

Recebido: 16/09/2025

Aprovado: 28/11/2025

O CONTROLE JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

*JUDICIAL CONTROL IN MATTERS OF SOCIAL
RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE
DOGMATICS OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Simone de Sá Rosa Figueirêdo²

-
- ¹ Trabalho desenvolvido em estágio pós-doutoral no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com supervisão do Prof. Dr. Edilson Nobre Júnior e Linha de Pesquisa “Estado e Regulação”.
 - ² Pós-doutorado, doutora e mestra em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharela em Direito pela Faculdade Integrada do Recife (FIR). Professora de Direito da Centro Universitário Brasileiro (UNIBRA). Professora de especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Professora de Medicina Legal do Curso de Medicina do Centro Universitário Maurício de Nassau (Uninassau). Avaliadora do Ministério da Educação (MEC) para cursos de Direito.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os direitos sociais na dogmática jurídica dos direitos fundamentais. 2. Posicionamento dogmático das reservas intrinsecamente relacionadas aos direitos sociais. 3. A legitimidade do controle judicial em matéria de direitos sociais. Conclusão. Referências.

RESUMO: Em paralelo à constituição do Estado do bem-estar social brasileiro e ao reconhecimento da imperatividade dos direitos sociais, houve o crescimento do número de ações judiciais visando exigir maior e mais rápida atuação da Administração Pública na concretização desses direitos. Da indeterminabilidade de alguns deles, surge o problema da identificação dos limites do Poder Judiciário nessa tarefa. A pesquisa analisa o controle judicial de direitos sociais à luz da dogmática dos direitos fundamentais, buscando reduzir a complexidade atualmente existente quanto às margens do legítimo exercício da função jurisdicional. Desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e com base na metódica constitucional de Friedrich Müller, a investigação concentra-se na estrutura da normatividade e utiliza exclusivamente fontes secundárias especializadas. Aponta, ao final, os caminhos de identificação das referidas margens a partir das bases traçadas pela dogmática dos direitos fundamentais, sem perder de vista a análise teleológica dos direitos sociais, enfatizando a igualdade real como base na qual foram sedimentados e a dignidade humana, fio que perpassa os direitos fundamentais e os une, revelando, assim, o fim e a própria essência dos direitos sociais em sua jusfundamentalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Jurisdição constitucional. Separação de poderes. Reserva do possível. Mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana. Igualdade material.

ABSTRACT: In parallel with the consolidation of the Brazilian welfare state and the recognition of the binding nature of social rights, there has been a growing number of judicial claims seeking broader and faster action from the Public Administration regarding their implementation. The indeterminacy of some of these rights raises the problem of defining the limits of judicial intervention in this task. This research examines judicial review of social rights through the lens of the dogmatics of fundamental rights, aiming to reduce the current complexity concerning the margins of legitimate judicial action. Developed using the hypothetical-deductive method and grounded in Friedrich Müller's constitutional methodology, the investigation focuses on the structure of normativity and relies exclusively on specialized secondary sources. Finally, it outlines the means

for identifying such margins based on the dogmatics of fundamental rights and the teleological analysis of social rights, emphasizing real equality as their foundational basis and human dignity as the normative thread that links fundamental rights, thereby revealing the purpose and very essence of social rights in their fundamental-right character.

KEYWORDS: Social rights. Constitutional jurisdiction. Separation of powers. Reservation of the possible. Minimum core. Human dignity. Substantive equality.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é repleta de normas com alta carga valorativa e de semântica ampla que outorgam ou mesmo determinam ao Estado o dever de concretização de bens jurídicos considerados fundamentais que, por sua vez, dependem da criação de leis infraconstitucionais para sua materialização. Em sua falta ou presença precária, ou seja, havendo a omissão do Estado em efetivar ditos valores constitucionais fundamentais, o Poder Judiciário tem sido convocado a ocupar importante papel, a partir de ações judiciais, com o fito de garanti-los.

A constituição do Estado de bem-estar social, com marco na Constituição Federal de 1988, contribuiu intensamente para a crescente judicialização de ações em busca de concretizar direitos sociais, para exigir maior e, por vezes, rápida atuação da Administração Pública.³

O adorno tradicional do controle jurisdicional da função administrativa, marcado pela proteção dos direitos ditos de liberdade dos indivíduos em face do abuso ou excesso dos governantes, foi ofuscado pelo rápido e gigantesco crescimento de ações judiciais exigindo a concretização de direitos sociais. Se no passado se discutia com mais intensidade a possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas, não menos verdade é que, embora não unânime, essa possibilidade tem sido cada vez mais aceita.⁴

3 Segundo Daniel Brinks e Varun Gauri (2012, n.p), de forma geral, os direitos constitucionais apoiam cada vez mais a procura de bens e serviços sociais e econômicos e, nesse contexto, os Tribunais estão assumindo um papel cada vez mais importante na decisão sobre até que ponto os interesses aparentemente inegociáveis consagrados nas constituições devem ser necessariamente protegidos nas políticas.

4 Trata-se do fenômeno atualmente denominado ativismo judicial. Essa expressão apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos em matéria jornalística intitulada “The Supreme Court: 1947”, publicada na revista *Fortune*, em 1947, de autoria do historiador e jornalista Arthur Schlesinger Jr. (1947, p. 73). Atualmente, o ativismo judicial é compreendido de forma geral como a atuação do juiz ou do tribunal para efetivação de direitos que não foram materializados pelo Executivo ou Legislativo quando deveriam ter sido. Ocorre que, ao intervir em matérias atribuídas aos poderes eleitos, surge a discussão da legitimidade da intervenção do Judiciário. No contexto brasileiro, a conceituação do termo “ativismo judicial” não é uníssona. Assim, para orientar o desenvolvimento deste trabalho, utiliza-se a definição proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, como “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias” (Campos, 2014, p. 150).

Ocorre que uma penumbra perdura no processo de identificação dos limites do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional em ações que tenham por objeto a exigibilidade dos deveres decorrentes dos direitos sociais. É nesse sentido que este trabalho busca apontar os caminhos de identificação das referidas margens a partir dos pressupostos traçados pela dogmática dos direitos fundamentais, sem perder de vista a análise teleológica dos direitos sociais, enfatizando a igualdade real como base na qual foram sedimentados, e a dignidade humana, fio que perpassa os direitos fundamentais e os une, revelando, assim, o fim e a própria essência dos direitos sociais em sua jusfundamentalidade.

A pesquisa, que tem por objeto o controle judicial em matéria de direitos sociais, se desenvolve a partir de reflexões sobre as contribuições da dogmática dos direitos fundamentais acerca do tema, em busca de reduzir a complexidade atualmente existente sobre as margens do legítimo exercício da função jurisdicional para efetivação dos direitos sociais.

Como demonstrado, possui um objeto delimitado que, por sua vez, é investigado pelo método hipotético-dedutivo, no sentido de abordar um tema específico e restrito, como tal se opondo aos estudos panorâmicos que se podem intitular de “enciclopédia de” ou “história do”.⁵

A metódica constitucional sistematicamente elaborada proposta por Friedrich Müller, em *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*,⁶ é observada, reconhecendo a necessidade de pesquisar a estrutura da normatividade, já que a concretização da norma é um processo estruturado. Os assuntos abordados são objeto de estudo por meio de instrumentos, isto é, por fontes secundárias do conhecimento, especificamente livros e artigos publicados em revistas especializadas que contêm análises sobre essa temática.

Defende-se a ilegitimidade de uma compreensão desmesurada da liberdade de conformação interpretativa, considerando que, em um Estado Democrático, não cabe primordialmente ao Judiciário a materialização dos direitos sociais. A concretização do Estado Social é um processo aberto, dinâmico, não petrificado, que pressupõe recursos disponíveis a serem aplicados estrategicamente, a fim de consagrar um conjunto de comandos constitucionais.

O intuito final é abrir, de forma crítica, novos horizontes, possibilitando, quem sabe, a introdução de novos pontos de partida, capazes de revelar com bases mais sólidas e precisas os limites à exigibilidade do dever de realização

5 No entanto, contextualiza-se o problema enfocado, pois fazer um trabalho rigorosamente monográfico não significa perder de vista o panorama. Pretende-se realizar, portanto, um estudo de compilação, para que as conclusões sobre o tema possam ser comparadas a outras conclusões já produzidas sobre o assunto.

6 “A metódica jusconstitucional deve ser fundamentada por uma teoria do direito: não uma teoria sobre o direito (seja ela de natureza teológica, ética, filosófica, sociológica, político-ideológica), mas por uma teoria do direito, quer dizer, por uma teoria da norma jurídica” (Müller, 2005, p. 34).

dos direitos sociais, colaborando, outrossim, com o aprimoramento do controle jurisdicional da Administração Pública em matéria desses direitos.

1. OS DIREITOS SOCIAIS NA DOGMÁTICA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No início do século passado, a insatisfação com os ideais estabelecidos pelo Estado Liberal ocasionou a alteração da relação entre Estado e cidadãos a partir da ampliação dos direitos fundamentais e, portanto, dos bens merecedores de proteção jusfundamental, associada à recomposição das funções e, conseqüentemente, dos deveres estatais.⁷

Para além da afirmação dos direitos de liberdade, há o reconhecimento de que o Estado deve prover outros que são indispensáveis à consagração da dignidade humana por proporcionarem condições mínimas aos cidadãos, sedimentando, assim, junto aos direitos fundamentais, os direitos sociais e fazendo emergir o chamado Estado Social com a missão de assegurar o bem-estar da sociedade a partir da disponibilização aos particulares do mínimo apto a resguardá-los da vulnerabilidade, transformando-os, a um só tempo, em titulares de direitos subjetivos em relação ao Estado.

A exigência de um mínimo de igual liberdade, que permita o exercício desse direito por aqueles que o têm total ou fortemente bloqueado, assim como a defesa da dignidade humana, postulam ética e juridicamente a positivação constitucional dos direitos sociais em segundo grau, reconhecendo que, em uma ordem constitucional que consagra a liberdade, essa proteção deve ser assegurada não apenas contra o Estado, mas também por seu intermédio (Medeiros, 2010, p. 661).

A consagração constitucional dos direitos sociais, além de proclamar o Estado Social a partir de direitos prevalecentes, impõe ao Estado, a cada um dos poderes constituídos, outros deveres jurídicos que resultam aos indivíduos pretensões subjetivas.⁸ São esses deveres que vivificam os direitos sociais, por isso, a definição do que o Estado está constitucionalmente obrigado tem importância central no plano da respectiva dogmática.

Ao dever de não intervenção estatal, de abstenção em relação à esfera de liberdade, autonomia e propriedade, prevalente na primeira dimensão do

7 Princípios liberais convergiam quanto à organização do poder político ao lado de princípios autoritários quanto à atuação da Administração Pública, estruturada de forma centralizada e com funcionamento através de atos administrativos que tinham por objetivo assegurar interesses unilaterais da administração e que inicialmente eram insuscetíveis de controle judicial (Silva, 2016, p. 40).

8 O reconhecimento da força normativa às normas constitucionais advém do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, se desenvolveu no âmbito do movimento conhecido como doutrina brasileira da efetividade, que procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também ultrapassar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na carência de sinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política para conferir-lhe cumprimento. A essência dessa doutrina é tornar normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima, considerando a sua densidade normativa (Barroso, 2014, p. 30).

Estado Constitucional, são acrescidos outros de proteção e, com destaque, de promoção de bens em razão do reconhecimento de que são indispensáveis à dignidade da pessoa humana, consentâneos com a posição interventiva do Estado Social de Direito.

A partir do dever de proteção, o Estado deixa de estar orientado estritamente à segurança da propriedade privada e à proteção da liberdade negativa individual para ampliar a sua aplicação a todos os direitos fundamentais. Por sua natureza, há prevalência da exigência de atuação estatal positiva, seja normativamente, seja faticamente, a partir da concessão aos bens protegidos, apesar de não excluir a abstenção de restrição da proteção conferida previamente.

Porém, é a partir do dever de promoção que se opera a maior modificação implicada no advento do Estado Social de Direito, adicionando aos tradicionais deveres estatais de respeitar e proteger, o dever geral de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos. O Estado deixa de ser visto como um agente neutro e passa a se atentar às desigualdades impeditivas do livre desenvolvimento das autonomias individuais, empenhando-se na promoção de igualdades reais, para além da mera garantia jurídico-formal.

Então, tipicamente, a realização do dever de promoção, inevitavelmente, passa a ser também dependente das reservas financeiras do Estado, o que justifica, considerando o já mencionado relevo do dever de promoção, a forte associação da reserva do possível aos direitos sociais,⁹ e não a sustentabilidade da separação dogmática entre direitos de liberdade e direitos sociais na teoria da aplicação dos direitos fundamentais (Novais, 2016, p. 314-318).

A forte vinculação dos direitos sociais às reservas financeiras do Estado, especialmente daqueles que exigem atuação positiva para sua concretização, evidencia de imediato que as premissas de análise variam conforme o caso. Isso significa que a verificação da satisfatoriedade na realização de diferentes direitos sociais, ou mesmo de um mesmo direito em contextos fáticos diversos, depende necessariamente dessas distintas condições materiais.

Ao consagrar um direito como fundamental, independentemente da sua dimensão, há a necessidade de observação deste por todos os poderes constituídos, posto que, como dito, inexistente diferença material entre esses direitos. Não há espaço para aplicabilidade diferenciada com fundamento no lugar que surge no texto constitucional, o que não quer dizer, por outro lado, que todos os direitos fundamentais devam ser concretizados da mesma forma, a partir de um mesmo processo de realização, mas que a densidade

9 Todavia, já não prevalece mais a ideia de que os direitos de liberdade, como os políticos e os individuais, realizam-se por mera abstenção estatal, ao contrário, produziu-se já razoável consenso no sentido de que os últimos também exigem e consomem recursos públicos.

do dever oriundo do direito fundamental não tem relação com o fato de ser considerado direito de liberdade ou social.

Acrescenta Gregorut (2025, p. 5-6) que a Constituição de 1988 instituiu um arranjo normativo orientado à universalização de direitos sociais, com previsão de seguridade social, sistema público de saúde, previdência e assistência social, bem como oferta estatal de educação básica, configurando um projeto próprio de proteção social, ainda que tensionado por disputas orçamentárias e pela agenda neoliberal.

A oposição popular relativa ao armazenamento de resíduos tóxicos à saúde próximo a um hospital, a reivindicação individual de assistência médica para tratamento ou o fornecimento de medicamento não dispensado pelo Estado, ou ainda a verificação da constitucionalidade de lei de natureza orçamentária que reduza a arrecadação destinada às despesas com a saúde pública são três contextos distintos que demandam o cumprimento de deveres de natureza diversa com o mesmo fundamento: a realização do direito social à saúde. Essa diversidade entre os deveres questionados resulta na constatação de diferentes graus de densidade, que limitam em maior ou menor medida as obrigações do Estado e, conseqüentemente, o eventual controle judicial, em que pese se tratar de pretensões com fundamento coincidente, qual seja, a imperatividade do direito social à saúde.

É não só possível, mas necessário concluir pela existência de graus de densidade da exigência de concretização dos direitos sociais que, portanto, pressupõem a verificação atenta dessa mesma exigência, do dever decorrente do direito social em questão, considerando que as premissas a serem observadas na avaliação da satisfatoriedade do seu cumprimento são variáveis a partir dos aspectos do questionado dever. Há variedade de características entre os direitos fundamentais que trazem como consequência diferentes deveres e, como não poderia ser diferente, efeitos jurídicos também distintos, reverberando na densidade do controle judicial.

É imperioso destacar, também, o aumento dessa complexidade em relação aos direitos fundamentais sociais, considerando a ampliação do dever de atuação positiva do Estado, o que faz, dentre outros, emergir com intensidade a relevância do fator financeiro na verificação da efetiva realização de sua tarefa e nos limites do controle judicial, descortinando mais um motivo para compreender a comum indeterminabilidade dos direitos sociais.

Adverte Novais (2016, p. 153) que a falta de determinabilidade constitucional dos direitos sociais não é um defeito ou uma opção desprevenida do legislador constituinte, mas estrita e diretamente relacionada à dependência dos direitos sociais a fatores mutáveis, com as circunstâncias que estão fora do controle do Estado.

Outro recorte indispensável na reflexão sobre o estabelecimento de contornos ou limites ao dever de realização dos direitos sociais e respectivo

controle judicial diz respeito ao terreno em que a discussão se desenvolve. Trata-se de atribuição da dogmática jurídica a redução da complexidade apresentada, carecendo de amparo constitucional a remessa do debate ao campo político, afastando-a, por sua vez, dos Tribunais.

Necessário, pois, é o reconhecimento de que a discussão sobre a consagração de um direito fundamental ocorre no terreno político, porém, depois disso, ou seja, no controle da sua realização a partir da verificação da legitimidade de uma dada pretensão, passa-se a lidar com direitos individualmente titularizados, oponíveis, portanto, ao Estado e juridicamente impostos à observância da maioria democrática, não cabendo à dogmática apresentar substratos para concluir se foi a escolha política mais acertada, mas se resultou na satisfatória consagração constitucional do direito social em questão.

Se a Constituição contém opções ideológicas e se a lei ordinária pode incorporá-las como produto de um poder legiferante, descabe aos Tribunais agir ideologicamente, sob pena de desrespeitarem o seu estatuto de independência e imparcialidade, a segurança jurídica e de oferecer risco de ruptura da identidade constitucional a partir da autoria de um guardião judicial ilimitado, convertendo-o em um oráculo supostamente mais apto que o constituinte e o legislador para predizer o futuro (Morais, 2016, p. 282).

Por outro lado, convém destacar que o grau de conformação legislativa também é variável consoante o caráter mais ou menos determinado ou determinável da imposição constitucional a partir da consagração de um dado direito social, pelo qual o legislador fica sempre atrelado às diretrizes materiais que resultem expressamente ou por via interpretativa das normas que imponham tarefas específicas (Miranda, 2010, p. 681). Conclusão em sentido oposto resultaria em verdadeira entrega dos direitos sociais ao legislador e na degradação da normatividade jusfundamental tão empenhadamente estabelecida pelo constituinte.

Só uma visão reducionista, excessivamente simplista, sugere a acentuação da liberdade de conformação do legislador na revisitação da legislação concretizadora dos direitos sociais, com espaço à conclusão de ausência de vinculatividade jurídica. Ao contrário, nessa revisitação, “não pode o legislador ignorar a dimensão de princípios fundamentais materiais que assiste a estes direitos fundamentais” (Miranda, 2010, p. 1.309).

Segundo Agostinho e Nascimento (2024, p. 3), é preciso observar que a opção pela denominação “políticas públicas” tende a afastar tais prestações do entorno jurídico e, por conseguinte, do controle judicial, ao passo que o adjetivo “social” obscurece o matiz subjetivo desses direitos, isto é, a aptidão de pleitear sua tutela individualmente, o que é incompatível com a fundamentalidade formal e material que os aproxima dos demais direitos fundamentais.

O fato é que a natural e comum indeterminabilidade dos direitos sociais, com vocação para se espriar a uma generalidade de pessoas com infinitas possibilidades de pretensões relacionadas, impossibilita completamente qualquer caminho simplista para tradução dos limites obrigacionais do Estado, seja pelo Poder Legislativo, no seu típico exercício de conformação política, seja pelo Poder Judiciário, reconhecendo a um só tempo a importância e imperatividade dos direitos sociais e a separação de poderes que sedimenta o Estado Democrático de Direito.

Paralelamente à missão de identificar os contornos obrigacionais oriundos dos direitos sociais através do controle judicial, presente está a tarefa de não adjudicar a soberania que resulta da Constituição, desprezando a importância institucional e a independência do legislador democrático e, assim como acontece nos segmentos legislativo e executivo do Estado, se atentar aos limites que podem ser extraídos a partir do olhar atento à dogmática dos direitos fundamentais, sobretudo com consciência de que se está realizando um processo decisório de questão com forte alcance ou mesmo natureza política (Nobre Júnior, 2011, p. 106).

Com efeito, nos casos em que o Estado está obrigado a fazer algo, revestindo-se de caráter positivo, comumente pairam dúvidas sobre quando a obrigação é ou não cumprida, a partir de que momento passou a não ser cumprida, qual o alcance do descumprimento e, sobretudo, o que exatamente o Estado deve fazer para efetivamente suprir a omissão.

A reflexão atenta à dogmática dos direitos fundamentais é o caminho único na complexa tarefa de identificação dos limites dos deveres estatais em sede de controle judicial que tenha por objeto bens tutelados a partir da consagração de direitos sociais, com a certeza de que é preciso, observar já no início do percurso, a opção normativa do legislador constituinte por norma com característica de regra ou de princípio; o tipo de dever estatal em questão (respeito, proteção ou promoção) e também a estrutura negativa ou positiva do direito fundamental.

Na análise da variada densidade do dever de realização dos direitos sociais, após a verificação da espécie de dever correspondente à pretensão, identificam-se as condições de objetividade, se se trata de um direito negativo, em que o Estado está vinculado a abster-se de agir,¹⁰ ou de direito positivo, com obrigação inversa. No segundo caso, só é possível determinar imediatamente a violação do direito com o não agir se a atuação positiva do Estado restar precisa, com a realização exigível em tempo delimitado, o que não acontece na imensa maioria dos direitos sociais positivos, fazendo com que seja quase sempre necessário recorrer a critérios jurídicos para

¹⁰ Nesses casos, a complexidade apresenta-se mais reduzida. É que, verificada a violação que se dá por ação, repõe-se a situação de abstenção, anulando o ato ilícito do Estado, reconstruindo, assim, o *status quo* ou, ante a impossibilidade, compensando os prejuízos dele decorrentes.

concluir se a omissão é total ou parcial, a partir de quando passou a ocorrer ou mesmo se existe verdadeiramente (Novais, 2016, p. 137).

Como se percebe, carece de potencialidade ou aptidão para convocação do politicamente adequado como critério isolado, considerando a imprescindibilidade de analisar como pressupostos as peculiaridades do direito social que fundamenta a pretensão. O seu manuseio isolado pode, inclusive, resultar na aparência de legitimidade às decisões judiciais que materialmente constituem ofensa ao fundamento teleológico dos direitos sociais, a igualdade real e ao Estado de Direito.

Em tempos de tensões políticas e sociais, porosos à reafirmação discreta de ideologias constitucionais interpretativistas, os juízos evanescentes de “razoabilidade” e “proporcionalidade estrita” a partir da ponderação exibem risco ao equilíbrio institucional (Morais, 2016, p. 282).

O legislador, o administrador e o juiz possuem uma responsabilidade no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais. A essa eficácia dá-se o nome de *vertical*, pois constitui aos três, representando o Estado, a obrigação de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, com uma ação daqueles em prol destes. Assim é que o juiz, na omissão dos dois primeiros, pode abrigar dentro do contexto da necessidade um direito fundamental que restou violado. Note-se, ao juiz não resta inovar, mas somente prestar o mínimo garantido pelo direito fundamental e esse talvez seja o maior desafio do direito constitucional na atualidade. Essa eficácia é sempre direta ou imediata (Oliveira, 2014, p. 49-50).

Coloca-se em causa se, em um dado momento, para realização de um direito social, o Estado deveria ter feito mais do que fez, se a Constituição o vincula, no sentido alegado nesse preciso momento, a garantir maior prestação social, o que obriga, conseqüentemente, o legislador e a administração a ponderar políticas públicas, a determinar objetivos de realização gradual e a avaliar prioridades, o que resulta em que qualquer opção que façam a propósito, num contexto de escassez moderada de recursos, é politicamente discutível, controversa e contestável (Novais, 2016, p. 182-183).

Acrescenta Loureiro (2006, p. 659) que a reação a certos aspectos patológicos do Estado Social – a sua versão obesa, o Estado-Providência – não deve levar, na multiplicidade de adjetivações do Estado, a que o anunciado “Estado elegante” se transforme num Estado anoréxico, incapaz de assegurar uma justiça material, assente, conforme Caetano (2008, p. 429), numa “distribuição equitativa dos bens da vida, de modo a proporcionar a cada um a possibilidade de fruir, através da igualdade de oportunidades, um quinhão das riquezas culturais e materiais acumuladas pelo esforço coletivo”.

De fato, ao ser reconhecida a imperatividade dos direitos fundamentais sociais, dirigidos primariamente contra o Estado, ou melhor, face do Estado, avoca-se a problemática da nítida identificação das funções constitucionais estatais a ponto de encontrar limites ao fornecimento aos mais vulneráveis de prestações fáticas aptas (talvez) a promover, possibilitar ou garantir o acesso individual a bens considerados indispensáveis à dignidade humana.

2. POSICIONAMENTO DOGMÁTICO DAS RESERVAS INTRINSECAMENTE RELACIONADAS AOS DIREITOS SOCIAIS

Quando não é possível extrair com precisão da Constituição a obrigação de realização de um específico direito social, na hipótese de tal definição não ter sido realizada pelo legislador ordinário, a tarefa do Judiciário na identificação do que é ou mesmo se é devido a um particular que o reclama do Estado é muito mais complexa e, como afirmado anteriormente, deve ser realizada sob o terreno da dogmática dos direitos fundamentais.

É ponto de partida o reconhecimento de que as normas constitucionais que estabelecem os direitos sociais, como as normas jurídicas em geral, são imperativas. Inclusive, é atípico uma norma jurídica sugerir, recomendar ou alvitrar. Elas possuem função de comandar e, ocorrida a violação, seja por ação ou omissão, os sistemas constitucional e infraconstitucional devem prover instrumentos para a tutela do direito ou bem jurídico afetado e restauração da ordem jurídica. Esses meios são a ação, a cargo da Administração Pública, e a jurisdição, por intermédio do Poder Judiciário (Barroso, 2014, p. 5).

Em geral, há indeterminação de conteúdo dos direitos sociais, derivada dos seus anseios e das reservas que, em regra, os afetam em face da dependência da disponibilidade financeira estatal para realização, o que remete ao legislador ordinário a missão de determinar o conteúdo para torná-los passíveis de realização, considerando as circunstâncias do momento, sempre atento aos limites estabelecidos pela Constituição para essa delimitação.

Nos casos em que, diante da ausência de determinação pelo próprio texto constitucional, o conteúdo da prestação devida de um direito social positivo foi estabelecido pela lei de forma precisa, por restar definida a densidade do dever oriundo do direito social, edificam-se muros ao controle judicial quanto à delimitação, de suma importância, frise-se, à realização da igualdade real na corporificação do direito social em si, princípio-base no qual foram sedimentados os direitos fundamentais sociais.

Portanto, a apriorística margem indefinida para o controle judicial dos direitos sociais, à justiciabilidade, só pode ser considerada em caso de indesejável omissão do legislador democrático, daí a pertinência de

agrupar os direitos sociais em normas-regra, nas quais, seja pela tarefa do constituinte ou do legislador, houve fixação dos deveres estatais de forma precisa e inequívoca, e normas-princípio, aquelas em que, dada sua natureza principiológica, padecem de certa indefinição de conteúdo.

Considerando as pretensões já referidas do Estado Social a partir do estabelecimento dos direitos fundamentais de segunda geração, houve marcante predileção pelo estabelecimento desses a partir do uso de normas-princípio, na verdade, em face das características dos bens em questão e em virtude da opção por normas-regra exigir a adoção de um caminho mais árduo e com maiores riscos, sobretudo considerando a complexidade social de variabilidade circunstancial, atrelada à eventual necessidade de constante atualização do Direito.

É que muitas vezes o legislador, seja constituinte ou mesmo ordinário, não pode determinar o conteúdo das prestações estatais devidas, ou seja, o conteúdo dos direitos sociais, por estar fora do seu domínio, com antecedência, a quantidade de recursos financeiros disponíveis ao Estado. Ao mesmo tempo, em virtude da imperatividade antes referida, surge a necessidade de definição ou delimitação a partir de pretensões jurídicas particulares.

Nesse sentido, assim como é comum a adoção de normas-princípio para estabelecer direitos sociais, também, em geral, ante a necessidade de realização desses direitos, na tarefa de delimitação, o Estado é obrigado a restringi-los, a afetá-los negativamente, como definido na pretensão do particular, com o intuito de garantir ou promover outro direito, interesse ou bem igualmente digno de proteção, com peso prevalecente no caso concreto, o que não pode ser visto como uma espécie de paradoxo, considerando que a restrição não ocorre no direito social em si, já que a tarefa é de sua realização, ou seja, oposta, mas na pretensão concreta fundamentada no direito social, no alcance dado ao direito social na perspectiva do particular.

Essa possibilidade de restrição legítima existe não por escolha do intérprete, mas por correspondência à própria natureza dos direitos sociais no Estado de Direito. É que, por um lado, dada sua jusfundamentalidade, eles são verdadeiros trunfos¹¹ nas mãos dos seus titulares e, por outro, são constitucionalmente consagrados a partir de uma limitabilidade que lhes é intrínseca, salvo nos casos em que seja fixado ao direito um caráter definitivo, absoluto, imponderável. Nos demais casos, que constituem, frise-se, a regra geral, os direitos sociais estão sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação, do politicamente adequado, que pode conduzir à legitimação de uma restrição incidente em situações concretas.

Ademais, o exame judicial sobre políticas públicas deve permanecer restrito ao controle da legitimidade da justificação estatal, evitando que o

¹¹ Termo utilizado por Jorge Novais ao refletir e trazer considerações sobre a competência de definição dos direitos sociais (Novais, 2016, p. 323 -336).

Judiciário substitua a conformação normativa atribuída ao legislador. Nessa perspectiva, a atuação jurisdicional só se legitima quando permanece dentro de critérios dogmáticamente fundados capazes de impedir que o Judiciário aja ideologicamente no delineamento de políticas públicas (Figueirêdo, 2025, p. 19).

No Estado de Direito, é do legislador a prerrogativa de definir o que é politicamente adequado ou oportuno em caso de concessão de espaço, de margens, ao direito social pelo constituinte, carregando a intrínseca legitimidade da escolha popular democrática, de relevante observação em eventual controle de constitucionalidade.

Conforme alerta Medeiros (2010, p. 657-683), sobre as implicações da contraposição entre direitos de liberdades e garantias e direitos sociais no sistema constitucional de autonomia do legislador e separação e independência dos poderes, a especificidade estrutural dos direitos sociais conduz ao reconhecimento do que o citado autor chama de “efeitos perversos” de uma “aproximação absolutista” ao significado jurídico das normas que consagram esse tipo de direitos sociais. Complementa ainda que a jusfundamentalidade dos direitos sociais, justificada no plano axiológico, “não legitima uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que, num Estado Democrático, deve caber ao legislador ordinário na concretização de normas constitucionais ‘carecedoras da *interpositio* legislativa’” (Medeiros, 2010, p. 679, grifos do autor).

Dessa forma, sob pena de ofensa à separação de poderes, ao Estado Constitucional, não é possível reconhecer como legítima a atuação do Poder Judiciário quando, em matéria de direitos sociais, impõe parâmetros sobre políticas públicas, desprezando o poder conformador conferido ao legislador ordinário, revestido de representatividade (maioria democrática).

Essa eventual interpretação *per saltum* dos direitos sociais afigura-se como a conversão desses em ideologia, considerando a inexistência de qualquer amparo na dogmática dos direitos fundamentais.

O controle judicial de políticas públicas envolvendo direitos sociais só se legitima quando preserva a distinção estrutural entre deliberação política e aplicação jurídica, evitando que o Judiciário substitua o espaço próprio de conformação majoritária por critérios subjetivos ou finalidades moralizantes. Para o autor, a expansão argumentativa sem ancoragem no desenho liberal-democrático tende a dissolver a racionalidade institucional dos direitos sociais, produzindo decisões que mais fragilizam do que realizam sua normatividade.

Nesse sentido, Lübke e Bitencourt (2025, p. 8) observam que o debate relevante não está em aceitar ou rejeitar abstratamente o controle judicial, mas em delimitar seus contornos conforme a natureza do ato estatal. As autoras destacam que o que deve sim ser debatido são os limites de atuação

do controle a depender do tipo de ato e, mais importante ainda: entender a diferença entre os papéis do formulador e do controlador das políticas públicas.

Segundo Novais (2016, p. 194), “os direitos sociais vivem nos direitos a prestações concretizadas na lei; estes últimos são, portanto, o corpo dos direitos sociais”. Nesse sentido, a comum indeterminação traduz a necessidade de densificação e determinação do conteúdo apto à verificação de sua realização, tarefa a ser realizada prioritariamente pelo legislador ordinário, atento às condições, circunstâncias do momento, assim como aos bens fundamentais postos em xeque.

Um direito social é sempre um complexo normativo de valores e bens resultante de interpretação conjunta de enunciados constitucionais e infraconstitucionais. É imperioso, portanto, o respeito à reserva de conformação típica do Poder Legislativo e, sobretudo, na sua ausência parcial ou total, a análise detida da dogmática dos direitos fundamentais, única apta a conferir legitimidade ao controle judicial dos direitos sociais.

No suposto afã de realizar os direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário corre o risco de ofender as bases sob as quais se edifica o Estado Constitucional, desconstruindo não só o direito que pretende realizar a partir da acientificidade da decisão, mas os pilares sobre os quais se edifica o Estado Social.

Na prática, há o risco do que Sarmiento (2006, p. 180) chama de anarquia metodológica quando da utilização de normas indeterminadas pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, comprometendo valores muito caros ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, há de se atentar para o fato de que, a partir da indeterminabilidade maior ou menor de um dado direito social, nunca surge apenas um caminho de realização do dever dele decorrente pelo Estado. Portanto, o caminho adotado, prioritariamente, pelo legislador, representação da maioria no Estado Democrático, deve ser respeitado em obediência à separação de poderes.

Nesse mesmo sentido, Athias observa que o controle judicial das políticas públicas deve operar dentro de limites estritamente jurídicos, evitando interferências que esvaziem a capacidade decisória dos órgãos democraticamente legitimados. A autora sustenta que a atuação jurisdicional somente se legitima quando voltada à proteção de direitos constitucionalmente assegurados, sem substituir escolhas estruturais próprias da arena política (Athias, 2025, p. 2492-2493).

Igualmente, deve o Judiciário reconhecer a existência de vias de realização dos deveres decorrentes dos direitos sociais pela Administração Pública e a sua competência de escolha, prestigiando “as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade” (Barroso, 2009, p. 19).

No entanto, é importante acrescentar que o reconhecimento pelo Poder Judiciário da competência dos Poderes Legislativo e Executivo para as escolhas referidas, em respeito à separação dos poderes, só deve ocorrer caso essas escolhas estejam contidas no espectro da constitucionalidade.

Em que pese a referida competência do legislador (reserva do politicamente adequado) para conseqüente realização pela Administração Pública, há, por outro lado, um mínimo decorrente da essência dos direitos sociais,¹² o nuclear, exigível por intermédio do Poder Judiciário imune às vicissitudes anteriormente referidas, às opções políticas conjunturais, posto que lastreados no valor que perpassa e sedimenta como unidade todos os direitos fundamentais, conferindo-lhes integralidade: a dignidade humana.¹³

É certo que o mínimo social padece dos mesmos desafios de determinabilidade dos direitos sociais e não poderia ser diferente, já que se trata da parcela mínima desses mesmos direitos. Se indeterminado certo direito social, essa característica está contida em sua parcela mínima. Porém, há de se reconhecer que, por se tratar do mínimo, da parcela que é indispensável e vital à própria existência do direito social, não apenas as limitações ao Judiciário decorrentes da divisão de funções estatais se mostram relativamente atenuadas pelo ganho de robustez na legitimidade do controle, como também a tarefa de identificação se torna menos complexa.

Esse mínimo social continua a exigir, dentro das linhas estabelecidas pela separação dos poderes, a análise da conformação política e financeira, em que pese o inevitável reforço conferido à pretensão do particular pela sua natureza, por se tratar do que é essencial à realização do direito em questão, com vinculação em grau máximo à dignidade da pessoa humana, reverberando no fortalecimento da legitimidade do controle judicial.

E com isso não se pretende reduzir a abrangência dos direitos sociais, nem mesmo mitigar a sua imperatividade, restringindo-a à parcela mínima, mas reforçar a importância da realização e mesmo da proteção jurisdicional do mínimo existencial, dada sua íntima relação com a dignidade humana.

12 Sobre o mínimo social, entendido como núcleo indisponível pelo legislador e imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível, há partidários da teoria relativa, na qual a necessidade de realização do direito pode ser mitigada a partir da razoabilidade e proporcionalidade, e da teoria absoluta, que não flexibiliza a exigência. Há também quem distinga o plano abstrato da ordem jurídica (teoria objetiva) do plano das necessidades dos particulares, a partir da pretensão concreta (teoria subjetiva) (Novais, 2016, p. 243 e 244).

13 Segundo Correia (2010, p. 37), um dos direitos criados pelo Tribunal Constitucional de Portugal na tarefa de concretização dos direitos sociais fundamentais é o direito ou garantia a um mínimo de subsistência condigna, o qual se retira do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático (Andrade, 2019, p. 153).

A análise da legitimidade do controle judicial sobre direitos sociais exige reconhecer que a atividade jurisdicional, quando atua para suprir omissões estatais, não pode perder de vista o seu próprio limite funcional. A atuação judicial responsável não se confunde com a formulação de políticas públicas, devendo operar apenas dentro das margens constitucionais que preservem a igualdade substancial e a segurança jurídica inerentes ao Estado Democrático (Figueirêdo; Cadore, 2025, p. 251).

Quando da justiciabilidade dos direitos sociais, atento ao contexto econômico-social, deve o Poder Judiciário reconhecer o mínimo social decorrente da interpretação do direito social que fundamenta a pretensão. Esse contexto econômico-social, referido inclusive na identificação do mínimo social pelo Poder Judiciário, diz respeito à chamada reserva do possível, condicionamento inevitável ao Estado em virtude de a realização dos seus deveres exigir dispêndio financeiro e da finitude dos seus recursos.

Assim como ao Legislativo, mais precisamente no exercício da já referida reserva do politicamente adequado, a reserva do financeiramente possível apresenta-se ao Judiciário como condicionamento de exigibilidade na realização dos direitos, ao cumprimento do dever decorrente desses na costumeira hipótese de existência de custo para concretização.

Trata-se, portanto, de limitação inerente aos direitos sociais que exigem, para sua efetiva realização, dispêndio financeiro, que não os afeta, frise-se, em sua jusfundamentalidade. Essa imanência aponta para a existência desse condicionamento desde o nascedouro dos direitos constitucionais, que inevitavelmente custam ao Estado a concretização, ou seja, independem de autorização constitucional.

Nessa perspectiva, os deveres decorrentes dos direitos sociais são considerados, portanto, deveres na medida do possível financeiramente, fato realçado pela natural progressividade de consagração desses direitos, dado alto grau de complexidade de realização, já que se fundam numa igualdade real e têm por essência a dignidade humana.

Desde a sua consagração constitucional, os direitos sociais prestacionais são vinculados à possibilidade financeira de realização, que, por sua vez, afeta a própria exigência de cumprimento do dever decorrente e, conseqüentemente, a própria existência de violação, no caso de pretensão de concretização que se afigura financeiramente impossível, considerando o grau de escassez circunstancial.

3. A LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

A eventual indeterminação e abertura das normas que estabelecem os direitos sociais resulta na necessidade de avaliações que reconheçam a complexidade presente na definição da existência de violação ao direito social em que a pretensão se constitui. Nesses casos, revela-se indispensável a atenção às características do direito violado a partir da situação fática em questão, para, então, com base na dogmática dos direitos fundamentais, alcançar uma decisão legítima, compatível com a teleologia dos direitos sociais e com as normas constitucionais relacionadas.

Caso se trate de norma-regra, seja por delimitação do constituinte ou mesmo ordinário, reduz-se a complexidade do controle judicial, considerando que as margens do direito social em questão foram legitimamente estabelecidas, em respeito à reserva do politicamente adequado e, por conseguinte, à separação dos poderes, consagrando-se o Estado Democrático de Direito.

Embora perdue a possibilidade de controle judicial, o que não poderia ser diferente em virtude da inafastabilidade da jurisdição, a sua densidade é reduzida, em virtude do dever de obediência ao que está delimitadamente posto em maior ou menor medida, restringindo-se à missão de identificar a violação ao direito social que resta com amplitude definida, salvo, como visto, nos casos em que o resultado da reserva do politicamente adequado afigura-se inconstitucional.

Assim sendo, existe dispensa da complexa tarefa consistente na definição do grau de restrição de outros bens também protegidos, que pressupõe a identificação e escolhas, a fim de conferir conteúdo ao direito social.

O legislador goza de margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios. Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia de um mínimo de existência condigna, para todos os casos (Correia, 2010, p. 38).

Ao observar que o fundamento da pretensão do particular consiste em direito social consagrado a partir de norma-princípio, deve o julgador, considerando a imprecisão abstrata das margens de conformação e garantia existentes ao poder judicial, verificar a espécie de dever decorrente do direito social em questão, analisado na perspectiva concreta, identificando também as consequências decorrentes da existência daquele dever, se ação ou abstenção.

Segundo Novais (2016, p. 349), a variabilidade das margens dos direitos fundamentais deve-se exclusivamente à diferença na natureza do dever estatal, que está em causa em cada uma das três situações (respeito, proteção e promoção) e, mais propriamente, em razão do peso das diferentes reservas a que, em cada uma delas, fica sujeito o direito fundamental ou o correlativo dever estatal.

Na hipótese de identificação de um dever que exige ação do Estado, ou seja, de um dever com natureza positiva, é necessário avaliar até que ponto a realização do direito social em questão é exigível, partindo do pressuposto de que a plenitude de um direito social com imposição positiva é utópica, já que exigiria, ao fim e ao cabo, a isonomia real plena de forma imediata, subitamente.

Como condição real de exigibilidade do dever previamente identificado, deve o julgador, ao avaliar a violação de direito social, considerar a reserva do financeiramente possível, estado que afeta inevitavelmente a sua realização. É preciso atentar, no processo de determinabilidade do direito social, para a natureza dos condicionamentos que afetam a sua realização pela Administração Pública, colocando em evidência que não se trata de um direito social que se sujeita exclusivamente à vontade política, mas que depende em grande medida do que não há domínio, do que está sob reserva do possível.

O conteúdo dessa avaliação judicial relativa à reserva do financeiramente possível é a capacidade de justificação do argumento financeiro em paralelo com as normas constitucionais e infraconstitucionais que delimitam em maior ou menor grau o direito social em questão, ciente de que inexistem definições normativas sobre a disponibilidade financeira em si, em termos quantitativos, já que a prestação do direito social ocorre gradualmente e que é impossível dominar com antecedência os recursos que o Estado terá quando da concretização do direito.

É importante observar que eventual admissão da justificação da reserva do financeiramente possível em sede de decisão judicial que tenha por objeto a realização de direitos sociais não impede a rediscussão sobre a existência desse mesmo condicionante em futuras pretensões, dada a volatilidade financeira já referida, atrelada às constantes mudanças sociais e, portanto, dos interesses ponderados.

Nesse espeque, é possível ao Estado arguir como justificação para não realização de direito social nos termos concretamente pretendidos a necessidade, entendida como maior, de prestação de outro bem, interesse, direito ou do mesmo direito em outra perspectiva, ou seja, a sua margem de apreciação e opções políticas para decidir sobre a forma mais adequada de proteger o direito em questão, impondo a constante indispensabilidade de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da imanente reserva do politicamente adequado.

Há de se destacar a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Os recursos públicos são obtidos através da cobrança de impostos, sendo o próprio povo (pagador) quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos.

E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (Barroso, 2014, p. 24).

O reconhecimento judicial de inexigibilidade de realização de um dever decorrente de direito social, nos termos da pretensão, em razão da impossibilidade financeira de custeio como condicionamento ínsito, possui amparo na tripartição de funções estatais, na separação de poderes. Nessa ocasião, são reforçadas as prerrogativas de decisão política inscritas na reserva do politicamente adequado na medida em que, para além da margem de avaliação política que deve ser deixada aos decisores democráticos, a Constituição atribui aos órgãos de governo e ao legislador democrático a competência para aprovação da lei na qual se faz a alocação de recursos disponíveis sobre o orçamento do Estado, e não aos juízes (Novais, 2016, p. 362).

Como princípio geral, o âmbito da pronúncia jurisdicional se encontra limitado pela reserva de conformação política do legislador, não cumprindo ao julgador extrair diretamente dos enunciados constitucionais conteúdos justicáveis. Dada a escassez de recursos e a necessidade de se fazer opções a partir do estabelecimento de prioridades, a interferência judicial pode reverberar em um poder de definição de dotações orçamentais, ilegítimo por violar a separação dos poderes.

Utilizando o conceito de paternalismo judicial de John Hart Ely, Blanco de Moraes (2016, p. 282) afirma que um juiz que ignora o direito e atua no sentido de dirimir conflitos morais e da densificação de valores e princípios, sem objeto definido, criará um inaceitável modelo de paternalismo judicial.

Se a Constituição contém opções ideológicas e se a norma ordinária as incorpora, pois são produto de um poder legiferante, não cabe aos tribunais constitucionais agir ideologicamente, sob pena de desrespeitarem a independência e imparcialidade. Tal envolveria, a par de um colapso da segurança jurídica, risco de ruptura da identidade constitucional mediante um guardião judicial atuando ilimitadamente, convertendo-se num oráculo, supostamente mais apto que o constituinte e o legislador para predizer o futuro e para contradizer a maioria política de hoje com os valores da maioria de amanhã (Moraes, 2016, p. 283).

Dada a jusfundamentalidade dos direitos em questão, a análise da justificação da reserva do financeiramente possível propriamente dita, de forma alguma se limita ou mesmo constitui a partir de uma mera contabilização das contas do Estado, mas da apreciação da legitimidade desse condicionamento a partir das razões apresentadas, de forma relacionada aos interesses jurídicos vinculados, sobretudo, ao valor da igualdade real, terreno sob o qual os direitos sociais foram sedimentados, ou mesmo para o qual foram consagrados.

E dessa limitação da atividade do julgador, decorrente da observância das reservas mencionadas, não se pode concluir que haja enfraquecimento, esvaziamento, neutralização ou leitura desqualificada dos direitos sociais, pois tais reservas constituem condicionantes inatas a esses direitos. Tal conclusão, além de desamparada pela dogmática dos direitos fundamentais, revela um engrandecimento ilegítimo do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, apta à desestabilização do Estado Democrático de Direito.

A afirmação destas ‘ideologias’ e a respectiva incorporação, na prática, dos órgãos de Justiça Constitucional convertem, no Estado democrático, o debate sobre o senhorio da interpretação constitucional numa questão de localização da fonte real do poder político. Os limites da interpretação ficam indissociavelmente ligados aos limites de competência dos tribunais constitucionais, questão que nunca foi abordada originariamente por uma Teoria clássica da Constituição que os concebeu como custódio imparcial da Lei Fundamental (Morais, 2013, p. 86).

Ultrapassada a necessidade de atenção às reservas relacionadas ao dever de realização dos direitos sociais, é imperiosa a reflexão sobre teorias comumente relacionadas, nomeadamente o mínimo existencial e a proibição do retrocesso social, utilizadas como condicionamento da margem de livre decisão sobre direitos sociais para reafirmação da sua imperatividade.

Afirma Canotilho (2003, p. 338-340) que o princípio da proibição do retrocesso social opera apenas nos casos em que se pretende atingir o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana, ou seja, quando, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se busca proceder a uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse chamado núcleo essencial.

De antemão, é necessário atentar para a origem alemã dos princípios, compreender o motivo do seu surgimento, seus objetivos no contexto social e normativo germânico para uma avaliação mais acertada sobre a adequação da sua utilização em outros solos.

A Constituição alemã não prevê, como a brasileira, os direitos sociais.¹⁴ Apesar disso, os contempla a partir da legislação infraconstitucional, reconhecendo a imperatividade, os deveres decorrentes dos direitos sociais. Diante da ausência de status constitucional expresse, a fim de reafirmar a necessidade de realização desses direitos, com fundamento na isonomia real e na dignidade humana, surge o princípio da proibição do retrocesso.

Não sendo na Alemanha direitos fundamentais, alguma doutrina alemã inventou, para proteção dos direitos sociais (isto é, dos direitos à prestação derivados da lei) uma nova figura conceitual, o princípio da vedação do retrocesso, com o objetivo de conferir maior resistência ou rigidez dos direitos sociais criados pelo legislador ordinário (Novais, 2016, p. 72).

Em face da ausência de consagração inequívoca, emergiu na jurisprudência constitucional alemã um conteúdo de natureza subjetiva mínima, de qualidade originária, indicativa de um mínimo social de realização exigível ao Estado, extraído do respeito à dignidade humana a partir do suprimento de necessidades básicas, aquelas indispensáveis ao exercício das liberdades fundamentais consagradas. Esses direitos estariam a condicionar materialmente o legislador, com base na igualdade e proteção da confiança, por meio do princípio da proibição do retrocesso, passando a adquirir consequência prática importante.

Ocorre que, à margem da razão da existência e, portanto, da função exercida dentro da dogmática dos direitos fundamentais, os princípios referidos foram transplantados da jurisprudência alemã para outros sistemas jurídicos, mesmo aqueles que consagram constitucionalmente de forma explícita os direitos sociais, a exemplo do Brasil.

É importante, pois, avaliar a inclusão desses princípios na dogmática dos direitos fundamentais de forma crítica, atenta à adequação e à pertinência do uso, considerando os seus fins, seja como condicionamento ao legislador ordinário, seja no controle judicial a partir da verificação da densidade do dever de realização de direito social (Novais, 2016, p. 234).

Isso para não haver riscos de reduzir a força, imperatividade e exigibilidade dos direitos sociais à sua parcela mínima, ou igualmente ampliar ilegitimamente o seu conteúdo, muitas vezes de forma alienada à realidade socioeconômica atual, pela proibição de retroceder.

De forma atenta à caracterização a partir dos contributos da dogmática dos direitos sociais e às consequências jurídicas decorrentes, o controle judicial da realização de direito social enquanto direito fundamental deve

14 Apesar disso, prevê cláusula de socialidade ao estabelecer, no art. 20, que “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social”.

avaliar também, do ponto de vista da comunidade, como fim ao qual se propõe, a igualdade.

Nesse espeque, é imperioso observar as consequências da concretização dos direitos sociais a partir de demandas individuais. É que o Estado resta vinculado em todas as suas funções, incluindo a executiva, à observância do princípio da igualdade, como visto, base na qual são sedimentados os direitos sociais. Há de atentar, então, que a parcela concretamente realizada é satisfatória quando a máxima possível à generalidade.

É que a reserva do possível é sustentada também na impossibilidade de generalização da prestação individualmente requerida, já que, caso deferida, haveria disponibilidade financeira para satisfazer os anseios do particular individualmente, em detrimento de todos os outros indivíduos que se encontram na mesma situação fática e jurídica, o que impede o Poder Judiciário de abstrair a repercussão da aparente concretização de um direito social a partir da sua violação por meio de uma decisão que confere tratamento desigual aos iguais.

Logo, ao decidir pretensão individual sobre a exigibilidade de realização de um dever decorrente de direito social, deve o Judiciário ponderar, ao apreciar a justificação da reserva do possível, não a partir da capacidade de disponibilização individual, mas generalizada, em uma perspectiva igualitária de realização do dever em questão.

Portanto, na leitura dogmática para identificação dos limites, das margens existentes ao Poder Judiciário na verificação de violação de dever decorrente de direito social em pretensão individual, a restrição precisa ser justificada seja por força da necessidade de realização ou prossecução de outros bens igualmente dignos de proteção jurídica, seja pela reserva do possível que, dada a natureza e seus reflexos em relação à questão, afeta o dever em si que, por sua vez, possui como reforço e pressuposto a reserva do politicamente adequado ou oportuno que concede ao poder público margem de apreciação e decisão política sobre a construção efetiva dos direitos sociais.

Por outro lado, no âmbito específico da restrição de direitos sociais, a limitação do acesso aos bens e interesses correspondentes – apesar dos pressupostos e condicionamentos antes mencionados – deve sempre respeitar o limite da constitucionalidade. Esse limite se expressa na observância do conteúdo mínimo do direito, que funciona como espécie de limite aos limites. Trata-se, porém, não de uma restrição aos direitos, mas de sua reafirmação, pois esse núcleo mínimo decorre da dignidade humana e tem a função de evidenciar a dimensão isonômica dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que consagra a proteção da confiança.

Os princípios da igualdade e da proteção da confiança, tal como, de resto, eram já utilizáveis, com grande alcance prático, na dimensão positiva

dos direitos sociais; e, com importância decisiva, tanto aqui como no controle de restrições aos direitos de liberdade, o princípio da proibição do excesso, nas suas várias dimensões agora plenamente aplicáveis por se tratar de controle de ação restritiva: as máximas ou subprincípios da aptidão e da indispensabilidade, da proporcionalidade, da razoabilidade – na aplicação específica já evidenciada na dimensão positiva dos direitos sociais – e também, ainda que com menor aplicabilidade no domínio dos direitos sociais, o subprincípio da determinabilidade (Novais, 2016, p. 404).

É necessário ter em vista que a alienação em relação às bases sob as quais foram sedimentados os direitos sociais, sobre a dogmática dos direitos sociais em si, tem potencial para o aprofundamento de iniquidades subjacentes na provisão de bens pelo desigual acesso efetivo ao sistema judicial. Assim, o referido risco de violar a igualdade a partir de decisões em ações judiciais individuais é potencializado quando observada a questão do acesso à justiça.

Os contornos atuais do Estado de Direito se afastam de uma concepção majoritariamente formal, privilegiando, pelo contrário, uma ordem material de valores, fortalecendo a crença de que a democracia não se resume à fonte popular do poder, antes reclamando o controle desse e a guarda da Constituição, o que legitima a ação interpretativa da jurisdição a partir dos comandos e princípios eleitos pelo constituinte originário. A conquista da competência de interpretar de forma vinculativa a Constituição não resulta na concessão a esta da soberania estatal por completo, com o aniquilamento da função legislativa e de governo, justificando-se a limitação de sua atividade de controle, evitando, contudo, que tais restrições conduzam à impotência de sua missão (Nobre Júnior, 2011, p. 115).

Uma teoria constitucional comprometida com a democracia deve reconhecer espaços de liberdade ao legislador, a sua autonomia política. O intérprete, sem ignorar esses condicionamentos, deve ter o cuidado de preservar, na exegese da Lei Maior, as margens de decisão que, numa democracia constitucional, devem ser reconhecidas aos poderes políticos e aos próprios indivíduos.

O intérprete pode e deve aplicar diretamente a Constituição às relações sociais, independentemente de mediação legislativa, sendo indiscutível que ele deve acolher o direito infraconstitucional à luz da Lei Maior. É certo, também, que o julgador pode deixar de aplicar normas que, conquanto, em geral, compatíveis com a Constituição, produziram, no caso específico, resultados a ela ofensivos. Contudo, é importante que o aplicador do Direito adote uma postura respeitosa em relação à atividade do Legislativo, pois, do contrário, há risco de confiscar a liberdade decisória que, numa democracia, cabe ao legislador. “Afim, sendo o constitucionalismo uma técnica de

combate do autoritarismo, seria altamente paradoxal converter a Constituição num instrumento autoritário de modelação de todos os espaços da vida social nas mãos de juizes não eleitos” (Sarmiento, 2006, p. 32).

A chave para a legitimidade das decisões judiciais sobre a exigibilidade do dever de realização de direito social é, portanto, a atenção à dogmática dos direitos fundamentais sem lançar mão, no processo interpretativo da análise teleológica do direito em questão, qual seja, a igualdade real, e do fio que transpassa os direitos fundamentais e os une, revelando a sua essência: a dignidade humana.

CONCLUSÃO

A constituição dos direitos sociais no Brasil aponta para sua jusfundamentalidade e revela a igualdade real como verdadeiro substrato desses direitos, já que constitui a própria razão de existência, fundamentada na dignidade da pessoa humana, base e princípio integrador dos direitos fundamentais.

A caracterização dos direitos sociais, com atenção aos deveres deles decorrentes, resulta em diversidade de tratamento jurídico, sobretudo a partir da distinção entre a exigência de atuação positiva ou negativa do Estado. Das normas que constituem os direitos sociais, é importante a diferenciação entre a natureza de regra e de princípio, considerando que, nas primeiras, há redução proporcional da complexidade existente na identificação do real conteúdo dos direitos sociais. Em se tratando de norma-princípio, o resultado é inverso, pois a obscuridade causada pela indeterminação confere maior complexidade à análise.

Nesse contexto, em face do Estado Democrático de Direito e, portanto, dos princípios que o constituem, a redução dessa complexidade, ou seja, a determinabilidade dos direitos sociais, deve ser realizada prioritariamente pelo Poder Legislativo, no exercício da reserva de ponderação ou do politicamente adequado, ante sua competência de conformação dotada de legitimidade democrática.

Condição real e não princípio constitucional, a reserva do possível apresenta-se como fator intrinsecamente relacionado que justifica a não realização absoluta dos direitos sociais ou a sua não realização da forma pretendida no caso concreto. Nos casos em que o Judiciário reconhece a legitimidade da alegação da reserva do possível, não ocorre restrição do direito em si, mas o reconhecimento de um condicionamento ínsito que afeta o próprio conteúdo do direito social desde sua constituição.

Ao ser arguida pelo Estado, deve o Judiciário apreciar a legitimidade da justificação a partir dos bens ocasionalmente relacionados e da possibilidade financeira de generalização da parcela pretendida, respeitando a igualdade real, fundamento dos direitos sociais. Nesse cenário, o controle judicial em

matéria de direitos sociais deve ater-se à análise da legitimidade da justificação, utilizando como premissas as reservas aplicáveis e mantendo consonância com a caracterização do dever decorrente do direito social que consubstancia a pretensão, atento ao tratamento jurídico correspondente a partir dos caminhos traçados pela dogmática dos direitos fundamentais, na qual a proteção da confiança e a igualdade real são chaves para a consagração da dignidade da pessoa humana mediante a efetivação legítima e autêntica dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; NASCIMENTO, Victor Hugo Alcalde do. A desconstrução do controle jurisdicional de políticas públicas sobre o exercício de direitos sociais: um estudo sobre os limites dos entornos político e jurídico e a relevância do modelo liberal de direito. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 11, n. 2, e268, maio/ago. 2024.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6. ed., Lisboa: Almedina, 2019.

ATHIAS, Arianne Brito Cal. Planejamento das políticas públicas e controle judicial: limites e possibilidades. *Revista Aracê*, São José dos Pinhais, v. 7, n. 1, p. 2491-2505, 2025. DOI: 10.56238/arev7n1-151.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Juris Plenum: Direito Administrativo*, Caxias do Sul-RS, v. 1, n. 1, p. 25-50, mar. 2014.

_____. Judicialização, ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 5, n. 8, 2009.

BRINKS, Daniel M.; GAURI, Varun. *The Law's Majestic Equality? The distributive impact of judicializing social and economic rights*. (março, 2012). World Bank Policy Research Working Paper No. 5999, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2024823>. Acesso em 5 set. 2024.

CAETANO, Marcello. *Estudos de Direito Administrativo*. Lisboa: Almedina, 2008, v. 1.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Fernando Alves. A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, ano VII, edição especial, 2010.

FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa. Controle judicial sobre ato administrativo de indeferimento de medicamento: uma análise do RE 1.366.243/SC (Tema 1.234) a partir da dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, v. 25, p. 11-31, jan./dez. 2025.

FIGUEIRÊDO, Simone de; CADORE, Susana. Acesso a medicamentos padronizados no Brasil: processos estruturais em casos de desabastecimento. In: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (org.). *Pragmatismo, direitos fundamentais e processos estruturais*. Londrina: Editora Thoth, 2025, p. 241-262.

GREGORUT, Adriana Silva. O papel do Estado neoliberal na desuniversalização dos direitos sociais. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 1-22, 2025. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/e8982>.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no centenário de seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, v. 1.

LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara; BITENCOURT, Caroline Müller. Reflexões sobre controle judicial de planejamento de políticas públicas no Brasil: ensaios de como avançar nesse importante debate. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 13, p. e0476, 2025. DOI: 10.37497/revistacejur.v13i-TJSC-476. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/476>. Acesso em: 27 nov. 2025.

MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Sérvulo Correia*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 657-683, v. 1.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes. In: SOUSA, Marcelo Rabelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. Lisboa: Almedina, 2016, v. 1.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. *Revista Jurismat*, n. 36, p. 55-90, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo Judicial: possibilidade e limites. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 1, n. 43, p 91-117, jan./mar. 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Ativismo Judicial e direitos sociais*. São Paulo, JusPodivm, 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional e Direito Fundamental à Democracia*. 1. ed. Brasília: IDP, 2014, p. 42-65.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v. XXXV, n. 1, jan. 1947.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2016.

