada um limite externo.

A conclusão da pesquisa relaciona o fato de a invocação da teoria da reserva do possível acabar por afastar o cumprimento dos direitos sendo o reconhecimento da teoria dos limites imanentes uma forma de obrigar o poder público há quando houver a real possibilidade de cumprir a garantia de o direito ser impossibilitado de alegar a reserva do possível. A admissão da teoria dos limites imanentes importa no reconhecimento da importância do conteúdo de proteção dos bens jurídicos previstos como direitos fundamentais, pois ao admitir a alegação dessa teoria como forma de afastar a reserva do possível, reconhecendo a importância do direito, impõe-se ao poder público o dever de prestar as garantias necessárias ao cumprimento do direito.

## 4 CONCLUSÃO

Analisar as teorias da reserva do possível e dos limites imanentes dos direitos fundamentais tem grande importância para demonstrar que a partir da alegação do poder público de não possuir recursos orçamentários para prestar determinado direito, o seu dever não deve ser afastado apenas com essa alegação.

Nesse sentido, a teoria dos limites imanentes, por meio da teoria interna, traz a concepção que os direitos quando estão positivados em um determinado ordenamento jurídico, possuem a estrutura de regras, ou seja, devem de algum modo ser cumpridos.

Silva (2008) afirma que na teoria interna, os direitos não sofrem colisões posteriores, chegando à conclusão que em termos de estrutura normativa, os direitos a partir dessa concepção têm estrutura de regras com posições definitivas, sendo que em determinada situação jurídica, caso ocorram conflitos entre regras, essas devem ser aplicadas pelo critério da validade, procurando uma solução sem usar a relatividade, valendo o pensamento do tudo ou nada.

Portanto, ao analisar os direitos fundamentais pela perspectiva da teoria dos limites imanentes que possui sua justificativa pela teoria interna, a aplicação da teoria da reserva do possível, nesse caso, não tem validade, pois sendo os direitos positivados não há a possibilidade de não haver meios para se garanti-lo.

Tendo em vista o conceito da teoria interna, não há que se falar em sopesamento, visto que a garantia do direito, nesses casos deve ser absoluta. Entretanto, essa teoria não assegura que os direitos sejam absolutos, pelo contrário, defende a possibilidade de assegurar o direito através da análise das limitações previamente existentes no ordenamento constitucional, caracterizado pelos seus limites imanentes.

A aplicação da teoria dos limites imanentes para justificar a obrigação de prestação do poder público dos direitos fundamentais pode parecer exagerada, pois pode transmitir a ideia errada que as prestações são impostas a qualquer custo, ainda que haja o sacrifício de outros direitos tão ou mais essenciais que devam ser garantidos, entretanto, tal teoria defende que as limitações sejam feitas somente mediante previsões constitucionais, ou seja, quando pelo conteúdo do que está previsto na Constituição, ou seja, as exceções que permitem que haja restrição do direito, esse direito seja limitado. Por exemplo, quando para que seja prestado o

direito a educação haja uma norma constitucional impondo algum outro dever do Estado que esse de fato esteja impossibilitado de prestar.

Contudo, conforme pudemos concluir, a invocação da teoria da reserva do possível ocorre como forma do Estado se eximir de prestar direitos, os quais está obrigado, alegando que não há recursos disponíveis para efetivar a prestação do direito.

No julgamento citado na ação civil pública que impôs a obrigação da prestação do direito ao Estado, o STJ decidiu que deve haver proteção da dignidade humana e que o mínimo existencial deve ser garantido. Conforme decisão na ação civil pública ficou definida a obrigação do Estado em incluir a construção de um novo presídio no orçamento público ou reformá-lo, devido ao fato de a situação do presídio estar afetando os presos de forma a ferir o princípio da dignidade humana e o respeito ao mínimo que é exigido para a garantia do respeito aos presos.

No julgamento citado pelo STF para explicar o conteúdo do núcleo essencial dos direitos em relação à teoria dos limites imanentes, o tribunal também decidiu pelo respeito ao princípio da dignidade humana, condição inerente a todo indivíduo, que impõe o respeito a sua condição existencial como alguém dotado de direitos e pelo respeito ao princípio da individualização da pena que recai na proteção dos princípios da igualdade e liberdade, respectivamente, pois ao prover o recurso no sentido de garantir a modificação do regime, o tribunal efetivou conjuntamente o direito de igualdade, por igualar a condição de todos aqueles que cumprem pena, não permitindo tratamento desigual e garantiu o direito à liberdade.

Todos os direitos fundamentais possuem em si o caráter de ter um objeto tutelado, que se restringido ou limitado de forma absoluta podem gerar danos ao indivíduo que foi impossibilitado de ter a garantia de seu direito. Não há, contudo um direito mais importante que outro, o que ocorre é que em determinadas situações há a preferência em cumprir um direito em detrimento de outro. Entretanto, em todos os casos onde há limitação dos direitos há algum prejuízo decorrente da ausência de sua garantia.

Ainda que não possa ser exigido o cumprimento de todos os direitos fundamentais, pois há de fato limitação dos recursos disponíveis, o que não pode, todavia ocorrer é a negação do Estado com a mera alegação da ausência de recurso sem que haja justificativa e provas da falta do recurso e o uso da invocação

da reserva do possível na maior parte das vezes em que é chamado a cumprir uma obrigação devida.

Portanto, o Estado ao alegar tal justificativa deve provar sua impossibilidade fática de cumprimento da obrigação, bem como buscar meios de diminuir os eventuais danos que podem ocorrer de sua negativa caso haja a possibilidade de haver algum dano irreparável ou de difícil resolução com a ausência de sua conduta.

Nesse sentido, a teoria da reserva do possível possui verdadeiro obstáculo à concretização dos direitos fundamentais afetando muitas vezes seu conteúdo essencial, restringindo de forma quase absoluta a garantia do direito e muitas vezes sendo alegada de forma arbitrária como isenção da obrigação de uma prestação positiva.

Para que haja a imposição da obrigação do Estado em cumprir seu dever, o judiciário deve continuar atuando analisando as alegações e vendo em quais casos faz sentido acolher a alegação do poder público e em quais casos ela deve ser afastada.

Cabe também ao Estado a necessidade de dividir melhor seus recursos e fazer seu orçamento público de forma equilibrada de forma que sejam garantidos os direitos fundamentais em seu conteúdo essencial, ainda que não seja possível fornecer recursos de grande valor, que sejam prestados de forma equilibrada de forma a evitar ferir a garantia dos direitos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Bruno Ramirez de. Orientador: Sergio Tibiriçá Amaral, **Dos Direitos e Garantias Fundamentais** | Almeida | Etic - Encontro De Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498 (toledoprudente.edu.br)

AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1983, p.201.

ARAÚJO, Kátia Patrícia de. Reserva do possível: Os direitos fundamentais frente à escassez de recursos. **I. Derecho constitucional**, p. 105, 2013.

BACHINSKI, G. R. dos Santos. (2021). Os direitos e garantias fundamentais na qualidade de cláusulas pétreas. **Revista Científica Famap**, 1(01). Disponível em: <https://revistacientifica.faculdefamap.edu.br/revista/article/view/7>. Acesso em: 08.nov.23

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 208893PR. 2ª Turma. Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.04.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário nº410715, Relator Min. Celso de Mello 22/11/2005. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2718254/Agravo\\_Regimental\\_no\\_Recurso\\_Extraordinario\\_410715.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2718254/Agravo_Regimental_no_Recurso_Extraordinario_410715.pdf) Acesso em 15 nov. 2023

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão HC 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006

BULOS, Uadi L. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553624818. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624818/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. 2014, site dizer o direito. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2014/09/acao-civil-publica-determinando-que-o.html>  
Acesso: 14 nov. 2023 .

CORRÊA, S. S.; SILVA, L. R. da; SANTOS, M. M. dos; MARQUES, V. T. **A divisão de poderes**: de Montesquieu aos nossos dias Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT - SERGIPE, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 191–200, 2012.  
Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/199>.  
Acesso em: 12 ago. 2023.

CORREIA, Sérvulo. O direito de manifestação – Âmbito de proteção e restrições

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Primeira Edição Alemã, Editora Gen1934, tradução por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

KIM, R. P. Separação de Poderes e as Teorias Interna e Externa dos Direitos fundamentais: Direitos Sociais e a inaplicabilidade da Teoria Externa. **Revista de Direito Brasileira**, v. 10, n. 5, p. 275, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2MpNKcp>

KRELL, Andréas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Mitidiero e Sarlet, **Curso de Direito Constitucional**, 2022, pág. 139

MARLSMENTEIN, George, **Curso de Direitos Fundamentais**, 8º edição.

MEDINA, Jorge Miguel Garcia, **Constituição Federal Comentada**. 2020. 5º edição

MENDES, BRANCO. **Curso de Direito Constitucional**, 16 edição. direitos e Garantias Fundamentais.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 4

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** 21ª edição, 2007. Editora Atlas S.A.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559771868.  
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>.  
Acesso em: 08 nov. 2023

O MITO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais Eder Marques de Azevedo Gustavo Barçante de Almeida , Paola Alvarenga Portes, **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.33-59, jul./dez. 2013

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Reserva do Possível, Natureza Jurídica e Mínimo Essencial: Paradigmas para uma Definição**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULO Vicente; ALEXANDRINO. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8ª edição. Rio de Janeiro. Método, 2012.

PEREIRA, Pretto Lúcia Ana, **A reserva do possível no direito constitucional brasileiro**, 2006

PEREIRA, Renato José Dias; OTAVIANO, Luiz Renato Telles. Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy em análise com fulcro na Constituição Federal de 1988. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo**, Democracia e Estado de Direito, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1240>. Acesso em: 09 nov. 2023.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro, A Garantia Dos Direitos Fundamentais Sociais Frente À Supremacia Do Interesse Público Decorrente Da Reserva Do Possível

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse Público. Ano 7. nº 32. Porto Alegre: Notadez, julho/agosto de 2005.

SILVA, Flávia Martins André da..Direitos fundamentais. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 176. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/1207/direitos-fundamentais>. Acesso em 8 nov. 2023.

SILVA, V. A. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**, 2012.

SLAIB FILHO, Nagib, **Direito Constitucional**, 3º Edição.

SUEINE, Patrícia Cunha de Souza, **Bloco De Constitucionalidade E Supremacia Material**: fundamentos de ampliação do parâmetro de controle constitucional. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10609>. Acesso em: 08.nov.23