

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

Wilson José Vinci Júnior

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM CENÁRIO  
DE ESCASSEZ ECONÔMICA**

**DOCTORADO EM DIREITO**

São Paulo  
2021

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

Wilson José Vinci Júnior

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM  
CENÁRIO DE ESCASSEZ ECONÔMICA**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Efetividade do Direito, área de concentração em Direitos Humanos, sob a orientação do Professor Doutor Ionas Deda Gonçalves.

São Paulo  
2021

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: \_\_\_\_\_

Data: 23.07.2021

*e-mail:* wilsonvinci@gmail.com

VINCI JÚNIOR, Wilson José

A efetivação dos direitos fundamentais sociais em cenário de escassez econômica / Wilson José Vinci Júnior. -- São Paulo: [s.n.], 2021.

248p; 21 x 29,7 cm.

Orientador: Ionas Deda Gonçalves. Tese (Doutorado em Direito) -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2021.

1. Direitos sociais. 2. Efetivação. 3. Escassez de recursos. I. Gonçalves, Ionas Deda. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

## **WILSON JOSÉ VINCI JÚNIOR**

### **A efetivação dos direitos fundamentais sociais em cenário de escassez econômica**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

#### **BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Dr. Ionas Deda Gonçalves – Orientador  
Instituição: Pontifícia Universidade Católica

---

Membro: Professor(a) Doutor(a)  
Instituição: Pontifícia Universidade Católica

---

Membro: Professor(a) Doutor(a)  
Instituição: Pontifícia Universidade Católica

---

Membro: Professor(a) Doutor(a)  
Instituição:

---

Membro: Professor(a) Doutor (a)  
Instituição:

Dedico este trabalho aos meus pais,  
que não mediram esforços para que eu chegasse até aqui.  
À minha esposa Luciana e às minhas filhas Luísa e Sofia.

## **AGRADECIMENTOS**

Um agradecimento especial ao meu orientador, Prof. Dr. Ionas Deda Gonçalves, que, com sua sapiência, revelou-me os caminhos dos Direitos Humanos. Foram valiosos momentos de conversas que certamente guardarei por toda a vida.

Também agradeço ao Prof. Dr. Miguel Horvath Júnior, ilustre professor e distinto colega de Procuradoria Federal, pelas considerações acerca do tema objeto desta tese. A troca de ideias, as indicações bibliográficas e os seus ensinamentos foram fundamentais para que este trabalho chegasse à sua versão final.

Agradeço, por fim, à Escola da Advocacia-Geral da União pelo inestimável apoio, seja me concedendo uma bolsa parcial, seja autorizando o gozo de licença-capacitação para que eu pudesse, enfim, dedicar-me à pesquisa da tese de doutorado. Sem a ajuda institucional da minha carreira, este trabalho não se concretizaria.

Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o Direito.

Georges Ripert

## RESUMO

O cenário de escassez de recursos esteve presente invariavelmente na humanidade. Desde o período pré-histórico, época na qual a sobrevivência dos seres humanos era garantida especialmente pelas suas habilidades de caça, pesca e cultivo, até a atual formação social, os indivíduos raramente usufruíram de um cenário de abundância de recursos materiais que lhes permitissem suprir todas as suas necessidades. Tiveram, pois, de aprender forçosamente a conviver com escolhas e prioridades, que nem sempre se caracterizavam como simples decisões. A própria existência humana é caracterizada pela busca da conciliação entre a existência de recursos finitos para a satisfação de necessidades ilimitadas. O advento dos direitos humanos, fruto de lutas seculares em busca da concretização da dignidade da pessoa humana, não teve o condão de alterar essa realidade fática. Os direitos, em regra, demandam recursos materiais para serem efetivados. Com uma formação social que a cada dia clama por mais direitos, a sociedade viu-se obrigada a encontrar maneiras de efetivá-los, realizando escolhas alocativas de recursos. Em adição a essa problemática, situa-se o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos. A efetivação de políticas públicas é matéria inerente às funções executiva e legislativa, até mesmo porque seus representantes foram democraticamente eleitos para tanto. Contudo, na omissão do cumprimento desse mister pelos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário poderá atuar, a fim de fazer valer a força normativa da Constituição. Surge então a questão de como se dará a atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, mais precisamente quando realiza decisões alocativas em cenário de acentuada escassez de recursos, ponderando a proteção do direito fundamental de um indivíduo com a necessidade de salvaguardar recursos para que os demais membros da sociedade também tenham seus respectivos direitos preservados.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Efetivação. Escassez. Recursos. Poder Judiciário. Ponderação.

## ABSTRACT

The scarcity of resources has always been present in humanity. From the very beginning, a time when human beings' survival was especially guaranteed by their hunting, fishing and cultivation skills, up to the current social format, men rarely enjoyed a scenario of material resources abundance that allowed them to supply all their needs. Therefore, they had to learn how to live with choices and priorities, which were not always characterized as simple decisions. Human existence itself is characterized by the search for reconciliation between the existence of finite resources to satisfy unlimited needs. The advent of human rights, the result of secular struggles in pursuit of the dignity realization of the human being, was unable to alter this factual reality. Rights, usually, require material resources to take effect. With a social format that calls for more rights every day, society was forced to find ways to make them effective, making resource allocation choices. The tragic nature of these choices increases as the scarcity of resources increases, reaching the point of considering the realization of fundamental rights. In addition to this problem, there is the role of the Judiciary in enforcing rights. Of the three functions of state power, the judicial function is the only one that was not directly elected, extracting the legitimacy of its performance from the political charter. The public policies implementation is a matter inherent to the executive and legislative functions, not least because their representatives were democratically elected to do so. However, if the Executive and Legislative Powers fail to comply with this requirement, the Judiciary may act in order to enforce the normative force of the constitution. The question then arises as to how the Judiciary Power will act in the realization of fundamental rights, more precisely when it makes allocative decisions in a scenario of marked scarcity of resources, considering the protection of an individual's fundamental right with the need to safeguard resources for that other members of society also have their respective rights preserved.

**Keywords:** Fundamental rights. Actualization. Scarcity. Resources. Court. Weighting.

## RÉSUMÉ

La pénurie de ressources a toujours été présente dans l'histoire de l'humanité. Depuis la préhistoire, période où la survie des êtres humains était surtout garantie par leurs compétences en chasse, pêche et culture, jusqu'à la formation du modèle actuel de la société, les hommes ont rarement vécu un scénario d'abondance de ressources matérielles leur permettant de subvenir à tous leurs besoins. Ils se sont donc vus obligés à apprendre à vivre avec des choix et des priorités, pas toujours caractérisés comme de simples décisions. L'existence humaine, par défaut, est caractérisée par la recherche d'un équilibre entre l'existence de ressources limitées pour satisfaire des besoins illimités. L'avènement des droits de l'homme, résultat de luttes séculaires pour la concrétisation de la dignité humaine, n'a pas eu le pouvoir de modifier cette réalité factuelle. Les droits, en règle générale, nécessitent des ressources matérielles pour prendre effet. Avec une organisation sociale qui exige toujours plus de droits, la société a été forcée de trouver des moyens de les rendre efficaces, en faisant des choix d'affectation des ressources. De plus, dans cette problématique, il y a le rôle du pouvoir judiciaire dans l'application des droits. La mise en œuvre des politiques publiques est une question inhérente aux fonctions exécutive et législative, notamment parce que leurs représentants ont été élus démocratiquement pour le faire. Toutefois, si les pouvoirs exécutif et législatif n'accomplissent pas leurs devoirs, le pouvoir judiciaire peut agir pour faire appliquer la force normative de la constitution. La question qui se pose alors est de savoir comment l'État doit agir dans la préservation des droits fondamentaux, plus précisément lorsqu'il doit prendre des décisions d'affectation dans un scénario de pénurie accentuée des ressources, tout en protégeant le droit fondamental d'un individu et en sauvegardant les ressources pour que tous les autres membres de la société aient également leurs droits respectifs préservés.

**Mots-clés:** Droits fondamentaux. Affectation. Pénurie. Ressources. Pouvoir judiciaire. Pondération

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>1. O CONCEITO DE ESTADO</b> .....	<b>18</b>
1.1 Constitucionalismo e neoconstitucionalismo .....	26
1.2 O Direito como ciência autônoma e sua relação com as demais ciências .....	34
1.3 Teorias da justiça .....	43
<b>2. OS DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>54</b>
2.1 Historicidade dos direitos humanos .....	54
2.2 Distinção conceitual entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanitários .....	66
2.3 As dimensões de direitos humanos .....	73
2.4 A dignidade da pessoa humana .....	83
2.5 Os direitos às pretensões negativas e positivas: a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais .....	90
2.6 O regime jurídico próprio dos direitos fundamentais .....	94
2.6.1 Aplicação imediata dos direitos fundamentais .....	96
2.6.2 Indivisibilidade dos direitos fundamentais .....	98
2.6.3 Aplicação dos direitos fundamentais na relação de direito tanto público quanto privado .....	98
2.6.4 Universalidade .....	99
2.6.5 Titularidade .....	100
2.6.6 Irrenunciabilidade .....	101
2.6.7 Restrição .....	102
2.6.8 Direitos fundamentais considerados como princípios jurídicos .....	106
2.6.9 Inexauribilidade dos direitos fundamentais .....	110
<b>3 OS CUSTOS DOS DIREITOS</b> .....	<b>112</b>
3.1 O papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais	119
3.2 A teoria da capacidade institucional .....	143
3.3 A relação entre escassez e os direitos fundamentais .....	147
3.4 O orçamento público .....	152
3.5 A teoria da reserva do possível .....	162
3.6 O mínimo existencial .....	169

<b>4. LASTRO JURÍDICO PARA A ANÁLISE ECONÔMICA E O CONSEQUENCIALISMO NA IMPLEMENTAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>179</b>
<b>4.1 A análise econômica sendo levada em consideração pelo Poder Judiciário para prolatar a decisão de um conflito.....</b>	<b>190</b>
<b>4.2 A proibição do retrocesso social e a jurisprudência de crise.....</b>	<b>198</b>
<b>4.3 Processos coletivos ou estruturais como uma solução viável ao problema .....</b>	<b>209</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>229</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>233</b>

## INTRODUÇÃO

A temática dos direitos humanos vem sendo discutida no mundo inteiro. Diversos livros e artigos acadêmicos que tratam do tema são produzidos diuturnamente, em grande parte buscando mais direitos aos indivíduos.

No Brasil ocorre semelhante fenômeno. Os direitos humanos são constantemente discutidos e analisados. Essa análise, que outrora estava restrita aos ambientes acadêmicos, passa a se popularizar especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, em grande parte pelo avanço da tecnologia e pela crescente complexidade social. A sociedade multifacetária e politizada demanda a satisfação dos seus interesses, além da busca por bem-estar. Dessa maneira, os direitos humanos deixam de ser assunto exclusivo de intelectuais acadêmicos e passam a fazer parte do cotidiano de relevante parte da população, demonstrando uma amplitude jamais vista em outro período da História.

Em um primeiro momento histórico, o foco da luta pelos direitos humanos residia em sua afirmação e em seu reconhecimento formal pela legislação. Em uma época na qual o Estado era o senhor do destino dos indivíduos (Absolutismo), era essencial reconhecer e afirmar os direitos das pessoas, até mesmo como forma de se conter o abuso do poder estatal.

Fazia-se necessário, pois, cindir as funções do poder do Estado, de modo que uma função servisse de freio e contrapeso para a outra função, em um sistema de controle de forças. Além disso, alguns direitos deveriam ser reconhecidos aos indivíduos, para que pudessem se proteger de um modelo estatal até então considerado opressor. Clamava-se por uma liberdade do indivíduo frente ao Estado, para que o ser humano pudesse usufruir de uma autonomia essencial para a concretização de sua dignidade.

No período pós-absolutismo, a liberdade no campo econômico significava o exercício de atividade econômica de maneira autorregulável pelos próprios agentes, isto é, sem a intervenção direta do Estado. A mão invisível do mercado o regularia, fornecendo a condição para o funcionamento do chamado livre mercado: partiria-se do pressuposto de que os negócios realizados no mercado

econômico, em perfeitas condições de competição, iriam conduzir a uma satisfação dos interesses coletivos da sociedade, ainda que os agentes agissem levando em conta apenas o seu interesse individual. Era o auge do liberalismo, que rechaçava uma intervenção estatal mais profunda na economia, ainda que admitisse a atuação do Estado especialmente nos campos da proteção de fronteiras (exército), diplomacia com outros Estados e a existência de um Poder Judiciário para resolver os conflitos que porventura surgissem.

No campo jurídico, era necessária a criação de instrumentos para regular e conter o abuso do poder estatal, bem como para estruturar e organizar o Estado, reconhecendo formalmente os direitos dos indivíduos. Surge, então, a noção de Constituição. Pelo movimento histórico denominado constitucionalismo, a Constituição foi erigida ao posto de documento de maior importância no ordenamento jurídico do Estado, sendo que todos os demais deviam-lhe obediência.

Essa ideia inicial de rechaçar quase que por completo a intervenção estatal na vida dos indivíduos – plenamente justificável à época pelo receio de se reviver o período anterior do Absolutismo, com os seus inerentes abusos – também se revelou, aos poucos, uma fonte de iniquidades. Em uma formação de sociedade que pregava o distanciamento do Estado das relações jurídicas dos indivíduos, houve a ascensão do poderio econômico, sem que o poder político estatal tivesse força suficiente para lhe fazer um contraponto. Os abusos outrora advindos do Estado no período absolutista foram substituídos pelos abusos dos particulares para com os seus pares, mediante o exercício desmedido do poder econômico que não encontrava resistência.

Não se nega que, ainda hoje, alguns direitos careçam de afirmação e expresso reconhecimento legislativo, a exemplo do direito à felicidade. Contudo, com o passar do tempo, observou-se que o mero reconhecimento formal de um direito não tinha o condão de fazer com que ele passasse a ser respeitado automaticamente, ou seja, não bastava a simples previsão legislativa: era necessária também a sua efetivação e implementação prática. Há, indubitavelmente, a exigência de implementação no mundo fenomênico daquele direito fundamental, a fim de que a dignidade humana seja concretizada.

A Constituição passa a exercer, assim, uma força normativa cada vez maior. Suas previsões não apenas estão no ápice do ordenamento jurídico, mas também são dotadas de força normativa que irradia efeito para todas as demais normas que encontram na Constituição o seu fundamento de validade.

Com a crescente complexidade social e interesses heterogêneos para serem satisfeitos, aliada à insatisfação em se vivenciar as iniquidades dos períodos anteriores (Absolutismo e Liberalismo), a sociedade passa a clamar pelo reconhecimento de novos direitos, além da efetivação daqueles já formalmente incorporados ao ordenamento jurídico, em especial, os direitos sociais. O estudo da temática é relevante, pois é inerente ao próprio modelo de sociedade que se almeja. Nessa toada, são reconhecidos constitucionalmente novos direitos, a exemplo do direito à moradia – introduzido na Constituição Federal (BRASIL, 1988) pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000 –, sendo que outros estão em fase de afirmação, a exemplo do já mencionado direito à felicidade.

Em suma, não basta mais o mero reconhecimento formal dos direitos. A sociedade passa a exigir mudanças práticas e implementação dos direitos fundamentais em seu cotidiano. Há, portanto, um inegável déficit de efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, o que, em última análise, afeta inclusive a qualidade da democracia vigente.

Todavia, essa implementação dos direitos esbarra em alguns aspectos jurídicos e econômicos, atinentes ao modo como se dará a efetivação do direito e a disponibilidade de recursos para tanto. Estas são contingências que, evidentemente, influenciam a efetivação de um direito fundamental. O Direito não é, portanto, uma ciência isolada da influência dos demais campos do saber humano (a exemplo da ciência econômica) e, inclusive, das ocorrências do mundo fenomênico.

Deveras, há uma inter-relação entre o Direito e a Economia, de modo que uma ciência influencia a outra. O fato de constituírem duas ciências distintas não significa que estão imunes ao relacionamento com outros campos do conhecimento humano e, até mesmo, com circunstâncias de ordem prática que acabam por tangenciar a efetivação de um direito. A Economia é, inclusive,

matéria obrigatória nos cursos de Direito no Brasil, conforme artigo 6º da Portaria do Ministério da Educação (MEC) nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994 (BRASIL, 2000b).

Esta relação e influência recíproca entre Direito e Economia se acentua ainda mais em períodos de escassez de recursos, ou seja, em crises. Tal ocorre porque, em crises econômicas, há uma menor disponibilidade de recursos, o que enseja a necessidade de que as decisões alocativas sejam ponderadas no caso concreto. Não havendo disponibilidade financeira para atender todas as necessidades de todas as pessoas, uma decisão alocativa de recursos em uma área poderá significar o não atendimento das necessidades existentes em outra área; daí porque o tema escolhido para o presente estudo se reveste de elevada importância no cenário atual.

A escassez de recursos materiais e financeiros do Estado constitui cenário que jamais poderia ser ignorado pelos acadêmicos, principalmente no Brasil, país classificado como emergente ou em desenvolvimento. Imaginar que o Estado brasileiro possui recursos ilimitados para as diversas necessidades humanas é desconhecer uma realidade que insiste em se revelar presente no cotidiano da população. Assim, opções deverão ser feitas, ou, em expressão conhecida na doutrina jurídica, surgirão escolhas trágicas. Diz-se trágicas porque, além de as escolhas públicas envolverem um certo conteúdo ético-jurídico, haverá também o sacrifício da situação que não foi escolhida.

O objetivo da presente tese é, portanto, fornecer critérios que auxiliem na tomada de decisão acerca das escolhas sobre a efetivação dos direitos fundamentais, visando alcançar o melhor resultado possível na concretização da dignidade da pessoa humana, com eficiência na atuação estatal.

Almeja-se, assim, fomentar e auxiliar o debate sobre um tema ainda pouco explorado na doutrina e, no fim, fornecer critérios que auxiliem a tomada da melhor decisão (administrativa e judicial) sobre a implementação ou não de um direito.

No primeiro capítulo, será analisada a noção do Estado; seu surgimento e desenvolvimento; e sua relação com os direitos humanos. Haverá o estudo das diversas teorias da Justiça que se relacionam com o Estado, bem como a análise

da relação entre o Estado e o Direito, que tem na Constituição o seu ponto de acoplamento, incluindo os movimentos históricos do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo. Ainda, será analisada a autonomia da ciência jurídica e, em especial, a inter-relação entre Direito e Economia, com a recente temática da análise econômica do Direito.

Já no segundo capítulo, haverá o estudo da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos e fundamentais, bem como suas respectivas definições. Serão diferenciados os direitos às pretensões negativas e positivas, bem como serão fornecidas as características pelas quais se pode afirmar que os direitos fundamentais possuem um regime jurídico próprio.

No terceiro capítulo, será estudada a questão da existência ou não de custo para a efetivação de um direito fundamental. Analisar-se-á o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo. A seguir, haverá a análise da teoria da capacidade institucional e a relação entre a escassez e a implementação dos direitos. Haverá também o estudo sobre o orçamento público e a demonstração de como o ordenamento jurídico brasileiro lida com a questão do custo dos direitos, bem como será elencada a jurisprudência acerca do assunto. Por fim, a temática haverá de passar por um breve estudo de direito comparado, em especial, sobre a relação entre o princípio da proibição do retrocesso social e a jurisprudência de crise. Será, então, apresentada uma solução viável da problemática por meio da utilização dos processos coletivos.

No fim, será apresentada a conclusão do trabalho, consignando critérios sugestivos para a melhor decisão alocativa de efetivação dos direitos fundamentais.

## 1. O CONCEITO DE ESTADO

Em um trabalho acadêmico inserido na área de ciências jurídicas e sociais como o presente, é salutar recordar a formação do Estado e sua noção conceitual, a fim de auxiliar a compreensão acerca das decisões alocativas envolvendo as denominadas prestações estatais<sup>1</sup>, especialmente em momentos de escassez econômica.

É de conhecimento geral a existência de diversas teorias atinentes à formação e ao desenvolvimento do Estado. No presente tópico, serão mencionadas as teorias do Estado mais conhecidas e relevantes para o entendimento do objeto desta tese.

No período pré-histórico, o ser humano vivia no chamado estado de natureza. Nessa época, gozava de plena liberdade de agir, não havendo regulação oriunda de qualquer poder ou jurisdição (LOCKE, 1978, p. 35). Eventual conflito entre os indivíduos era resolvido pela força física, na conhecida lei do mais forte, denotando o desejo de autoconservação inerente aos seres humanos. O Direito já se fazia presente nesse tipo de sociedade (*ubi societas, ibi jus*), ainda que não houvesse um ente superior responsável pela organização social tal como se conhece atualmente.

Essas espécies de sociedades políticas – tais como a família patriarcal, o clã e a tribo, a *gens* romana, a *fratria* grega e o senhorio feudal – antecederam a formação do próprio Estado (MIRANDA, 2015, p. 4).

O passar do tempo revelou cada vez mais uma aglutinação de pessoas (especialmente por laços sanguíneos ou econômicos), processos de conquistas de territórios, migrações e organizações sociais cada vez mais complexas.

Com o desenvolvimento social e com a crescente complexidade das relações interpessoais, houve a necessidade da regulação do comportamento dos indivíduos, que não eram mais livres para fazer o que bem entendiam. Assim, era imperioso o surgimento de um ente superior que regulasse e fiscalizasse o corpo social, sendo dotado de um poder para tanto.

---

<sup>1</sup> Neste trabalho, as expressões “prestações estatais” ou “direitos sociais prestacionais” referem-se às prestações fáticas prestadas pelo Estado em favor dos indivíduos.

Conforme ensina Reale (2002a, p. 616), “da ideia do indivíduo em estado de natureza, sem leis, sem normas, surge a ideia da possibilidade de contratar. Da possibilidade de contratar deriva o fato do contrato; e do contrato, a norma”. O autor completa o pensamento afirmando que, a partir desse silogismo, há quem entenda que a própria sociedade é fruto do contrato, enquanto outros (mais moderados) afirmam que a sociedade é um fato natural, mas o Direito é um fato contratual, ou seja, acordado entre os indivíduos.

Diversas teorias tentam explicar o surgimento do Estado, algumas o identificando como um fenômeno humano permanente e universal (sociedade política e Estado seriam reciprocamente relacionados), enquanto outras o identificam como apenas uma das formas possíveis de sociedade política. Para esta última, não se justifica confundir as formas primitivas de sociedades políticas com as formas desenvolvidas e complexas que tardiamente surgiram (MIRANDA, 2015, p. 3). Esta é a teoria adotada no presente trabalho.

O vocábulo “poder” comporta uma noção de autoridade, força e superioridade. Em termos sociológicos, poder é um fato da vida social, não havendo sociedade sem poder, tendo em vista que ele é imprescindível para regular a conduta dos indivíduos nas suas relações entre si ou com a sociedade (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 492).

Em termos políticos, o poder do Estado se revela como fenômeno sociocultural, sendo uno, indivisível e consistente em determinar o comportamento dos indivíduos, ou seja, o que está permitido ou proibido em um dado território.

Observa-se, então, que o advento do Estado não é um *prius*, mas, necessariamente, um *a posteriori* da convivência humana, com a finalidade de organizar a liberdade no campo social (BONAVIDES, 2007, p. 40).

Emerge o Estado, portanto, “como uma criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social”, nas palavras de Bonavides (2007, p. 41). Esse é o clássico modelo de Estado soberano que, nascido na Europa, difundiu-se por todo o mundo (MIRANDA, 2015, p. 3).

A teoria contratualista do Estado é capitaneada, especialmente, por Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. A própria teoria contratualista não é unânime, possuindo algumas vertentes: há o contratualismo total, pelo qual tanto a sociedade quanto o Estado são frutos de um contrato, e o contratualismo parcial, que significa que apenas o Estado possui origem contratual, sendo a origem da sociedade explicada como um fato natural.

Para Hobbes (2003, p. 109), em sua clássica obra *Leviatã*, os instintos humanos somente poderiam ser controlados mediante a criação de uma instância capaz de deter seus impulsos naturais, qual seja, o Estado. Para ele, o ser humano nasce propenso ao conflito social, necessitando, pois, da instituição de um poder comum para que o estado de paz se estabeleça. O Estado emergiria, assim de um pacto entre os indivíduos, instituindo um poder comum situado acima deles, com força suficiente para impor o seu cumprimento.

Hobbes era adepto de um contratualismo pessimista. Para ele, o ser humano é um ser mau por natureza, somente preocupado com os próprios interesses e sem cuidados pelos interesses alheios, tendo se decidido a viver em sociedade ao perceber que a violência era causadora de maiores danos (REALE, 2002a, p. 617).

Já para Rousseau (2014, p. 39), é da natureza do indivíduo ser livre. Entretanto, quando há obstáculos que impedem a sua conservação no estado de natureza, o ser humano pereceria caso não mudasse sua maneira de ser. Dessa maneira, surge como solução um pacto entre os indivíduos, “um conjunto de forças que possa levar à resistência, empregar um único móvel e fazê-los agir em conformidade com eles”.

Essa associação produziria um corpo moral e coletivo, composto de membros em assembleia, sendo reconhecido como uma unidade, que se constituiria em uma pessoa pública com um corpo político, chamado Estado (ROUSSEAU, 2014, p. 41).

Rousseau era adepto de um contratualismo otimista. Para ele, o ser humano é naturalmente bom, tendo vivido um período paradisíaco, até o momento em que, pela má fé de alguns, teria sido levado a aceitar um pacto leonino de sociedade (REALE, 2002a, p. 617).

O sentido do vocábulo “Estado”, como se concebe modernamente, surgiu na Idade Média, valendo esclarecer que este conceito é mutável na História (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 28).

O Estado possui três elementos característicos: dois elementos materiais (população e território) e um elemento formal (governo). Assim, para se caracterizar um Estado, deve existir determinada sociedade, vivendo sobre um dado território, com um governo soberano para criar e alterar as suas regras de convivência social (CICCO; GONZAGA, 2013, p. 48).

Sobre o governo, em que pese haver divergência doutrinária quanto ao seu conceito, todas as definições levam a um denominador comum, expresso no exercício do poder, sendo que se espera que tal poder seja soberano e exercido pelo povo. O governo consiste no poder do Estado, que é cindido nas funções executiva, legislativa e judiciária (CICCO; GONZAGA, 2013, p. 50).

Há ainda um elemento ínsito ao conceito de governo: a soberania. Cabe esclarecer que ela é advinda da aceitação e do reconhecimento de um Estado por parte dos demais sujeitos de direito internacionais. Trata-se da autodeterminação do governo, sem depender de Estados estrangeiros para a elaboração das leis, administração dos serviços públicos e julgamento dos conflitos.

Para Cicco e Gonzaga (2013, p. 51), “a soberania consiste em uma característica que se depreende da conjugação dos três elementos do Estado” (população, território e governo, acima elencados), de modo que, em seus entendimentos, “seria redundante considerar que o Governo deva ser soberano”. Por essa razão é que a soberania não foi elencada separadamente como elemento formador do Estado, mas sim como um elemento intrínseco ao conceito de governo.

Vale ainda lembrar que a expansão dos direitos humanos acabou por relativizar o rígido conceito de soberania estatal vigente outrora, que significava absoluta liberdade estatal para elaborar as suas normas em seu território, ainda que isso significasse eventual ofensa aos direitos humanos.

Segundo Dallari (1995, p. 43), a denominação Estado é oriunda do latim *status*, que significa “estar firme”, referindo-se à situação permanente de

convivência da sociedade política. Acrescenta também que essa denominação apareceu pela primeira vez em *O Príncipe*, de Maquiavel, escrito no ano de 1513 e publicado postumamente em 1532. O mesmo autor atribui ao vocábulo Estado a designação de todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.

Os três elementos do Estado, portanto, formam um corpo social organizado, vivendo em determinado território, com governo soberano, dotado de poder para regular os comportamentos dos indivíduos.

Ademais, deve ainda ser consignado que há um elemento final do Estado, agregador dos três elementos anteriores, que consiste na finalidade estatal, que é o bem comum. Assim, o Estado objetiva atingir o bem comum, “que consiste no conjunto das condições para que as pessoas, individualmente ou associadas em grupos, possam atingir seus objetivos livremente e sem prejuízo dos demais” (CICCO; GONZAGA, 2013, p. 53). Dessa maneira, o Estado deve servir de meio ou instrumento para o atingimento do bem comum, não devendo se constituir em um fim em si mesmo.

Historicamente, o Estado pode ser sintetizado nos seguintes tipos: oriental, grego, romano, medieval e moderno, na visão de Miranda (2015).

O Estado oriental era caracterizado pela junção do poder político e do poder religioso nas mãos do monarca, que era adorado como um Deus. A ordem social era hierarquizada, sendo admitida certa redução das garantias jurídicas dos indivíduos.

Já o Estado grego tinha por traço formador da pólis a necessidade de participação do cidadão na vida comunitária, pouca importância da extensão territorial, ênfase na isonomia (apesar de admitir a existência de escravos e certas categorias de pessoas com direitos reduzidos) e inexistência ou redução da liberdade fora do Estado.

O Estado romano tinha algumas semelhanças com o Estado grego, sendo dotado de certas peculiaridades: separação entre poder público (do Estado) e privado (do *pater familias*), progressiva atribuição de direitos aos estrangeiros (*ius gentium*) e desenvolvimento do Estado com base municipal (a exemplo da pólis grega).

Em sua fase medieval, não houve propriamente um Estado tal qual se concebe atualmente. Isso porque houve a coexistência da autoridade universal da Igreja com os poderes atomizados entre diversos barões e senhores feudais. Havia a hierarquização da sociedade (soberanos, vassallos, clero e monarquia). O poder estatal é privatizado nas mãos dos senhores feudais (concepção patrimonial do poder), sendo a monarquia existente na época uma figura relevante apenas como título de nobreza e extensão de domínio de terras. Os anseios sociais eram contrapostos pela Igreja, e não pelo Estado.

Conforme ensina Bonavides (1999, p. 28), “a doutrina da Igreja, enquanto os soberanos não se curvam à vontade de Deus, tem o efeito de arrancar-lhes ou contestar-lhes a jurisdição que mantinham sobre as áreas privilegiadas de sua tirania”. Não haveria essa contestação somente se houvesse uma harmonização do poder estatal com a doutrina da Igreja.

Chega-se, finalmente, ao chamado Estado moderno, com a centralização do poder na figura do rei, que poderia editar normas válidas em seu território. Houve crescente institucionalização do poder pela complexidade cada vez maior das organizações sociais, fato que iria se acentuar com o constitucionalismo, com suas variadas regras e procedimentos.

Portanto, nessa fase, as funções estatais, também denominadas de “poderes” em uma linguagem atécnica<sup>2</sup>, estavam concentradas nas mãos do monarca, considerado o representante de Deus na Terra. Tendo em vista que Deus é considerado um ser superior aos indivíduos que irradia a perfeição, o monarca também era considerado um ser perfeito, que não errava (“*the king can do no wrong*”). Era o denominado Estado Absolutista, no qual havia uma simbiose entre a religião e o poder estatal, sem que houvesse a chamada tripartição das funções desse poder.

---

<sup>2</sup> Cabe esclarecer que o poder estatal é uno e significa o poder de determinar o comportamento dos indivíduos. Em verdade, pela linguagem técnica, quando se fala em poder estatal e sua tripartição, quer-se referir às funções executiva, legislativa e judiciária do Estado. Nas palavras de Cunha Júnior (2008, p. 493), “como o Poder é uno e incindível, não há falar em separação de Poderes, mas sim em separação de funções do Poder político ou simplesmente de separação de funções estatais. Insistimos: não é o Poder que é divisível, mas sim as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado”. Contudo, tendo em vista que as expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário já estão consagradas no cotidiano acadêmico, este trabalho as utilizará invariavelmente.

Este modelo de Estado Absolutista também teve seu fim, especialmente após a Revolução Francesa de 1789. Hodiernamente, fala-se em Estado moderno do tipo europeu com as seguintes características: tripartição das funções estatais (executiva, legislativa e judiciária), laicidade do Estado (separação entre poder político e religioso), Estado como harmonizador de uma dada cultura (ideia de nação ou comunidade) e o surgimento de um documento jurídico-político que estivesse acima da vontade dos indivíduos. Esse documento é a chamada Constituição que, no Estado moderno, deve tratar da estrutura do Estado, da divisão do poder estatal e da existência de direitos e garantias fundamentais.

A Revolução Francesa foi um marco histórico no Estado moderno, sendo considerada a transição do antigo Estado Absolutista para o chamado Estado Liberal, também conhecido como Estado mínimo, justamente por pregar a mínima intervenção estatal na vida dos indivíduos. Se o antigo regime era conhecido como Estado máximo (justamente pela grande intervenção estatal na vida dos indivíduos), o novo modelo estatal buscou o exato contraposto, relegando ao Estado funções mínimas, consistentes basicamente na manutenção de um exército (para evitar invasões externas), de serviços de diplomacia (para se relacionar com os demais Estados) e de mínimas funções internas, a exemplo da existência do Poder Judiciário para julgar os conflitos entre os indivíduos.

Ambos os modelos de Estado máximo e mínimo se revelaram fontes de iniquidades: o primeiro pela abusividade na utilização do poder estatal; e o segundo pela abusividade nas relações privadas, possibilitada inclusive por um modelo de Estado que se manteve intencionalmente distante das relações jurídicas travadas entre particulares.

Segue-se, então, ao modelo de Estado Social (também chamado de Estado de Bem-Estar), surgido no começo do século XX e influenciado pelos movimentos sociais russos de 1917; pelo advento da Primeira Guerra Mundial em 1914 e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919; e pelas Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

No Estado de Bem-Estar, há a necessidade de intervenção estatal em diversos setores, seja para suprir deficiências, seja para evitar abusos. O Estado passa a ser o maior agente econômico e o principal provedor de serviços públicos. Além disso, no campo jurídico, há a constitucionalização dos direitos sociais, que passam a exigir a sua efetivação, tornando-se o Estado o maior provedor desses direitos. Tem-se, portanto, um Estado de grandes proporções, interventivo, arrecadador e provedor de direitos (CALCIOLARI, 2009, p. 43). É o contraponto da antiga doutrina do *laissez-faire* do Estado liberal clássico.

Esse Estado de Bem-Estar gera um custo financeiro para a sua manutenção, suportado por todos os indivíduos, na forma de tributação. Os gastos são planejados por meio de um controle orçamentário, essencial para a execução de políticas públicas e para a efetivação de direitos. Em relação ao orçamento e às despesas públicas, “passa-se da noção tradicional de finanças sadias à noção de finanças públicas funcionais” (MERRIEN, 2018, p. 108), que exercem um papel fundamental na estabilização social e na repartição de rendas. É de se perceber, pois, que “o grau de intervencionismo econômico do Estado está intimamente ligado com a questão social” (CALCIOLARI, 2009, p. 45).

Ainda sobre o intervencionismo estatal, cabe consignar que sucessivos eventos históricos, especialmente a Segunda Guerra Mundial, fizeram com que a antiga soberania estatal fosse parcialmente relativizada. Assim, o antigo poder estatal ilimitado para determinar o comportamento dos indivíduos em seu território como bem lhe aprouvesse é hoje parcialmente limitado pela existência dos direitos humanos. O Estado deve, pois, obediência aos direitos humanos, sendo que estes acabam por legitimar a própria existência daquele, evidentemente, caso se esteja a falar de um Estado Democrático de Direito. Não se ignora que, ainda hoje, há certos Estados que seguem um modelo totalitarista, sem grande abertura aos direitos humanos e aos seus sistemas de proteção internacionais. Mas não é esse o modelo de Estado que se está a tratar no presente trabalho.

Atualmente, portanto, não há mais uma liberdade absoluta para o Estado determinar o comportamento dos indivíduos em seu território. Como visto, o

advento e reconhecimento formal dos direitos humanos acabou por restringir o rígido conceito de soberania estatal que vigia antigamente. Começa a se vislumbrar, portanto, uma inter-relação entre Estado e direitos humanos, de modo que o Estado é ao mesmo tempo garantidor destes e conformado/legitimado por eles.

Na presente época, o modelo de Estado de Bem-Estar passa por modificações. Ele não desaparece totalmente, porém, almeja-se a redução do tamanho do Estado e a restrição ao seu intervencionismo, principalmente na área econômica. Há uma busca pelo equilíbrio orçamentário entre receitas e despesas e uma preocupação com a distribuição de renda e com a garantia dos direitos humanos, ainda que esta última seja influenciada pelos recursos disponíveis (CALCIOLARI, 2009, p. 46).

Dessa maneira, o estudo da noção de Estado é relevante para se compreender o desenvolvimento dos direitos humanos e o atual contexto no qual a sociedade está inserida. Entender o histórico da formação estatal permite identificar seus pontos positivos e negativos, a fim de projetar o futuro da sociedade, calcado na dignidade da pessoa humana.

### **1.1 Constitucionalismo e neoconstitucionalismo**

Conforme já exposto no presente trabalho, no decorrer dos séculos, o poder estatal que estava concentrado nas mãos de apenas um único indivíduo – o monarca – foi cindido em basicamente três funções distintas: a executiva, a legislativa e a judiciária.

Cada função estatal possui atribuições típicas e atípicas, constituindo um sistema de freios e contrapesos. Típicas, próprias ou preponderantes são as atribuições ordinárias de cada função estatal: ao Poder Legislativo cumpre elaborar as leis (pautas de comportamentos gerais, abstratas e impessoais); ao Poder Executivo incumbe aplicar a lei de ofício, implementando as políticas públicas; e ao Poder Judiciário compete aplicar com autoridade a lei nos casos concretos, intersubjetivos e litigiosos. Atípicas ou impróprias são aquelas atribuições que não são inerentes a cada função estatal, mas sim secundárias

ou subsidiárias: o Poder Legislativo também administra e julga – arts. 51, IV e 52, XIII da Constituição Federal (CF) –; o Poder Executivo julga e legisla – art. 62 e 68, § 2º da CF –; e o Poder Judiciário legisla e administra – art. 96, I, *a e f* da CF (BULOS, 2007, p. 89). Dessa maneira, uma função acaba fiscalizando e inibindo eventual abuso cometido por outra.

Com o fim do Absolutismo, a titularidade do poder estatal, evidentemente, deixou de estar concentrada em apenas um único indivíduo (monarca) para ser exercida pelo povo, diretamente ou por meio de seus representantes. Além da fiscalização de uma função estatal por outra, havia a necessidade de que a vontade social fosse expressa por um documento jurídico-político com força normativa, que estivesse acima da vontade pessoal dos governantes da ocasião. Assim, esse documento deveria estar no ápice, no topo do ordenamento jurídico, constituindo o documento mais importante de um Estado. A ele foi dado o nome de Constituição, representando um pacto político-social dotado de força cogente. Em uma visão contratualista, a Constituição representou o documento pelo qual os indivíduos aceitaram ceder parcela de sua liberdade natural em prol de uma segurança jurídica nas relações sociais.

Dessa maneira, constitucionalismo é o movimento histórico, jurídico e político pelo qual a Constituição foi erigida ao ápice no ordenamento jurídico. Consistiu-se em um pacto político adotado para fundar, organizar e conferir estabilidade a um regime de governo por meio da promulgação de uma carta política com força normativa, à qual se convencionou denominar Constituição.

Cabe ressaltar que os marcos históricos do constitucionalismo contemporâneo foram a Constituição americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791, dando início a uma fase da História na qual havia um documento jurídico-político que se sobrepunha às vontades pessoais dos governantes da ocasião.

São características do chamado constitucionalismo liberal: (1) supremacia normativa da constituição; (2) soberania e legitimidade política fundadas no princípio majoritário e no conceito de poder constituinte; (3) autolimitação do poder soberano e diluição da autoridade governamental na noção de cidadania; (4) divisão do poder estatal nas funções legislativa, executiva e judiciária; e (5)

reconhecimento dos direitos fundamentais como proteção do indivíduo frente ao Estado.

Observa-se que há uma constante interpenetração do direito na política, e vice-versa. Por meio dessa relação, o direito procura regular os limites da política, que por sua vez, o constitui.

Na temática específica dos direitos humanos, essa simbiose entre o direito e política parece ser ainda mais evidente, afinal, é cediço que os direitos humanos surgiram como forma de limitação do poder. Nas palavras de Hunt (2009, p. 19): “os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são direitos de humanos num estado de natureza: são direitos de humanos em sociedade”.

Destarte, acima da vontade do governante, há a vontade do verdadeiro titular do poder estatal – o povo –, materializada em um documento jurídico-político com força cogente. Para Canotilho (2016, p. 51), “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

Em sua origem, as Constituições surgiram de maneira enxuta, regulamentando a divisão das funções estatais, a estrutura do Estado e os direitos e garantias fundamentais. Tome-se como exemplo a Constituição americana de 1787, com apenas sete artigos e 27 emendas, sendo exemplo de Constituição classificável como sintética (BULOS, 2007, p. 33)<sup>3</sup>.

Com a crescente complexidade das relações sociais, aliada às diferenças culturais entre os povos (o que enseja modelos diversos de Constituições), as cartas políticas mais recentes passaram a refletir os variados anseios de diferentes grupos sociais. Como exemplo, a Constituição brasileira de 1988 possui 250 artigos, com 110 emendas constitucionais promulgadas até a

---

<sup>3</sup> “As constituições sintéticas ou curtas são compactas, concisas, enxutas, sucintas. Nelas, a matéria constitucional vem disposta de modo breve e resumido, sem o predomínio de pleonasmos, repetições inúteis ou construções prolixas. Exemplo: Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, com sete artigos apenas” (BULOS, 2007, p. 33).

presente data, sendo exemplo de Constituição classificável como analítica (BULOS, 2007, p. 33)<sup>4</sup>.

Diversas razões levam à constitucionalização de determinado assunto. Ao constitucionalizar-se uma temática, ela já passa a contar com uma força normativa, independente da vontade da legislatura ordinária futura, que deverá apenas regulamentar a matéria. Vale dizer: ao inserir certa temática na Constituição, os integrantes da assembleia constituinte já a provém de força cogente, não deixando margem ao seu descumprimento pelos futuros legisladores ordinários, que não terão discricionariedade para reconhecer ou não aquele direito, mas tão somente para regulamentá-lo da melhor maneira. Assim, em estando previsto certo direito na Constituição, cabe ao legislador ordinário efetivá-lo, não podendo desobedecer ao mandamento constitucional. Na lição de Alexy (2015, p. 449), “como ninguém conhece o legislador futuro e também as circunstâncias sob as quais ele agirá, ninguém pode ter certeza de que ele não utilizará [...] aquelas liberdades e competências de forma desfavorável aos indivíduos”. No entendimento de Oliveira (2007, p. 249), “pensa-se na constitucionalidade do direito para restringir a discricionariedade do Poder Legislativo, impondo-lhe deveres para emissão de comandos, disciplinando direitos, obrigações e programas no mundo da sociedade”.

Além disso, o fato de certos assuntos estarem constitucionalizados – a exemplo da temática relativa aos direitos fundamentais – faz com que eles estejam protegidos de eventual maioria legislativa de ocasião. Em outras palavras, o constituinte originário realiza, de plano, uma limitação do titular do poder estatal (o povo), por meio das cláusulas pétreas<sup>5</sup>, justamente para proteger o povo de momentos de fraquezas futuras.

Essa inclusão dos direitos fundamentais nas cartas políticas legitimou a própria existência do Estado liberal, ao se desprender do Antigo Regime. O povo,

---

<sup>4</sup> “Já as constituições analíticas ou longas são amplas, detalhistas, minuciosas e pleonásticas, pois os seus artigos, desdobrados em incisos e alíneas, ordenam-se de modo reiterado em várias partes do texto. Exemplos: Cartas Indianas de 1916 e da Iugoslávia de 1974, esta última com 406 artigos” (BULOS, 2007, p. 33).

<sup>5</sup> O adjetivo “pétrea” vem de pedra, significando algo “duro como pedra”. No contexto constitucional, “cláusula pétrea é aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição”. (BULOS, 2007, p. 847).

titular do poder, incluiu em um documento político-jurídico certos direitos que formam um escudo protetor em face do abuso do poder estatal. Com o advento posterior dos direitos sociais e sua inclusão nas cartas políticas do início do século XX, houve o início da legitimação do que se conhece como Estado Democrático e Social de Direito.

A Constituição, evidentemente, limita eventual abuso na utilização do poder estatal, por meio de um pacto político-social, com força jurídica. Para tanto, ela possui um caráter cogente, isto é, uma força impositiva, de observância obrigatória das suas normas, que estão no topo do ordenamento jurídico. É a norma fundante do sistema, conferindo validade às demais normas infraconstitucionais que, caso sejam editadas em desacordo com a Constituição, podem inclusive ser retiradas do ordenamento jurídico por meio da declaração de inconstitucionalidade. A Constituição goza, portanto, de um caráter fundacional e de uma primazia normativa, em expressões cunhadas por Canotilho (2016).

A necessidade da observância e respeito aos preceitos constitucionais, cuja origem remonta há quase três séculos, perdura até os dias atuais. Todavia, mesmo hodiernamente, há normas constitucionais ignoradas ou desrespeitadas diuturnamente, motivo pelo qual a fiscalização sobre o respeito à Constituição deve ser constante.

A simples existência da Constituição como o documento jurídico-político de maior relevo no ordenamento de um Estado passou a não ser mais suficiente para que se observasse o respeito às suas normas. Assim, é imperiosa a sua aplicação prática, ou seja, a efetivação das suas normas no mundo real.

Conforme ensina Hesse (2009, p. 128, 130), “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”. Complementa que isso não se trata de uma revelação nova, sendo uma “obviedade para a Teoria do Estado do Constitucionalismo”.

Aliás, para o aludido jurista alemão, a força normativa da Constituição é um valor muito relevante para o Estado e a sociedade. Além disso, também ensina que deve haver uma conjugação entre a realidade e a norma, com seu inseparável contexto e seu condicionamento recíproco (HESSE, 1991, p. 13).

Nessa relação, nem a normatividade deve ignorar as relações fáticas, nem a realidade deve ignorar a ordenação jurídica. Dever-se-ia, pois, evitar-se “os extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (HESSE, 2009, p. 128). A Constituição busca, assim, conformar a realidade política e social, ao mesmo tempo em que é determinada por essa realidade, de maneira que não sobressaia nem a normatividade, nem as condições sociopolíticas e econômicas. É possível se observar características específicas tanto da normatividade quanto da realidade, mas elas não podem ser confundidas ou encaradas como elementos separados, incomunicáveis. Entre a realidade e a ordenação jurídica deve existir, pois, uma coordenação, em um processo de mútuo condicionamento.

Há algumas décadas, Bobbio (2004, p. 10) também já havia notado o enorme abismo existente entre a previsão normativa de um direito fundamental (mormente os direitos sociais) e a sua efetiva implantação no mundo fático: “uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente”.

Mas não basta a Constituição se adaptar inteligentemente a uma dada realidade. A Constituição jurídica pode ela mesma se converter em força ativa. Embora não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. Caso se identifique uma vontade de concretizar essas tarefas, a Constituição converte-se em força ativa, vontade essa que deve estar presente na consciência geral, particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não se traduzindo apenas em uma vontade de poder, mas também em uma vontade de Constituição (HESSE, 1991, p. 19).

Conforme leciona Hesse (1991, p. 19-20), essa vontade de Constituição se origina de três vertentes: (1) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio disforme; (2) compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação; e (3) consciência de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

A esse movimento histórico que advoga a necessidade de efetivação e implementação dos preceitos constitucionais atribuiu-se o nome de

neoconstitucionalismo. Assim, não basta se afirmar que a constituição é o documento mais importante (constitucionalismo); há também a imperiosa necessidade de efetivação de suas normas (neoconstitucionalismo).

Para Cunha Júnior:

O neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força normativa vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa. (CUNHA JÚNIOR, 2007b, p. 72)

Para Barcellos:

O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmáticamente consistentes e utilizável na prática jurídica. (BARCELLOS, 2006, p. 33)

Essa força normativa da Constituição não é, contudo, ilimitada. Mas seus limites não são precisos. O limite da força normativa da Constituição reside em fatores sociais, econômicos ou outros inerentes à realidade em que se vive. Nas palavras de Hesse (1991, p. 24), “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica”.

Assim, ao longo dos séculos, o Estado passou a ser um garantidor de direitos, que atualmente legitimam a própria existência estatal. Hodiernamente, é raro conceber a existência do Estado sem a garantia de direitos fundamentais aos indivíduos e sem a explicitação de uma divisão de funções do poder. Os direitos fundamentais gozam, portanto, de uma dupla perspectiva: como posições jurídicas subjetivas essenciais de proteção da pessoa e como valores objetivos básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito (CUNHA JÚNIOR, 2008, 586).

Ocorre que este rol de direitos atribuídos aos indivíduos veio acompanhado de um maior custo financeiro para a sua implementação. Com anseios sociais cada vez maiores e mais complexos, aumenta-se o custo financeiro para o atendimento de todas as necessidades humanas. A finitude dos recursos estatais disponíveis obriga a que o legislador e o administrador público tomem decisões alocativas na efetivação das políticas públicas. E o custo financeiro para implementar os direitos é ponto importante na tomada de decisão alocativa pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não podendo essa questão ser negligenciada, pois é um dos elementos formadores da decisão estatal.

Isso porque a decisão alocativa de recursos públicos na efetivação de um direito pode significar a redução de recursos para a efetivação de outros direitos de igual ou maior importância para outros indivíduos. Não se trata, portanto, de uma questão meramente econômica ou contábil, mas sim de verdadeira escolha sobre qual direito fundamental será efetivado na prática. Para se chegar a essa escolha, será utilizado o método da ponderação, conforme será mais bem explanado nos tópicos seguintes.

Muitos desses anseios sociais foram juridicizados na Constituição ou em leis ordinárias, sendo dotados, portanto, de força normativa/cogente. Em caso de conflitos envolvendo a aplicação da Constituição e das leis, mormente envolvendo eventual falha ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, caberá ao Poder Judiciário solucionar a demanda, o que, invariavelmente, poderá levar ao aumento no gasto de recursos públicos. Assim, outra grande questão é saber como se dará esta compatibilização entre a implantação de direitos fundamentais e o aumento dos seus custos, especialmente quando promovida pelo Poder Judiciário que, recorde-se, não possui membros eleitos pelo voto popular, não lhe cabendo, como função típica, definir originalmente o destino das políticas e recursos públicos.

Assim, na efetivação de políticas públicas, o Poder Judiciário somente poderia atuar justificadamente, ou seja, na omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, devendo, evidentemente, fundamentar as suas decisões de modo a

justificar a sua atuação naquele caso concreto – artigo 93, inciso IX da CF<sup>6</sup>. Cabe ressaltar que o artigo 11 do Código de Processo Civil (CPC) estabelece que todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 2015a)<sup>7</sup>.

Por meio dos rótulos de separação de poderes, capacidade institucional, *expertise* técnica ou papel institucional, o que se deseja verificar é se o ônus de argumentação do Poder Judiciário foi satisfatório na implementação de direitos fundamentais, a fim de justificar a sua atuação sem a invasão da esfera dos demais poderes.

Observa-se portanto que o Estado, por meio de suas três funções (executiva, legislativa e judiciária) é responsável pela efetivação dos direitos fundamentais, devendo ponderar o uso de recursos públicos para a tomada da melhor escolha alocativa, visando, em última análise, à concretização da dignidade da pessoa humana.

## **1.2 O Direito como ciência autônoma e sua relação com as demais ciências**

Para que determinado campo do conhecimento humano seja classificável como científico, ele deve possuir uma metodologia que o leve a um conhecimento racionalmente comprovável. Não se trata, pois, de apenas uma simples técnica de conhecimento (GUERRA FILHO, 2009, p. 106). No entendimento de Guerra Filho (2009, p. 109), “ciência seria o intento de estabelecer um conhecimento objetivo e rigoroso da realidade, a partir de hipóteses firmadas pela observação desta, cuja verdade, ou acerto, baseia-se em dados fornecidos pela experiência”.

Para o aludido autor, foi superada a época em que as ciências sociais de um modo geral se ressentiam de um “complexo de inferioridade” em relação às

---

<sup>6</sup> No mesmo sentido, o art. 93, IX, da CF afirma: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>7</sup> Art. 11, CPC: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

ciências naturais, especialmente a partir de meados do século XIX. Em relação ao Direito, o descrédito de seu caráter científico era atribuído ao fato de que ele varia conforme o território e a vontade do legislador.

Contudo, hodiernamente, já se admite como possível a construção de uma lógica científica das realidades humanas, com metodologia própria, que conduza a uma certa precisão na atribuição do valor-verdade.

Aliás, é de se ressaltar que a ausência de precisão absoluta também está presente em outras ciências, inclusive nas naturais, ainda que em menor grau. Basta citar, como exemplo, a mecânica quântica, que foi paradigmática na mudança de visão das antigas noções de matemática e física clássicas.

Ademais, o fato de o Direito se modificar ao longo do tempo também não o desnatura como ciência, afinal, ciências naturais também sofrem do mesmo fenômeno, que decorre até mesmo da evolução dos estudos. A própria cosmologia modificou-se no decorrer da História: o sistema ptolemaico foi revogado pelo copernicano, que, por sua vez, foi corrigido por Newton, Kepler e outros, estando atualmente superado pelas teorias relativistas de Einstein, sem qualquer garantia que possuirão uma validade eterna (GUERRA FILHO, 2009, p. 108).

Especialmente com o advento do chamado Estado de Direito, após as revoluções liberais, a relação entre o Direito e o Estado se estreitou. O poder estatal que no Estado absolutista praticamente não encontrava limites passou a ser limitado pela vontade do novo titular do poder – o povo –, expressa por meio da Constituição e das leis. O governante de ocasião, portanto, encontrava no ordenamento jurídico uma limitação ao poder político, em uma espécie de simbiose de via dupla: o Direito limita a política, que, por sua vez, também conforma o Direito.

Além da ciência política, o Direito também se diferencia de outra ciência da realidade, a Sociologia, justamente porque o Direito é a ciência do dever-ser. Em que pese a ciência jurídica se relacionar com as ciências da realidade (a exemplo das mencionadas ciências política e sociológica), delas se diferencia, por representar um ideal de comportamento humano.

A autonomia da ciência jurídica restou ainda mais clara a partir da obra de Kelsen (2013), denominada “Teoria Pura do Direito”, na qual o autor busca separar a análise do Direito da influência de outras ciências (direito positivo) e, inclusive, da justiça e da moral. Daí a justificativa do nome da obra: analisar o Direito em sua pureza, livre de elementos estranhos. Nessa teoria, o Direito é analisado como ele é (direito positivo), e não como se desejaria que ele fosse (política do direito). O fundamento de validade de uma norma estaria em sua compatibilidade com a norma imediatamente superior, em uma relação lógica e escalonada.

Para Kelsen, a Teoria Pura do Direito apresenta o Direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto. Em suas palavras:

Justamente por sua tendência anti-ideológica é que a Teoria Pura do Direito se manifesta como verdadeira ciência do direito. A ciência tem o conhecimento como aspiração imanente, qual seja, revelar seu objeto. A ideologia, porém, encobre a verdade, com a intenção de preservá-la, de defendê-la, transfigurá-la, ou, na intenção de agredi-la, de destruí-la, substituí-la através de outra, desfigurando-a. (KELSEN, 2013, p. 81-82)

Mantendo a coerência com a sua teoria pura, o próprio Kelsen (2013, p. 68) tece críticas ao cultor do direito que busca conhecimentos em outras ciências para tentar compreender e solucionar os fenômenos jurídicos. Em sua visão, “com isso, naturalmente, a verdadeira ciência do direito se perde”.

O fato de o Direito ser considerado uma ciência autônoma não significa, em absoluto, que não sofra a influência de outras ciências. As ciências não formam ilhas isoladas, imunes de contato entre si. Cada ciência forma um subsistema componente de um sistema maior, na conhecida teoria dos sistemas de Luhmann (2016). Na lição de Luhmann, o liame entre os diferentes sistemas ocorre por meio do chamado acoplamento estrutural. Nesse sentido, por exemplo, a Constituição seria um acoplamento estrutural entre o Direito e a política, ou seja, uma interpenetração entre subsistemas diferentes, que seriam partes integrantes de um sistema maior – o sistema social.

Para Nobre (2009), o isolamento do Direito em relação às outras disciplinas das ciências humanas se deve a dois elementos principais: (1) ao fato

de o Direito ser, no Brasil, a disciplina universitária mais antiga, bem como a mais diretamente identificada com o exercício do poder político, em especial no século XIX, o que fez com que a ciência jurídica assumisse a posição de “ciência rainha”, indicando um foco nos demais ramos do conhecimento humano somente naquilo em que interessava para o exame jurídico das questões em debate; e (2) ao modelo universitário de implantação dos cursos de Direito no Brasil, que não prezava por um rigor científico, com falta de independência em relação à política e à moral – nas palavras do autor, características “antibacharelescas” (NOBRE, 2009, p. 5) –, o que levava alguns estudantes a buscar formação acadêmica adequada no exterior.

Segundo o autor, esses dois fatores mencionados acabaram por isolar a ciência jurídica das demais ciências humanas, em um entrincheiramento mútuo, o que causa perdas para os dois lados. Porém, continua o autor, as perdas não foram de igual magnitude para ambos, tendo a ciência jurídica um prejuízo acentuado em razão do seu isolamento, já que o Direito não acompanhou integralmente os avanços da pesquisa acadêmica no Brasil nos últimos 50 anos.

Prossegue Nobre (2009, p. 15) explicitando que, em sua visão, “a decidibilidade seria a marca distintiva da ciência do direito quando comparada a outras disciplinas das ciências humanas”, cabendo lembrar que a decidibilidade não é uma solução em si, mas sim um problema (como decidir), uma questão aberta (e não fechada) com todas as suas aporias, a exemplo da justiça, certeza, utilidade, eficiência, legalidade, legitimidade, entre outras. A decidibilidade, aliada à sua função social, é que daria contorno de especificidade à ciência jurídica, podendo diferenciá-la das demais ciências humanas.

Não apenas as demais ciências, mas também os aspectos da realidade social influenciam e condicionam a ciência jurídica. Há um “condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social” (HESSE, 1991, p. 13)

O Direito não pode ser visto, portanto, apartado da realidade na qual está inserido, e é justamente esta a proposta do presente estudo. Em especial, pretende-se analisar a influência que a ciência econômica e a realidade de escassez de recursos podem causar na ciência jurídica.

Para explicar essa relação específica entre o Direito e a Economia, cabe esclarecer que, pelo chamado materialismo histórico, a estrutura econômica condicionaria a estrutura do Direito, em um movimento de caráter ideológico. Segundo o pensamento marxista, a produção material (econômica) é que modela a sociedade, determinando as formas da arte, da moral ou do Direito, em função da vontade da classe detentora dos meios de produção. Isto é: quem detém as forças econômicas é que influenciaria o Estado e o Direito, para fazer valer a sua vontade e ideologia (REALE, 2002b, p. 21). Essa forma de pensar é criticada porque pressupõe que a Economia seja anterior ao Direito (quando se sabe que o Direito sempre está presente em qualquer contexto social), além de ignorar que o Direito também influencia a Economia, não sendo apenas uma roupagem ideológica desta última.

Em contraposição ao materialismo histórico, surge o movimento denominado idealismo. Por meio deste, são as ideias e pensamentos que modelam e transformam a sociedade. O idealismo não buscava compreender apenas o que existe, mas também o que viria a existir, em um processo de constante evolução do pensamento. Por não se basear na matéria, era criticado justamente por estar longe da experiência humana.

Enquanto a doutrina materialista se desenvolveu mais ligada à ciência (matéria), o idealismo se desenvolveu mais próximo da religião (espírito). Conforme sintetizado por Kelsen (2013, p. 77), “a ciência do direito é a ciência espiritual, e não a ciência natural”, no sentido de não ser uma ciência dos fatos.

A interação entre o Direito e a Economia também já foi objeto de estudo de Reale (2002b). Para o mencionado autor, o Direito sofre a influência de fatores econômicos, mas também de outros elementos de natureza religiosa, ética, demográfica, geográfica, entre outros. Ao ter contato com esses elementos, o Direito converte-os em algo com valor jurídico, para dar-lhes condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais. A análise da ciência jurídica por meio do olhar da ciência econômica acabou por receber a denominação de “análise econômica do Direito”.

Segundo Luhmann (2016, p. 29-30), a análise econômica do Direito “proporciona um cálculo de utilidade que é racional em um sentido muito

específico e, ao mesmo tempo, de fácil aplicação”, possibilitando a justificativa de decisões legais como um “modo de assunção de riscos”. Para o autor, a análise econômica do Direito “pode dar conta da sociedade apenas como sistema geral de um equilíbrio de vantagens, ainda que esse equilíbrio tenha sido alcançado por via indireta”.

A análise econômica do Direito possui diferentes vertentes, sendo que a ideia de aplicar conceitos econômicos para melhor compreender o Direito é muito antiga, sendo difundida especialmente nas décadas de 1960 e 1970 pela Escola de Chicago (JAKOBI; RIBEIRO, 2014, p. 5)<sup>8</sup>.

Em verdade, a inter-relação entre Direito e Economia existe desde o fim do século XVIII, com a autonomia científica da Economia (evidentemente, não com a nomenclatura de análise econômica do Direito). Essa expressão surge apenas nas décadas de 1960 a 1970, com a renovação dos estudos da influência entre Economia e Direito. Portanto, a análise econômica do Direito é um novo rótulo para o estudo de uma relação que já existia entre duas ciências.

A literatura produzida pela análise econômica do Direito foi iniciada pelos economistas. Depois, os juristas encamparam o estudo, sendo que encontraram em Richard Posner, juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos, um dos maiores expoentes da teoria, a partir da publicação em 1973 da obra *Economic Analysis of Law* (POSNER, 1973). Nela, Posner apresenta o conceito de maximização da riqueza como forma de orientar a decisão judicial (análise de custo-benefício, não apenas em seu aspecto financeiro).

No Brasil, a análise econômica do Direito se inicia a partir da publicação de algumas obras literárias, como a obra *Direito Econômico*, de Modesto Carvalhosa no ano de 1973, e dos diálogos entre as faculdades de Economia e de Direito da Universidade de São Paulo, que deram origem à obra *Direito e Economia* (JAKOBI; RIBEIRO, 2014, p. 18).

A aceitação da análise econômica do Direito ocorreu com maior facilidade nos países da *common law* em relação aos países da *civil law*, em que pese

---

<sup>8</sup> Para Sayeg e Balera (2011, p. 162), “basicamente, a análise econômico-jurídica da Escola de Chicago prega que o direito, com neutralidade em face das externalidades negativas, deve convergir conforme a racionalidade econômica monetarista e utilitarista, definindo a propriedade e reduzindo os custos de transação”.

haver, cada vez mais, uma proximidade entre as duas escolas. Segundo aponta parcela da doutrina, a dificuldade da aceitação da análise econômica do Direito nos países da *civil law* se deu por conta da tradição e do peso da filosofia kantiana, “que nega a possibilidade de os indivíduos autônomos (pessoas) serem considerados numa relação utilitarista” (SERAU JÚNIOR, 2012, p 52)<sup>9</sup>.

Para outra parcela da doutrina, os países da *civil law* apresentam crescimento econômico mais modesto, aparato regulatório mais intenso, direitos de propriedade mais fracos e desempenho pior em quesitos como corrupção, liberdade política e eficiência governamental, enquanto os países da *common law* possuem maiores proteções legais a investidores externos, fomentando o ingresso de recursos no país. Aliado a isso, os países da *civil law* favorecem o intervencionismo estatal na propriedade e na economia, motivo pelo qual seria associado a maiores índices de corrupção, informalidade e desemprego (FUX; BODART, 2019, p. 155).

Sayeg e Balera (2011) também entendem que a análise econômica do Direito encontrou um cenário mais favorável nos países centrais do capitalismo:

[...] a análise econômica do direito é instrumentalizável apenas nos países centrais do capitalismo, especialmente nos Estados Unidos da América – e mesmo assim com reservas quanto à cultura, à conjuntura e à estrutura econômica, tendo mesmo esses países sido obrigados a flexibilizá-la diante da crise financeira global de 2008. (SAYEG; BALERA, 2011, p. 164)

A análise econômica do Direito pretende estudar a utilização e distribuição dos recursos sociais, tidos como escassos, de acordo com três pilares: racionalidade (consciência das escolhas), equilíbrio (sopesamento de custos e benefícios) e eficiência (maximizar as utilidades) (SERAU JUNIOR, 2012, p. 52). Com isso, o sistema jurídico tenderia à eficiência, com uma maximização das preferências e utilidades, sem que isso se confunda com um utilitarismo puro.

Não cabe, portanto, interpretar a análise econômica do Direito tão somente por um viés utilitarista, o que levaria, inclusive, à prescindibilidade da

---

<sup>9</sup> O utilitarismo será melhor explicitado nos tópicos seguintes. Em que pese isso, convém esclarecer que, a grosso modo, a relação utilitarista busca a maximização da felicidade, ou seja, o bem maior para o maior número de pessoas.

teoria: de nada serviria uma nova nomenclatura (análise econômica do Direito) para a simples reprodução de uma antiga concepção de justiça (utilitarista). Na visão exposta no presente trabalho, a análise econômica do Direito não deve ser tomada em uma concepção puramente de maximização das utilidades, mas sim conjugada com os direitos humanos, analisando-se e sopesando as preferências no caso concreto. A análise econômica do Direito não é somente a maximização de utilidades, mas é também isso. Acredita-se que dessa maneira haja a perfeita harmonização entre a ciência jurídica e a análise econômica do Direito.

Como se observa, analisar a ciência jurídica sob um viés econômico é metodologia relativamente recente na História, estando em constante aprimoramento, modificação e reencontro de seus alicerces. Ainda, é de se afirmar que a análise econômica do Direito não tem o condão de retirar a autonomia da ciência jurídica, a qual resta preservada. O fato de uma ciência ser autônoma não significa, por outro lado, que ela é imune à influência de outras ciências também autônomas. Sofrer influência de outras ciências, porém, não significa perder a sua autonomia, como se uma ciência passasse a ser incorporada ou subjugada por outra.

Portanto, via de regra, analisar o Direito a partir de uma perspectiva econômica significa reconhecer que as necessidades humanas são infinitas, enquanto os recursos são limitados. Dentro deste cenário, as decisões devem ser tomadas de modo a permitir a melhor relação de custo-benefício, ou seja, a maximização dos benefícios com o menor custo possível.

Essa relação de custo-benefício não ocorre, evidentemente, analisando-se tão somente o seu aspecto econômico. Este é apenas um dos pontos a se analisar. Em se tratando da ciência jurídica, outras características devem ser levadas em conta, como a maximização do bem-estar da sociedade (maximização existencial). Assim, se uma nova norma jurídica foi introduzida no ordenamento, maximizando o bem-estar da sociedade mediante um baixo custo social, ela terá sido eficiente para os fins a que se propõe. Uma política pública poderá ser considerada eficiente caso seja maximizadora da riqueza do Estado, com um bom uso de recursos públicos e capacidade de prover bem-estar à população.

A aferição da eficiência de uma política pública pode ser realizada por meio da análise do montante de recursos financeiros empregados, do quantitativo de indivíduos beneficiados e do atingimento dos fins sociais a que esta política pública se propôs.

A eficiência é um ideal a ser buscado pela economia. No âmbito jurídico, a eficiência é conceito positivado desde o Decreto-Lei nº 200/1967 (BRASIL, 1967), que dispõe sobre a organização da Administração Federal, asseverando a necessidade de uma eficiência administrativa.

A Constituição Federal também trouxe o conceito de eficiência, positivado em seu artigo 37 por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, que significa a prestação de um serviço público com a melhor relação de custo-benefício, com economicidade e eliminação de desperdícios. É a busca pela qualidade na persecução do bem comum, com otimização de recursos públicos, em conceito reproduzido também na Lei Federal nº 9.784/99 (BRASIL, 1999a), que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal).

Ao tratar do tema, Posner (2019) esclarece:

Esse termo (maximização da riqueza) pode, facilmente, ser entendido de modo equivocado, como um simples critério financeiro, o que significaria que qualquer coisa que produzisse um aumento de sua receita pecuniária maximizaria a riqueza e que, portanto, seria boa. Na verdade, porém, a essência dessa abordagem está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente; e que sejam pecuniarizados – apenas para possibilitar uma comparação entre eles traduzindo-os numa unidade comum, o dinheiro. (POSNER, 2019, p. 14)

Em verdade, a questão das decisões alocativas em um cenário de escassez não é matéria exclusiva da análise econômica do Direito. Representa, sim, questão central a todo o Estado Democrático. A democracia pressupõe uma série de tomada de decisões que poderão favorecer ou prejudicar determinados grupos sociais, estando sujeitas a críticas e debates.

Devem ser levadas em consideração, portanto, as consequências extrajurídicas (incluindo aí as consequências econômicas) das decisões e

normas jurídicas. Especificamente sobre a interação entre Direito e Economia, também devem ser levadas em consideração as consequências jurídicas de fenômenos econômicos.

Portanto, a ciência jurídica, apesar de gozar do caráter da autonomia e da cientificidade, está em permanente contato com outras ciências, sofrendo influência ao mesmo tempo em que sugere modificações em outros campos do conhecimento humano, em um movimento recíproco.

### **1.3 Teorias da justiça**

No presente capítulo, serão estudadas as teorias da justiça, exatamente pelo fato de que um dos objetivos do Estado é a pacificação social, pela promoção da justiça em suas variadas formas.

A justiça é um fim social, à semelhança da igualdade, da liberdade, da democracia ou do bem-estar. Porém, não é apenas um fim social: a justiça é, também, um conceito normativo. Assim, o conceito de justiça pode ser lido tanto por um viés moral ou legal (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 660).

Para Platão (2000), a justiça consiste em fazer o bem, nunca o mal, ainda que em relação aos inimigos. Platão não reduz o significado de justiça à ideia de ser sincero ou de devolver o que se tomou. Para ele, justiça é uma virtude especificamente humana, significando não fazer o mal a ninguém e em nenhuma ocasião, extraindo-se daí um conceito não relativizável de justiça, que não significaria, para ele, o atendimento do interesse do mais forte. O ser humano justo seria aquele bom e sábio, enquanto o injusto seria o indivíduo mau e ignorante, denotando-se que a justiça se relaciona à sabedoria e à virtude. A justiça possibilita a harmonia e amizade entre as pessoas, enquanto a injustiça faz nascer entre elas dissensões, brigas e ódios. Para Platão, a justiça representa a harmonia entre três virtudes fundamentais: a temperança, a coragem e a sabedoria.

Platão (2000, p. 60), além de tecer considerações sobre a justiça para o indivíduo singularmente considerado, ainda faz referências sobre o que seria uma pólis justa, que, segundo ele, seria aquela na qual cada indivíduo bem

exerce a sua função, ou seja, cada pessoa exerce seu lugar na pólis conforme a sua aptidão, devendo bem executar o seu mister segundo a sua natureza. Isso porque uma pólis justa somente seria possível caso as atribuições fossem bem executadas por todos.

Para Aristóteles (1991, p. 98), justiça é a maior das virtudes, enquanto a injustiça seria o vício em sua inteireza. Para ele, a justiça é uma questão de recompensa ou honra da virtude ou mérito moral, envolvendo o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum. As distribuições dos bens deveriam ser feitas “de acordo com o mérito” e respeitando a igualdade: pessoas iguais devem receber partes iguais e pessoas desiguais, partes desiguais. Aristóteles diferencia, ainda, essa justiça distributiva (distribuição de bens entre os indivíduos) da justiça reparadora (ou corretiva), que ocorre quando o juiz busca reparar por meio da pena um dano causado a outrem. A justiça para Aristóteles representa a união de todas as virtudes.

Já Agostinho de Hipona (1994, p. 275) identifica a justiça como sendo a bondade alcançável pela alma. Para ele, no ser humano, somente a alma é justa. Em suas palavras, “é justa a alma que segundo os ditames da ciência e da razão dá a cada um o que a cada um pertence, na vida e nos costumes”, distribuindo a cada um o seu, não devendo nada a ninguém. Para ele, a justiça se realiza primeiramente no interior dos indivíduos (alma), seguindo os ensinamentos divinos, para depois se constituir em uma virtude social externa (corpo). Há, em sua concepção, uma ideia de equilíbrio entre o interior e o exterior dos seres humanos. Para ele, por meio de ato de vontade, os indivíduos promovem o bem ou o mal: caso direcionem essa vontade para a busca da perfeição divina, serão bons; caso se afastem dos ensinamentos de Deus, serão maus. A justiça divina seria eterna, absoluta e imutável, ao passo que a justiça humana seria temporal e mutável. O ser humano pode tornar-se justo ao seguir a Deus, resistindo ao mal por meio do amor.

Já para os utilitaristas, a multiplicação da felicidade é o objeto da virtude (MILL, 2007, p. 16)<sup>10</sup>, ou seja, deve haver um bem para o maior número de

---

<sup>10</sup> No original: “the multiplication of happiness is, according to the utilitarian ethics, the object of virtue [...]” (MILL, 2007, p. 16).

pessoas (saldo do prazer sobre a dor, da felicidade sobre o sofrimento). Deve, pois, ser maximizado o nível geral de felicidade.

Um dos maiores expoentes da teoria utilitarista é Jeremy Bentham (2011, p. 378), para quem a felicidade deveria ser proporcionada ao maior número de pessoas possível. Em sua visão, este seria o papel do legislador: maximizar a felicidade.

Outro expoente do utilitarismo é John Stuart Mill (2007), que tentou reformular a doutrina utilitarista para um formato mais humano e menos calculista. Mill admite que o respeito à liberdade individual levará à máxima felicidade humana, sendo que o utilitarismo deve ser encarado em seu sentido mais amplo (não caso a caso), baseado nos interesses permanentes do ser humano como um ser em evolução. Mill, diferentemente de Bentham, admite a possibilidade de um utilitário distinguir prazeres elevados de prazeres não tão elevados. Em larga escala, isso formaria o prazer mais elevado, da maioria. Em suas palavras: “a justiça continua sendo o nome apropriado para certas utilidades sociais que são muito mais importantes e, portanto, mais absolutas e imperativas do que quaisquer outras como classe” (MILL, 2007, p. 55, tradução livre)<sup>11</sup>.

As críticas tecidas em face da teoria utilitarista alegam que essa doutrina preocupa-se mais com a coletividade do que com os direitos individuais das minorias. Além disso, não seria possível traduzir todos os valores/utilidades em uma única medida de valor e não haveria garantia de que as pessoas iriam escolher os prazeres mais elevados para formar o prazer da maioria. Por fim, o próprio Mill (2007) reconhece que, por vezes, o utilitarismo torna os indivíduos frios e antipáticos<sup>12</sup>.

Existe ainda a concepção de justiça denominada libertarismo. Para seus adeptos, a liberdade consiste em um valor fundamental. O indivíduo pode viver da maneira como almejar, desde que respeite o direito de outrem. O indivíduo

---

<sup>11</sup> No original: “Justice remains the appropriate name for certain social utilities that are vastly more important, and therefore more absolute and imperative, than any others are as a class” (MILL, 2007, p. 55).

<sup>12</sup> Tradução livre. No original: “It is often affirmed that utilitarianism renders men cold and unsympathizing [...]” (MILL, 2007, p. 17).

pode, inclusive, dispor dos seus direitos, pois estes lhes pertencem, não sendo inalienáveis. O Estado deveria ser mínimo, sem legislação paternalista, moralista ou tributação que pretenda redistribuir renda. A riqueza seria justa na ótica do libertarismo se (1) houvesse justiça em sua aquisição inicial e (2) se a distribuição de renda se desse por obra do livre consentimento. Para o libertário, o indivíduo é senhor dele mesmo (SANDEL, 2013).

A crítica à teoria libertarista se refere ao fato de ela aceitar excessivamente as preferências dos indivíduos, quaisquer que sejam, sem diferenciação qualitativa entre elas.

Cabe ainda mencionar a concepção de justiça para Immanuel Kant (2013a), para quem toda pessoa possui dignidade. O indivíduo é um ser capaz de raciocinar, agir e escolher livremente (isto é, de maneira autônoma) suas próprias regras, a partir das quais baseará seus comportamentos ao longo da vida. Em suas palavras, “é justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais” (KANT, 2013a, p. 49).

Observa-se que Kant utiliza uma máxima da lei universal: para saber se uma conduta é ou não justa pelo pensamento kantiano, basta imaginar aquela conduta sendo tomada como uma lei universal, ou seja, ao universalizar uma conduta, pode-se chegar ao conhecimento sobre sua justeza. Ademais, tendo em vista que, para Kant, todas as pessoas são dotadas de dignidade, ele adota uma concepção de justiça igualitária, calcada na liberdade do indivíduo.

Deve ser mencionada ainda a teoria da justiça para John Rawls (2000). Para ele, as escolhas sobre um modelo justo de sociedade deveriam ser tomadas sob um véu da ignorância: imagine-se a tomada inicial de decisões acerca da formação de uma sociedade sem que cada indivíduo soubesse qual posição social ocuparia. Os indivíduos deveriam decidir entre várias alternativas apenas baseados em considerações gerais, ou seja, sem considerações de ordem particular. Ninguém conheceria, de antemão, sua posição de classe ou *status* social, a sua própria concepção do bem, sua psicologia ou aversão a risco, nem sua posição econômica. As pessoas escolheriam uma dada concepção de justiça baseada em uma posição original da sociedade. Para Rawls (2000, p.

151), a noção de véu da ignorância estaria implícita na ética kantiana, tendo sido ignorada pelas teorias contratualistas. Em sua visão, nessa situação, os indivíduos não optariam nem pelo utilitarismo, pois poderiam vir a fazer parte de alguma minoria social, nem optariam pelo libertarismo, pois poderiam necessitar de algum auxílio assistencial do Estado.

Assim, no entendimento de Rawls (2000, p. 162), dois princípios de justiça seriam escolhidos pelos indivíduos ao formarem uma sociedade: (1) as liberdades básicas para todas as pessoas (ao contrário do utilitarismo) e (2) uma certa equidade social e econômica (ao contrário do libertarismo), com alguma especificidade: desigualdades sociais e econômicas somente seriam permitidas caso visassem ao benefício dos membros menos favorecidos da sociedade. É a concepção de justiça como equidade de Rawls que, em última análise, fundamenta até mesmo a ideia de um mínimo existencial, ainda que não de maneira expressa, tema que será tratado em capítulo próprio neste estudo (GONÇALVES, I. D., 2011, p. 200).

O próprio autor elenca uma crítica à sua teoria: a de que ela está demasiadamente distante da realidade, uma vez que os seres humanos teriam de fazer escolha em um cenário totalmente hipotético (2000, p. 155). Ademais, outras críticas ainda podem ser levantadas: (1) não há qualquer garantia de que os indivíduos submetidos ao véu da ignorância fossem realmente optar pelos dois princípios da justiça elencados por Rawls; e (2) mesmo que as pessoas realmente escolhessem os dois princípios acima explicitados, nada garante que esse consentimento coletivo seja suficiente para que todos os indivíduos considerem este modelo social justo.

Já para Chaim Perelman (1996, p. 9-14), é ilusório querer tentar sistematizar todos os sentidos possíveis de justiça. No entanto, alguns exemplos podem ser fornecidos sobre a concepção de justiça: (1) a cada qual a mesma coisa; (2) a cada qual segundo seus méritos; (3) a cada qual segundo suas obras; (4) a cada qual segundo suas necessidades; (5) a cada qual segundo sua posição; (6) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. Cada uma dessas concepções possui numerosas variantes, sendo que todas possuem um traço em comum: a tentativa de estabelecer uma certa igualdade de tratamento entre

os indivíduos. Perelman (1996, p. 253) parte da explicação da justiça formal positivista (tratar todos os indivíduos que estão em uma categoria da mesma maneira, sem qualquer análise argumentativa ou axiológica) para propor uma concepção de justiça a partir da argumentação, uma nova retórica, que traga o convencimento das pessoas (auditório) a partir da categoria do razoável. A razoabilidade é o elemento que traria relatividade à concepção da justiça em Perelman, porque o que é considerado razoável em uma sociedade, em dada época, pode não sê-lo por outra sociedade ou outra época.

Cabe ainda explicitar o conceito de justiça inferido em debate travado entre Michel Foucault e Noam Chomsky. Nas palavras de Foucault:

Parece-me que a ideia de justiça em si é uma ideia que, na verdade, foi inventada e posta em circulação em diferentes tipos de sociedade como um instrumento de determinado poder político e econômico ou como uma arma contra esse poder. Seja como for, parece-me que a própria noção de justiça funciona no interior de uma sociedade de classes como uma reivindicação feita pela classe oprimida e como uma justificativa para isso. (FOUCAULT; CHOMSKY, 2014, p. 69)

Conforme se denota da leitura, Foucault adota um conceito de justiça como um sistema de luta de classes sociais. Em face dessa noção de justiça, seguiu-se o argumento contrário de Chomsky:

Creio que é muito precipitado caracterizar os sistemas de justiça existentes como meramente sistemas de opressão de classe; não penso que eles representem isso. Penso que eles contêm sistemas de opressão de classe e elementos de outros tipos de opressão, mas eles também contêm uma espécie de movimento que tateia na direção de conceitos de justiça, de decência, de amor e de bondade verdadeiros, humanamente possíveis e valiosos que eu acredito que são reais. (FOUCAULT; CHOMSKY, 2014, p. 70)

Existem ainda os neopositivistas ou neoempiristas, para quem a justiça seria uma aspiração emocional, suscetível de inclinar os indivíduos segundo diversas direções, em função de contingências humanas de tempo e lugar. Porém, para seus adeptos, do ponto de vista científico, a justiça é um pseudoproblema (não tem base em dados verificáveis), sendo considerada mais

uma exigência de ordem prática e de natureza afetiva ou ideológica (REALE, 2002b, p. 374).

Antes mesmo dos neopositivistas, Kelsen (2013) também identificou a justiça como um problema de ordem prática, pois, no plano da ciência jurídica, o fundamento de validade de uma norma é a sua compatibilização com a norma imediatamente superior, em uma relação escalonada. Em suas palavras: “Justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento. A este só se oferece o direito positivo, ou melhor, encarrega-se dele” (KELSEN, 2013, p. 80). É um conceito formal de justiça, sem aspirações axiológicas. Conforme se verá no decorrer deste trabalho, esta não é a posição adotada no presente estudo, igualmente não sendo a noção de justiça albergada pela Constituição Federal brasileira.

Para Reale (2002b, p. 375), a justiça é a condição primeira de todos os valores humanos, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica. Ela existe para que todos os valores existam. Evidentemente, não é uma realidade acabada, mas sim uma intenção vinculada às raízes humanas do dever ser. É a harmonia entre as experiências axiológicas plurais, distintas e complementares dos seres humanos.

Ainda na visão de Reale (2002b, p. 376), a justiça possui, simultaneamente, uma visão subjetiva e objetiva, pois envolve uma dialeticidade entre o ser humano e a ordem justa que ele instaura, sendo que essa ordem nada mais é do que uma projeção do ser humano, que é o valor-fonte de todos os valores existentes.

É de se notar, pois, que variados autores expõem diferentes conceitos de justiça, na tentativa de explicar o que seria um comportamento humano considerado justo. Porém, a mutabilidade conceitual da justiça não se resume apenas às variadas posições ideológicas e filosóficas de cada autor.

A noção de justiça, a exemplo do que é afirmado com a definição de Estado, também sofre variação de acordo com o tempo e o espaço na qual tal noção está situada, mesmo porque é estritamente relacionada com os valores

sociais de uma população em um certo território e em uma dada época. Não é, pois, algo estático e imutável.

Como salientado por Galdino (2005):

[...] o cerne das modernas teorias da justiça é precisamente o estudo da distribuição de bens e recursos entre os homens – alterando-se drasticamente o prisma clássico da filosofia moral e política, da justiça individual para a justiça na comunidade. (GALDINO, 2005, p. 156)

Portanto, pode-se inferir que, modernamente, há quem sustente um deslocamento no objeto do estudo da justiça, do indivíduo isoladamente considerado para a justiça coletiva.

A Constituição Federal brasileira de 1988 também elenca a sua noção de justiça. Logo em seu preâmbulo, a justiça é descrita como um valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O artigo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 3) estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III).

Como visto anteriormente no tópico atinente ao (neo)constitucionalismo, tais dispositivos não são apenas meras declarações despidas de obrigatoriedade normativa, mas sim verdadeiras normas jurídicas dotadas de força cogente e fundante, constituindo um objetivo da sociedade brasileira com caráter impositivo.

A menção feita pela Constituição Federal objetivando a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, CF) é de suma importância para o presente estudo: além de ser indicativo da opção por um modelo de justiça social e distributiva, tal objetivo somente será concretizado com uma maior igualdade material entre os indivíduos, conquistada justamente por meio da efetivação dos direitos sociais. Essa opção pela justiça social é corroborada pela Constituição Federal em seu art. 170, *caput*, que estabelece expressamente que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim

assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Há ainda outros artigos que reforçam essa opção pela justiça social, a exemplo do próprio artigo 6º da Constituição Federal, que elenca um rol de direitos sociais<sup>13</sup>.

A concepção de justiça social adotada pela Constituição Federal brasileira demonstra que todos devem “dispor dos meios materiais para viver com certo conforto, gozando segurança física, espiritual, econômica e política” (BULOS, 2007, p. 1.260). A justiça social busca, assim, uma maior igualdade material entre os indivíduos, com a incidência também da justiça distributiva, mediante a “distribuição equitativa e apropriada de bens e oportunidades, segundo o parâmetro da necessidade social” (GONÇALVES, I. D., 2011, p. 198).

Semelhante entendimento é exposto por Figueiredo (2015), ao explicar que a justiça social:

Traduz-se na efetivação de medidas jurídicas e adoção de políticas que garantam a todos o acesso indiscriminado aos bens imprescindíveis à satisfação de suas necessidades fundamentais. Baseia-se na justiça distributiva, na qual há repartição de bens e encargos entre todos os membros da sociedade, promovida pelo Poder Público, garantindo-se uma igualdade proporcional entre os mais e os menos favorecidos, em contraposição com a justiça comutativa. (FIGUEIREDO, 2015, p. 84)

A justiça social permeia não apenas a atuação do Estado, mas também as relações sociais. Em relação à atuação estatal, a justiça social instiga a formulação de políticas públicas garantidoras e/ou redistributivistas, a exemplo das políticas previdenciárias e assistencialistas. Já as relações sociais são permeadas pela justiça social ao atenuar o individualismo exacerbado que prevaleceu no liberalismo originário, a exemplo do que ocorre com a intervenção nos contratos privados, em especial, no contrato de emprego, regulando a distribuição de renda e de poder (DELGADO; PORTO, 2018, p. 25).

---

<sup>13</sup> Art. 6º, CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Deve ser mencionada ainda a disposição acerca da ordem social contida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 193, adiante exposto:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020). (BRASIL, 1998, art. 193)

A ordem social, lastreada no trabalho, objetiva alcançar o bem-estar social, sendo que um dos instrumentos de sua efetivação é a organização da seguridade social, com suas subáreas da previdência, assistência social e saúde.

O dispositivo constitucional acima descrito é um reforço à mensagem descrita no artigo 170 da Constituição Federal brasileira<sup>14</sup>. Dessa maneira, tanto a ordem econômica quanto a ordem social têm por lastro o trabalho humano, sendo conformadas pela justiça social. Há, pois, uma harmonização e compatibilização entre as ordens econômica e social, de modo que uma não se divorcie dos preceitos elencados pela outra. Um dos exemplos da conciliação entre as ordens econômica e social se encontra na previdência social, área na qual contingências são previamente selecionadas pelo legislador (como morte, invalidez, idade avançada, entre outras) para possibilitar uma proteção social em momento de necessidade do indivíduo. É de se observar que a Constituição Federal garante a proteção social aos beneficiários da previdência social; porém, nem todas as contingências sociais existentes são abarcadas pelo sistema

---

<sup>14</sup> Art. 170, CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII- redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

previdenciário, sendo nítida a conciliação entre a ordem social e a ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988 teve o nítido intuito de adotar o capitalismo como modelo socioeconômico. Nesse sentido, a propriedade privada foi reconhecida como direito fundamental (art. 5º, XXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, II), além do reconhecimento da livre-iniciativa como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*).

Mas esse modelo econômico capitalista não é absolutamente livre: ele é conformado constitucionalmente pela justiça social, revelando, em verdade, que a livre-iniciativa surge como um tipo de liberdade-função, tendo como lastro a valorização social do trabalho e por objetivo propiciar dignidade a todos (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 115).

Tanto a ordem social quanto a ordem econômica dependem, para a sua execução, de um planejamento estatal, ou seja, um método de atuação para a racionalização prévia de suas ações, mesmo porque os recursos são finitos. Esse planejamento será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, CF).

Assim, a efetivação dos direitos sociais e de outras necessidades dos indivíduos por meio das políticas públicas esbarra na finitude dos recursos disponíveis, gerando uma assimetria entre os recursos e os gastos, que impõe a tomada de uma decisão alocativa, de caráter essencialmente político. Essa problemática será mais bem explicitada no decorrer do estudo; porém, desde já cabe ressaltar que a opção constitucional pela maior igualdade material entre os indivíduos com a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais é objetivo elencado expressamente pelo constituinte para a construção de uma sociedade justa, fraterna e pluralista. Este é um forte indicativo de que, em não havendo recursos suficientes ao atendimento das necessidades de todas as pessoas, a primazia deveria ser o atendimento das pessoas carentes, ou seja, que não possuem outro modo de satisfação de suas necessidades a não ser por intermédio do Poder Público.

## 2. OS DIREITOS HUMANOS

### 2.1 Historicidade dos direitos humanos

É relevante entender a história dos direitos humanos, até mesmo para compreender a formatação moderna do Estado. Compreender o passado da sociedade auxilia a compreensão do momento atual, além de ajudar na projeção dos passos futuros.

Uma das características dos direitos humanos é o seu caráter histórico, isto é, eles não surgem repentinamente, sem qualquer lastro, mas sim após um longo processo de desenvolvimento histórico-social, com avanços e retrocessos. A depender do direito que se está a falar, seu reconhecimento jurídico pode ter demandado séculos de lutas sociais para se atingir o atual patamar de proteção.

Inicialmente, convém esclarecer que os direitos humanos não são propriamente criados pelos documentos jurídicos internacionais, mas sim reconhecidos expressamente por eles. Destarte, consistiria uma imprecisão técnica se afirmar que o direito X foi criado pelo documento Y; houve, em verdade, o seu reconhecimento jurídico formal. Igualmente, não há que se falar em direitos humanos criados do dia para a noite, mesmo porque eles demandam um longo processo histórico de surgimento e posterior reconhecimento. Conforme ensina Barros (2012, p. 40), “a positivação jurídica os otimiza. Pode ser condição de eficiência. Mas não é causa de existência. A causa de existência dos direitos humanos é a própria história da humanidade”. Nabais (2002, p. 16), apesar de estar se referindo aos direitos fundamentais, expõe entendimento válido que complementa o aqui exposto ao afirmar que “os direitos, a bem dizer, não são objecto de criação pelo legislador constituinte como os deveres, mas apenas objecto do seu reconhecimento”.

Semelhante posição é adotada por Sayeg e Balera (2011, p. 47), ao explicitarem que “os direitos humanos não necessitam nem pressupõem positivação, uma providência dispensável, mero reforço formal”.

Bobbio (2004, p. 31) partilha o mesmo entendimento, *in verbis*: “também os direitos dos homens são direitos históricos, que emergem gradualmente das

lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.”

Esse desenvolvimento histórico não é, portanto, linear, sem percalços. Ao contrário: a construção do reconhecimento legislativo dos direitos humanos, tal como ocorre hodiernamente, enfrentou e enfrentará diversos retrocessos, que exigirão luta e fiscalização constantes para a afirmação e efetivação dos direitos humanos. A título de exemplo, pode-se mencionar que o direito à liberdade, em sua configuração atual, é fruto de avanços e retrocessos seculares, entre idas e vindas de sociedades escravagistas.

É cediço que, historicamente, os direitos humanos surgiram como forma de se limitar o abuso do poder estatal. Especialmente até o fim do Absolutismo, a grande maioria dos modelos de Estado vigentes sequer reconhecia direitos dos indivíduos enquanto pessoas, e os poucos Estados que reconheciam certos direitos invariavelmente permitiam a sua redução pela vontade do governante, mesmo porque, naquela época, não havia um verdadeiro controle do poder estatal.

Após a transição dos Estados absolutistas para os denominados Estados de Direito, houve a criação e aperfeiçoamento de algumas medidas a fim de se conter o abuso do poder estatal. Entre elas, pode ser citada a tripartição das funções do poder estatal (em executiva, legislativa e judiciária), o surgimento das constituições dos Estados modernos (documento que está acima da vontade pessoal dos indivíduos), e a inserção da temática dos direitos fundamentais nessas constituições. Também é desta época a difusão das chamadas declarações de direitos, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (DECLARAÇÃO, c2021b).

Os direitos humanos também foram concebidos para limitarem o abuso do poder estatal, formando uma espécie de escudo impenetrável à vontade do Estado. Seu reconhecimento legislativo e efetivação dependem de fiscalização e vigilância constantes por parte da sociedade. Sendo inatos a todos os indivíduos, “os direitos humanos são anteriores e superiores ao Estado e, conseqüentemente, anteriores e superiores a qualquer positivação que a eles se intente” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 585).

Em âmbito internacional, vale a pena iniciar a explanação pela Magna Carta de 1215, na Inglaterra, considerado o primeiro documento do lado ocidental do globo que de alguma maneira limitou o poder estatal, formalizando direitos dos barões ingleses (representantes da nobreza) em detrimento da monarquia. O rei João Sem-Terra era considerado um monarca politicamente frágil pois, em plena época feudal, ele não era proprietário de terras, sendo que este era o principal fator legitimador do poder. Aproveitando-se desse fato, os barões ingleses pressionaram o rei a assinar uma Carta de Direitos, conhecida como Carta Maior de Liberdade ou *Magna Charta Libertatum*, que previu alguns direitos, entre os quais o *habeas corpus*, a anterioridade tributária e o devido processo legal. Ainda que direcionada a uma classe específica de indivíduos (os barões), a Magna Carta de 1215 pode ser classificada como um documento que restringiu o abuso do poder estatal.

Outro fato relevante em âmbito internacional foi a Revolução Gloriosa, ocorrida em 1688, na Inglaterra. A Revolução Gloriosa é a continuidade de um processo conhecido como Revolução Puritana ou Guerra Civil Inglesa. Havia uma divergência religiosa entre a monarquia (católica) e o parlamento inglês (de inclinação puritana), que se aproveitou da disputa de poder para reduzir a influência da monarquia. O *Bill of Rights* de 1689 foi o documento assinado como resultado das revoluções que ocorriam na Inglaterra na época, sacramentando a perda do poder absoluto do rei e elencando direitos e liberdades do povo, apesar de não ter declarado expressamente a igualdade, universalidade ou o caráter natural dos direitos humanos. O *Bill of Rights* previa os direitos que interessavam à burguesia inglesa, com valores liberais e redução dos privilégios do Absolutismo. Nessa época, passou a vigorar uma monarquia constitucional, sendo o rei considerado chefe de Estado e o primeiro-ministro, o chefe de Governo, denotando a ascensão do parlamentarismo inglês.

Em 1776, as 13 colônias inglesas na América se declararam independentes, passando a formar uma confederação e, algum tempo depois, uma federação (Estados Unidos da América). No mesmo ano, surgiu a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos, proclamando os direitos universais de todos os homens (prerrogativas básicas).

Em 1787, foi assinada pela última colônia a Constituição dos Estados Unidos da América que, originalmente, não possuía qualquer declaração de direitos dos indivíduos, os quais foram incluídos posteriormente com as sucessivas emendas. De qualquer maneira, a Constituição americana foi considerada um marco por ter sido a primeira Constituição escrita do lado ocidental do globo.

Em 1789, ocorreu a conhecida Revolução Francesa, representando o marco final do Absolutismo. No mesmo ano, houve a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, sendo considerado um documento marcado pelo caráter de liberdade do indivíduo frente ao Estado. A aludida declaração, “sem mencionar nem uma única vez rei, nobreza ou igreja, declarava que ‘os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem’ são a fundação de todo e qualquer governo” (HUNT, 2009, p. 14). Além disto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão consignou uma promessa de direitos humanos universais, bem como atribuía a soberania à nação (não mais ao monarca), declarando que todos eram iguais perante a lei (igualdade formal). Estabelecia, assim, as liberdades individuais.

Frise-se que a palavra “declaração”, no contexto, guarda carga semântica de soberania e titularidade do poder. As palavras antes utilizadas – como por “carta”, “petição” e “*bill*” – pareciam inadequadas para se garantir os direitos com a mesma ênfase. Isso porque “carta” significava frequentemente um antigo documento ou escritura. Já “petição” e “*bill*” implicavam um pedido ou apelo a um poder superior, enquanto o vocábulo “declaração” tinha um ar menos submisso, pois “o ato de declarar estava ligado à soberania” (HUNT, 2009, p. 114). Declarar pressupõe afirmar direitos que já existiam e eram inquestionáveis, o que implicou em uma modificação da noção de soberania existente até então, na qual era o monarca quem declarava os direitos dos súditos.

Na segunda metade do século XIX começa a surgir uma contraposição ao Estado Liberal e ao capitalismo industrial monopolista. Alguns fatos históricos auxiliaram na transição do liberalismo puro para um Estado Social.

Nesse contexto, convém mencionar o advento da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, documentos já promulgados na vigência do Estado de Direito e que inauguraram a fase do chamado Estado

Social, pois previram originalmente alguns direitos sociais aos indivíduos, em especial, direitos trabalhistas e previdenciários.

Na mesma época (início do século XX), houve a eclosão da Primeira Guerra Mundial, ocorrida de 1914 a 1918, e a expansão das doutrinas sociais, destacando-se o Manifesto Comunista, as Encíclicas Papais e as doutrinas marxistas. Acrescenta-se, ainda, a criação da OIT em 1919, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento dos direitos trabalhistas no mundo.

A crise financeira de 1929 com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, nos Estados Unidos, teve uma repercussão mundial, sendo considerada uma das principais crises do capitalismo do século XX, reforçando a implantação de políticas sociais.

Essa crise econômica ainda não resolvida, aliada aos fatores políticos e sociais surgidos na Primeira Guerra Mundial, formaram o cenário perfeito para a ascensão de regimes totalitários, principalmente na Europa. Esse ambiente extremado culminou com a eclosão da Segunda Guerra Mundial no período de 1939 a 1945, época na qual barbáries foram praticadas contra os indivíduos na tentativa de estabelecimento da hegemonia de um povo.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os Estados inferiram a necessidade de criação de uma comunidade internacional que objetivasse a paz mundial. No contexto, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 foi um momento histórico de grande importância, seguida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, na época, combinou o discurso dos direitos liberais com o discurso dos direitos sociais, rompendo antiga dicotomia entre ambos. Também essa época é acentuado o processo de internacionalização dos direitos humanos, deixando de ser assunto de exclusivo domínio interno dos Estados, passando a interessar a toda a comunidade internacional, até mesmo como reação às atrocidades observadas no período bélico. A rígida soberania estatal vigente até então passa a ser relativizada pelos direitos humanos.

Ao discorrer sobre a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Bobbio (2004) sustenta:

[...] com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (BOBBIO, 2004, p. 28)

Para conferir efetividade à referida declaração, foram editados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, em Nova Iorque.

Até agora, foi explicitada a historicidade dos direitos humanos em seu sistema global de proteção, desenvolvido especialmente após o fim da Segunda Guerra Mundial. Porém, esse não é o único sistema existente. Há ainda os chamados sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, que se constituem em três sistemas distintos: o europeu, o africano e o interamericano.

Os sistemas regionais surgiram como forma de facilitar a proteção dos direitos humanos, ao buscar um maior consenso entre países geograficamente próximos, de modo a fortalecer a capacidade de sanção das violações aos direitos humanos.

No continente americano, há quatro principais instrumentos de proteção dos direitos humanos, a saber: Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA – 1948); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), explicitando os direitos mencionados na Carta da OEA; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica; e Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, apelidado de Protocolo de San Salvador (1988) (MAZZUOLI, 2007, p. 725). Todos esses instrumentos buscam concretizar a proteção aos direitos humanos em âmbito interamericano, podendo estabelecer responsabilização internacional aos Estados infratores de suas normas.

No Brasil, o desenvolvimento dos direitos humanos ocorreu de forma similar ao âmbito internacional, com lutas e processos de avanços e retrocessos em seu reconhecimento e afirmação. Em sua história, o Brasil já adotou sete Constituições: uma no período monárquico e seis no período republicano, cujas descrições estão localizadas a seguir (BRASIL, 2005a):

A primeira Constituição brasileira foi outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, com um governo monárquico-constitucional. Além dos três poderes – executivo, legislativo e judiciário –, havia o denominado poder moderador, por meio do qual o imperador exercia as suas atribuições em posição jurídica superior à dos demais poderes. O voto era indireto; censitário; restrito aos homens livres e proprietários; e subordinado ao nível de renda destes. Vigorou por 65 anos.

A Constituição brasileira de 1891, primeira Constituição do sistema republicano no país, foi promulgada pelo Congresso Constitucional e já previa a existência de três poderes, abolindo a antiga previsão da existência do poder moderador. Consagrava o presidencialismo. O voto passou a ser universal e não secreto para homens acima de 21 anos, mas permanecia vetado para mulheres, analfabetos, soldados e religiosos. De inspiração norte-americana, previu o sistema federativo (ainda que com algumas diferenças do sistema estadunidense) e o controle difuso de constitucionalidade. O Brasil passou a ser, formalmente, um Estado laico. Houve a previsão expressa do instituto do *habeas corpus* e do casamento civil, abolindo a pena de morte. Vigorou por 39 anos.

A Constituição de 1934 foi promulgada pela Assembleia Constituinte. Manteve basicamente a estrutura liberal da Constituição anterior, com o Estado laico, a tripartição das funções do poder estatal, a federação e a república. Houve o aumento dos poderes da União e a previsão expressa dos direitos sociais, a exemplo da fixação do salário-mínimo e da organização sindical mantida pelo Estado. Instituiu o voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos, além do voto feminino. Criou o mandado de segurança. Vigorou por 3 anos.

A Constituição de 1937, por sua vez, foi outorgada por Getúlio Vargas, iniciando oficialmente o Estado Novo. Era conhecida como Constituição Polaca, tamanha a influência da carta polonesa de 1935. Houve um certo retrocesso no desenvolvimento dos direitos humanos e na utilização dos chamados remédios constitucionais. Houve a supressão dos partidos políticos e a concentração de poder nas mãos de Getúlio Vargas. Extinguiu o cargo de vice-presidente, permitia a cassação da imunidade parlamentar; e a prisão e o exílio de opositores. Restaurou a pena de morte, bem como possibilitava a censura prévia

nos meios de comunicação. Houve a supressão da liberdade político-partidária, com a anulação da independência dos poderes e da autonomia federativa. Havia eleição indireta para o cargo de presidente da República. Houve a manutenção dos direitos trabalhistas. Vigorou por oito anos.

A Constituição de 1946 restaurou o regime democrático, influenciada pela derrota dos regimes totalitários após o fim da Segunda Guerra Mundial (1945). Restabeleceu a previsão dos direitos fundamentais, bem como a de suas garantias, extinguindo a antiga previsão da pena de morte e da censura. Houve o restabelecimento da independência dos três poderes e a autonomia dos Estados-membros e municípios. A eleição era direta para o cargo de presidente da República. Vigorou por 21 anos.

A Constituição de 1967 surgiu em um contexto marcado pela mudança de governo em 1964. Foi promulgada pelo Congresso Nacional, institucionalizando o Regime Militar que havia se iniciado em 1964. Aumentou os poderes da União, ampliou a competência da Justiça Militar para julgar civis, com a diminuição dos direitos e garantias fundamentais. Estabeleceu o bipartidarismo, com eleições indiretas para o cargo de presidente da República. A Emenda Constitucional (EC) nº 01 de 1969 – outorgada pela Junta Militar – acentuou a diminuição da proteção dos direitos fundamentais. Há divergência na doutrina se a EC nº 01/1969 era, efetivamente, uma emenda constitucional ou se se tratava verdadeiramente de nova Constituição, tamanha as alterações que promoveu no texto constitucional. Havia uma prevalência do Poder Executivo sobre os demais poderes, com permissão para o presidente da República fechar o Congresso, cassar mandatos e suspender direitos políticos, além de legislar em matéria política, eleitoral, econômica e tributária. Vigorou por 21 anos.

Finalmente, chega-se à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã. É a Constituição atualmente em vigor. Foi elaborada por uma assembleia constituinte, legalmente eleita. É marcada fortemente pela abundância de direitos e garantias fundamentais, pelo espírito democrático e pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Prevê expressamente a existência de uma República Federativa, representativa e presidencialista. Os direitos fundamentais são ampliados e

fortalecidos. O voto universal passa a ser permitido, ainda que facultativo a analfabetos e a maiores de 16 anos, sendo que a partir dos 18 anos passa a ser obrigatório. A educação fundamental se torna universal, obrigatória e gratuita.

Como se observa em âmbito tanto global quanto interno, a história dos direitos humanos é marcada por avanços e retrocessos, em uma caminhada de constante afirmação e implementação. Nesse caminho, tanto o Estado quanto a sociedade civil guardam papel fundamental na busca pela efetivação de direitos.

Pela explicação acima, infere-se que os direitos humanos estão intrinsecamente ligados às relações de poder, tanto entre o Estado e a sociedade quanto entre os indivíduos da sociedade ou até mesmo entre Estados. Visam, portanto, à limitação e regulação do poder acumulado, seja no espaço público (com aspectos da cidadania), seja no ambiente privado (contratos).

Portanto, os direitos humanos são aplicáveis tanto na relação entre Estado e indivíduo quanto na relação entre indivíduos. Na primeira relação jurídica (Estado e indivíduo), diz-se que a aplicabilidade dos direitos humanos é vertical, uma vez que utilizada como forma de conter o abuso do Estado na utilização do seu poder de determinar o comportamento dos indivíduos. Já na relação entre indivíduos (portanto, entre semelhantes juridicamente), diz-se que a eficácia dos direitos humanos ocorre horizontalmente, pois se dá entre iguais. Atualmente, fala-se, inclusive, em eficácia diagonal dos direitos humanos, que ocorre entre indivíduos que não estão em absoluto patamar de igualdade, tal como se dá nas relações consumeristas e trabalhistas, nas quais uma das partes privadas ostenta posição de vulnerabilidade em relação à outra.

Durante algumas décadas, a eficácia horizontal dos direitos humanos foi questionada sob um argumento histórico: tendo em vista que, em sua origem, os direitos humanos surgiram para proteger o indivíduo do abuso do poder estatal, eles apenas seriam aplicáveis em face do Estado, e não em face de outro indivíduo.

Ainda hoje há parcela da doutrina norte-americana entendendo que a Constituição não obriga as autoridades públicas a proteger os indivíduos contra os abusos cometidos por outros particulares, sendo que o fato de o Estado não impedir danos cometidos por particulares não geraria a responsabilização

estatal. Por meio da *state action doctrine*, entende-se que os direitos fundamentais<sup>15</sup> objetivam proteger o indivíduo em face de ações ou omissões do Poder Público, não se aplicando, em regra, às relações particulares. Assim, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas somente seria admissível em se tratando de delegação do exercício de um serviço estatal a alguma entidade privada (*entanglement exception*) ou quando se possa atribuir a um indivíduo o exercício de função tipicamente pública (*public function exception*). Levado ao extremo, esse entendimento poderia causar uma tolerância às ofensas aos direitos fundamentais quando oriundas do setor privado.

Mas, mesmo nos Estados Unidos, essa corrente de pensamento não é unânime, havendo entendimento de que a Constituição americana ampara a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. Ademais, a própria obrigação do Estado de proteger os particulares uns contra os outros decorre de uma consequência lógica do modo como os direitos são garantidos, isto é, a proteção de um direito confere uma pretensão ao indivíduo em face de outrem (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 71-73). Relativiza-se, portanto, a importância da origem da violação aos direitos fundamentais (se oriunda do Estado ou de um particular), focando-se no ato em si e em sua eventual constitucionalidade.

Ao menos no Brasil, é amplamente aceito o entendimento de que os direitos humanos (e os fundamentais) também se aplicam às relações privadas, formando um escudo protetor contra o abuso advindo tanto do Estado quanto de outro indivíduo, mesmo porque a Constituição Federal de 1988 não limitou a aplicabilidade dos direitos fundamentais apenas à proteção em face de atos oriundos do Poder Público (art. 5º, § 1º, CF). Este é, inclusive, o entendimento jurisprudencial acerca do tema. Confira-se acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal (STF) neste sentido:

---

<sup>15</sup> Apesar de nos parágrafos seguintes haver referência expressa aos direitos fundamentais, o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos direitos humanos sem grandes necessidades de adaptações. A distinção técnica entre as expressões será estudada no tópico seguinte.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. [...]. (BRASIL, 2005b)

Gilmar Ferreira Mendes (BRASIL, 1998) afirma que os direitos fundamentais possuem um significado especial para a ordem jurídica objetiva, sendo considerados elementos desta, o que se traduziria em uma obrigação do legislador no sentido de concretizá-los também nas relações privadas. Tal proceder evitaria que os valores básicos protegidos pelos direitos fundamentais pudessem ser afetados por entidades ou pessoas privadas que, supostamente, não estariam submetidas diretamente ao regime dos direitos fundamentais (MENDES, 1998, p. 240).

O significado especial dos direitos fundamentais como elementos da ordem jurídica objetiva é corroborado pelo fato de a Constituição Federal tê-los gravados como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF). Sua incidência não está circunscrita apenas ao âmbito público, mas também à ordem jurídica privada, a exemplo das disposições acerca da personalidade, família, casamento, propriedade, sucessão, entre outros.

É dever do Poder Público, portanto, proteger o indivíduo das ofensas perpetradas aos seus direitos fundamentais tanto pelo Estado quanto por terceiros particulares (dever de proteção). Desta feita, o Estado possui em relação aos direitos fundamentais não apenas o dever de abstenção, mas também um dever de proteção, inclusive em caso de ofensas advindas de pessoas ou entidades privadas.

O ordenamento jurídico brasileiro contém dispositivos que permitem inferir que os direitos fundamentais também são aplicáveis horizontalmente. Entre eles, pode-se mencionar o artigo 39 da Lei Federal nº 12.288/2010 (BRASIL, 2010a),

conhecida como Estatuto da Igualdade Racial, que dispõe que o Poder Público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, seja mediante medidas de incentivos à igualdade nas contratações do setor público, seja estimulando a adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas, em clara aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>16</sup>.

Os direitos fundamentais, ao serem aplicados nas relações entre particulares, acabam por limitar, ainda que parcialmente, a autonomia privada. Dessa maneira, não há uma autonomia absoluta dos indivíduos nas relações jurídicas que travam com os seus pares.

Em que pese hoje ser amplamente aceito no Brasil a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, convém esclarecer que tais direitos não deixam de ser públicos para se tornarem privados, isto é, continuam sendo exercidos em face do Estado.

Em clássica obra da doutrina brasileira sobre liberdades públicas, Ferreira Filho, Grinover e Ferraz (1978) lecionam:

Todas as liberdades são públicas, porque a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe sua intervenção. O que torna uma liberdade pública (qualquer que seja seu objeto) é a sua intervenção através da consagração do direito positivo: assegura, protege, regulamenta. (FERREIRA FILHO; GRINOVER; FERRAZ, 1978, p. 6)

Portanto, ainda que os direitos fundamentais sejam aplicáveis às relações jurídicas entre particulares, tal fato não os desnatura como direitos públicos, exercitáveis em face do próprio Estado. Corrobora esse entendimento o fato de que há dificuldade em se caracterizar o interesse privado completamente dissociado de sua função social.

---

<sup>16</sup> Art. 39 da Lei Federal nº 12.288/2010: “O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas”.

Deve haver, pois, um ponto de equilíbrio entre o respeito à autonomia privada e a proteção dos direitos fundamentais, de modo que aquela não invada a esfera destes últimos.

Destarte, é relevante conhecer a história dos direitos humanos, seu desenvolvimento e sistemas de proteção como forma de se reconhecer as características do passado e do presente, projetando-se o futuro da temática.

Em uma sociedade com anseios crescentes e multifacetários, os desafios dos direitos humanos se deslocaram da sua origem de reconhecimento legislativo para a atual problemática da sua efetivação. Em relação à temática da efetivação dos direitos, o presente estudo almeja contribuir com critérios que auxiliem na tomada de decisão que melhor concretize os direitos humanos, levando-se em conta a finitude de recursos que os Estados dispõem para tanto.

## **2.2 Distinção conceitual entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanitários**

Considerando-se que o presente trabalho versa sobre temática ligada à área dos direitos humanos, deve ser esclarecido, tecnicamente, o que se entende pelas expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos humanitários”.

Direitos humanos são os direitos inerentes à condição humana, ou seja, o simples fato de uma pessoa existir já a faz titular de um rol de direitos com eficácia *erga omnes*. Tais direitos são previstos em tratados, convenções e declarações internacionais, que relativizaram o rígido conceito de soberania estatal vigente outrora, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948 (DECLARAÇÃO..., c2021c). Objetivam concretizar a dignidade da pessoa humana na concepção kantiana de autodeterminação, de respeito e de consideração do ser humano como um fim em si mesmo.

Na clássica definição de Hannah Arendt (2012, p. 406), o direito humano corresponde ao chamado “direito a ter direitos, ou direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade”, direito este que deve ser garantido pela própria humanidade.

Como pode ser observado, no presente trabalho foi adotado o fundamento natural dos direitos humanos, isto é, os direitos humanos estão em um plano ideal, sendo ínsitos à natureza humana<sup>17</sup>. Para John Locke (1978, p. 35), no estado natural é que os seres humanos gozavam de plena liberdade e perfeita igualdade, sem que um indivíduo pudesse determinar o comportamento do outro.

Sayeg e Balera (2011, p. 31) também adotam a concepção naturalista dos direitos humanos, afirmando que o direito natural revisitado corresponde à concepção pós-moderna de direitos humanos. Diz-se “revisitado” por incumbir agora ao direito natural a tarefa hercúlea de conformar a desenfreada liberdade da economia.

A própria expressão “direitos humanos”, em sua fase inicial, procurou se contrapor aos denominados direitos divinos ou direitos dos animais, formando categoria própria.

Hannah Arendt preleciona que o indivíduo do século XVIII se emancipou da História, sendo que, no lugar de direitos humanos históricos, passou-se a falar em direitos humanos naturais, presumindo-se que tais direitos emanam diretamente da natureza do ser humano, fazendo pouca diferença se essa natureza é visualizada em termos de lei natural (direitos naturais) ou de um ser criado à semelhança de Deus (mandamentos divinos). Assevera ainda que “*o fator decisivo é que esses direitos, e a dignidade humana que eles outorgam, deveriam permanecer válidos e reais mesmo que somente existisse um único ser humano na face da terra*” (ARENDR, 2012, p. 405), o que torna possível inferir que esses direitos não são concedidos por um ser humano a outro.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (DECLARAÇÃO..., c2021a) de 1776 afirma, em seu item I, “que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos [...]”. Observe-se, especialmente, a utilização da expressão “por natureza” no reconhecimento de direitos inatos. Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

---

<sup>17</sup> Bobbio (2004, p. 32) não aceita a concepção de direito natural dos direitos humanos. Para ele, “os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”.

(*apud* HUNT, 2009, p. 19) consigna em seu preâmbulo que “os representantes do povo francês [...] resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. Em seu artigo 2º, estabelece que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. Por fim, o artigo 4º estabelece que “o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”. Em suma, por três vezes, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 esclarece que ali se está a falar de direitos naturais, inerentes a todos os seres humanos.

Hunt (2009) esclarece que a teoria natural dos direitos humanos encontrou grande aceitação por ser de fácil justificativa:

Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser naturais (inerentes nos seres humanos), iguais (os mesmos para todo mundo) e universais (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos sejam direitos humanos, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu *status* como seres humanos. Acabou sendo mais fácil aceitar a qualidade natural dos direitos do que a sua igualdade ou universalidade. (HUNT, 2009, p. 19)

Ao lado da concepção natural, há o fundamento positivo (jurídico-normativo) dos direitos humanos, por meio do qual esses direitos são essenciais a uma vida digna, estando definidos em normas jurídicas de âmbito nacional e internacional, tendo Bobbio (2004) como um dos seus expoentes<sup>18</sup>.

Os direitos humanos possuem as seguintes características: (1) fundamento histórico; (2) dimensão normativa; (3) caráter de exigibilidade e justiciabilidade; (4) caracterizados em direitos individuais e coletivos<sup>19</sup>; (5) dimensão institucional; (6) funções de monitoramento, fiscalização e

---

<sup>18</sup> Na visão de Bobbio (2004, p. 18), “não existem direitos fundamentais por natureza”, uma vez que as pretensões humanas são variáveis no tempo.

<sup>19</sup> Conforme ensina Batista (2017, p. 47), em que pese haver a possibilidade de coletivização da defesa dos direitos humanos, a sua proteção se concretiza e se materializa no plano do indivíduo enquanto titular dos direitos subjetivos, além do seu plano patrimonial.

responsabilização; (7) presença de Estados nacionais; e (8) mediação por tratados internacionais.

A característica da exigibilidade possui um caráter duplo: (1) a legitimidade para se exigir a efetivação dos direitos humanos é de cada indivíduo e/ou da sociedade e (2) o Estado deve continuamente promover o respeito e observância dos direitos humanos. Já a característica da justiciabilidade também comporta uma dupla face: (1) os direitos humanos são exigíveis judicialmente e (2) os sistemas de justiça possuem o poder-dever de efetivar os direitos humanos.

Os direitos humanos, ao serem internalizados no ordenamento jurídico de um país, geralmente por meio da Constituição (documento jurídico-político mais relevante de um ordenamento, conforme já assentado pelo movimento do constitucionalismo), passam a ser denominados de direitos fundamentais. Vale dizer: os direitos fundamentais, em seu conteúdo (âmbito material), nada mais são do que os direitos humanos constitucionalizados.

E por que os direitos fundamentais são constitucionalizados? Alexy (2015, p. 446) responde a essa pergunta ao afirmar que os direitos fundamentais são “posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.

Mazzuoli (2007) assim expressa a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais:

[...] direitos fundamentais é expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos. Ligam-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas. (MAZZUOLI, 2007, p. 672)

Já direitos humanos, para ele, “são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público.” (MAZZUOLI, 2007, p. 672)

Mais adiante na mesma obra, o mencionado autor advoga que a Constituição Federal de 1988 utilizou as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” com absoluta precisão técnica, a exemplo das previsões contidas no art. 5º, § 1º – “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” – e no art. 5º, § 3º – “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988, art. 5º). Frise-se que, ao se referir aos direitos expressos na Constituição Federal, a Carta Magna utilizou a expressão “direitos fundamentais”, ao passo que, quando se referiu aos direitos previstos em documentos internacionais, utilizou a expressão “direitos humanos”, demonstrando absoluta precisão técnica. Assim, o que diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais é o seu âmbito de previsão (internacional, para os direitos humanos e interno, para os direitos fundamentais), e não propriamente o seu conteúdo.

Vale ainda consignar a classificação entre direitos fundamentais sob o aspecto formal e material. Para essa classificação, os direitos seriam formalmente fundamentais caso estivessem localizados no título II da Constituição Federal brasileira (arts. 5º ao 17), ao passo que seriam materialmente fundamentais se o seu conteúdo objetivasse concretizar a dignidade da pessoa humana.

Para o presente trabalho, essa divisão dos direitos fundamentais sob o aspecto formal e material não será utilizada, pois não esgota todo o rol de direitos fundamentais existentes. Assim, limitar a classificação de um direito como fundamental apenas pela sua localização no texto constitucional (como ocorre no aspecto formal) constituiria restrição indevida aos direitos fundamentais, que estão presentes em todo o texto constitucional, seja explícita ou implicitamente, e não apenas no título II da Constituição Federal de 1988.

Para alguns autores, inclusive, um direito fundamental seria adjetivado dessa maneira se, no âmbito material, o seu conteúdo fosse de suficiente

relevância e essencialidade a ponto de, no âmbito formal, merecer uma proteção jurídica em nível constitucional, independentemente se estão sediados no título II da Constituição Federal ou esparsos pelo restante do texto. Essa posição doutrinária melhor se coaduna com os objetivos do presente estudo.

Neste sentido, é a lição de Sarlet (2006):

[...] relembre-se que a noção de direitos fundamentais como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos pelo direito positivo internacional) encontra-se necessariamente vinculado ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material [...]. (SARLET, 2006, p. 559)

Todavia, é de se reparar que, em relação ao conteúdo (aspecto material), tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais objetivam concretizar a dignidade da pessoa humana, ou seja, em relação ao conteúdo jurídico, não há diferença substancial entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Tamanha é a similitude de conteúdo jurídico entre os direitos humanos e os direitos fundamentais que parcela da doutrina sustenta que as expressões se confundem, ao ponto de os mesmos direitos poderem ser denominados como direitos humanos fundamentais ou direitos fundamentais humanos. A esse respeito, observe-se a lição de Barros (2012), para quem:

[...] não há razão por que separar direitos fundamentais e direitos humanos, colocando aqueles numa situação firme e definida e estes em situação imprecisa e insegura. [...] Ao invés da diversidade, há integração: todos os direitos humanos são fundamentais e todos os direitos fundamentais são humanos. (BARROS, 2012, p. 38)

Por fim, há os denominados direitos humanitários, expressão usualmente utilizada para os direitos aplicáveis aos conflitos armados. Buscam limitar os efeitos adversos dos conflitos armados, procurando restringir os atos de hostilidade. São previstos nas Convenções de Genebra de 1864, 1906, 1929 e

1949 (respeito às vítimas da guerra) e nas Convenções de Haia de 1899 e 1907 (limitação dos métodos de combate).

Cabe esclarecer ainda que a expressão “ajuda humanitária” passou a designar, recentemente, o auxílio prestado a determinados países em virtude de catástrofes naturais/ambientais em virtude da insuficiência da proteção que o Estado atingido confere aos indivíduos vitimados pelo desastre.

É salutar também diferenciar o que se entende por garantias fundamentais ou remédios constitucionais. Tais expressões designam os instrumentos jurídicos constantes em uma Constituição destinados a proteger os direitos fundamentais. Enquanto os direitos fundamentais conferem uma prerrogativa ao indivíduo, os remédios constitucionais protegem os direitos em caso de ameaça ou ofensa. Como o próprio nome designa, as garantias fundamentais garantem os direitos, sendo, portanto, disposições assecuratórias em defesa dos direitos, visando à garantia destes.

Em um primeiro momento, as garantias fundamentais são normas constitucionais que se dirigem ao Estado, o qual é incumbido de efetivar a Constituição como um todo, nela incluídos os direitos e as garantias fundamentais.

Em um segundo momento, o Estado, ao efetivar a Constituição (pelas funções legislativa, executiva e judiciária), possibilita que as suas normas cheguem a outros destinatários, que são os indivíduos. Estes, ao terem seus direitos fundamentais violados, poderão utilizar as garantias como instrumentos para buscar a proteção dos direitos violados.

Portanto, tanto o Estado quanto os indivíduos são destinatários dos direitos e garantias fundamentais: o Estado com o dever de efetivar a Constituição, concretizando os direitos fundamentais e, por consequência, a dignidade da pessoa humana; e os indivíduos sendo dotados de direitos e garantias fundamentais para se protegerem de eventual abuso na utilização do poder estatal.

### 2.3 As dimensões de direitos humanos

A depender do contexto histórico que se está a tratar, os direitos humanos são comumente classificados em gerações, dimensões ou processos de direitos, sendo estas expressões sinônimas.

De uma maneira geral, a doutrina prefere o termo “dimensão” a “geração”, uma vez que “geração” pode causar a percepção equivocada de que houve uma sucessão de direitos humanos, de maneira que os direitos contidos na geração mais nova substituíram por completo os direitos humanos da geração precedente. Em verdade, isso não ocorreu. Ao contrário: para um indivíduo ter uma vida considerada digna, os direitos humanos contidos em todas as dimensões devem ser preservados simultaneamente. Há verdadeira interdependência e indivisibilidade entre os direitos humanos das diferentes dimensões, motivo pelo qual, neste trabalho, será adotado o vocábulo “dimensão” preferencialmente à “geração”.

Por todos, confira-se a lição de Bonavides (2016):

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. (BONAVIDES, 2016, p. 586)

A classificação dos direitos humanos em dimensões foi amplamente difundida pelo jurista theco naturalizado francês Karel Vasak, no ano de 1979, em conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França). Cada dimensão foi idealizada conforme o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. As dimensões correspondem às conjunturas históricas de transformação de lutas por direitos (fato social) em reconhecimento institucional.

Uma advertência deve ser feita: evidentemente, a história dos direitos humanos ontologicamente antecede e não se restringe à história de sua gramática (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 35). Vale dizer: os

direitos humanos não nasceram a partir de sua classificação em dimensões, nem surgiram apenas com as Revoluções Iluministas do século XVIII. As dimensões de direitos humanos se referem comumente à história desses direitos no âmbito da modernidade europeia. Contudo, cabe esclarecer que o desenvolvimento dos direitos humanos não se restringe a um único continente, ainda que sua contribuição tenha sido relevante. Conforme esclarecem Escrivão Filho e Sousa Junior (2016, p. 37), “de fato, a teoria das gerações de direitos refere-se e talvez corresponda à história da Europa Ocidental em seu desenvolvimento social e político desde o advento da modernidade”.

A seguir, será disposta a classificação original das dimensões dos direitos humanos:

A primeira dimensão se refere aos direitos civis e políticos, também conhecidos como direitos de liberdade ou direitos de defesa, justamente por exigirem uma abstenção, uma omissão, um não fazer estatal. Essa abstenção estatal deve ser interpretada no sentido de que o Estado não pode atrapalhar ou obstar a fruição do direito, e não no sentido de que basta ao governante ser relapso para que os direitos de primeira dimensão sejam atendidos.

Tais direitos surgiram em uma época de transição entre os antigos Estados Absolutistas para o recente Estado de Direito. Assim, tendo em vista que nos Estados Absolutistas havia invariavelmente abuso do poder estatal, os indivíduos passaram a clamar por uma esfera de proteção na qual o Poder Público não poderia penetrar (referencial indivíduo *versus* Estado). O Estado não deveria intervir nem na economia, nem nas relações sociais. Portanto, os direitos humanos de primeira dimensão formam um escudo protetor do indivíduo em relação ao abuso do poder estatal. São direitos humanos de pretensão essencialmente negativa (*status negativus*), por isso também chamados de direitos negativos. É de se atentar que, em seu nascedouro, a preocupação essencial era com o indivíduo singularmente considerado e sua relação com o Estado. O marco histórico do advento dos direitos de primeira dimensão ocorreu com a Revolução Francesa de 1789.

No Estado de Direito, houve a limitação e controle do poder da autoridade estatal, com a separação das funções do Estado (executiva, legislativa e

judiciária). O povo passou a ser considerado o verdadeiro titular do poder. Houve o reconhecimento da liberdade de opinião e da liberdade contratual. Foi um período fortemente influenciado pelas Revoluções Liberais dos séculos XVIII e XIX, tendo como paradigma o indivíduo, com garantia de liberdade, propriedade e não intervenção do Estado na economia e nas relações sociais. Na dimensão política, foram conferidos direitos de cidadania e igualdade de todos perante a lei (igualdade formal). Portanto, pode-se observar tanto uma postura passiva do Estado (no sentido de se abster de violar ou atrapalhar a fruição dos direitos humanos), quanto uma postura ativa, no sentido de realizar ações estatais para prover segurança pública, acesso à justiça, direito ao voto, entre outros.

A segunda dimensão de direitos humanos se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais, também conhecidos como direitos de igualdade, uma vez que objetivam trazer uma igualdade material entre os indivíduos – é de se lembrar que a igualdade formal já havia sido garantida pelos direitos de primeira dimensão. Os direitos humanos de primeira dimensão, apesar de trazerem uma proteção jurídica (notadamente) do indivíduo em face do Estado, não foram capazes de corrigir distorções materiais existentes na sociedade, especialmente na relação entre particulares. Isso porque os direitos humanos de primeira dimensão trouxeram a proteção em face do poder estatal, mas não foram capazes de proteger o indivíduo em face do abuso do poder econômico advindo principalmente de outro particular. Frise-se que, nessa dimensão, a preocupação não se dá com o indivíduo singularmente considerado, mas sim com o indivíduo como parte de uma sociedade/comunidade (referencial sujeito coletivo + Estado).

Os direitos humanos de segunda dimensão, ao contrário dos direitos humanos previstos na dimensão anterior, exigem para a sua proteção uma conduta proativa por parte do Estado (um fazer estatal), e não uma abstenção. São direitos humanos de pretensão essencialmente positiva – *status positivus* – mas não apenas isso. Conforme ensina Ramos (2015, p. 76), “esse papel ativo, embora indispensável para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo”. O marco histórico dos direitos de segunda dimensão se deu pela

Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição alemã de Weimar de 1919, em período da História fortemente influenciado pelas denominadas Revoluções Industriais e pelas Revoluções Sociais. Buscou-se, pois, ultrapassar a antiga igualdade formal, passando para a efetiva igualdade material entre os indivíduos, de maneira a atenuar as injustiças advindas de uma sociedade liberal-industrial, por intermédio de uma intervenção e regulação estatal das relações de trabalho e desenvolvimento econômico. Foi um período fortemente influenciado pelas mobilizações sociais dos séculos XIX e XX, a exemplo da Comuna de Paris de 1848, das já mencionadas Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 (as quais reconheceram a liberdade de associação sindical), além da criação da OIT em 1919. Há, portanto, uma preocupação não mais apenas com o indivíduo isolado, mas também com o indivíduo como membro integrante de uma comunidade/sociedade. Por isso há a reivindicação da prestação estatal para a garantia de dignidade nas relações sociais, em suas dimensões econômica, social e cultural. Algumas funções, antes consideradas exclusivas da iniciativa privada, passam a ser assumidas pelo Estado, com sua maior influência na economia.

Nessa época, do ponto de vista jurídico, os direitos sociais passam a ser constitucionalizados. O Estado se torna o maior provedor de direitos, que passam a exigir um processo de efetivação, ou seja, o Estado se torna interventivo, arrecadador e provedor de direitos (CALCIOLARI, 2009, p. 43).

Em grande parte, os direitos sociais são qualificados como prestacionais, por exigirem prestações fáticas a serem prestadas pelo Estado, que, a rigor, também poderiam ser fornecidas por pessoas privadas, caso o titular do direito tivesse disponibilidade financeira para adquiri-las destas últimas<sup>20</sup>.

Não se desconhece a existência de corrente doutrinária entendendo que os direitos sociais não seriam classificáveis como direitos fundamentais, uma vez que estes não poderiam ser duas coisas ao mesmo tempo: pretensão à ação estatal e à sua negação (TORRES, R. L., 2010, p. 336). O fundamento é a origem

---

<sup>20</sup> "Direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares" (ALEXY, 2015, p. 499).

histórica dos direitos fundamentais, que surgiram justamente para conter o abuso do poder estatal (direitos de defesa), exigindo, portanto, uma abstenção do Estado, e não uma conduta proativa.

No Brasil, um dos maiores defensores da separação entre direitos fundamentais e direitos sociais é Ricardo Lobo Torres. Em suas palavras, “os direitos sociais, que não são fundamentais, representam direitos *prima facie*, que necessitam da *interpositio legislatoris* para se tornarem definitivos” (TORRES, R. L., 2010, p. 336). O mencionado autor também explica que, para ele, os direitos fundamentais são garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas, ao passo que os direitos sociais seriam sujeitos à reserva do possível, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias (TORRES, R. L., 2010, p. 328). Conforme restará claro no decorrer do trabalho, esta não é a posição ora defendida.

Contudo, pela corrente majoritária aceita hodiernamente, especialmente no caso do Brasil, os direitos sociais são considerados espécies de direitos fundamentais. As razões são diversas: (1) em uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetada, para que a dignidade humana seja concretizada, não é suficiente a mera abstenção estatal (direitos de primeira dimensão), sendo indispensável a existência de direitos de segunda dimensão (prestações estatais positivas)<sup>21</sup>. Além disso, no Brasil, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, (2) seja porque, em seu aspecto formal, estão inseridos na Constituição Federal, (3) seja porque, no aspecto material, visam à concretização da dignidade da pessoa humana, conferindo uma maior igualdade material entre os indivíduos. Assim, ao menos no Brasil, é majoritariamente aceita a tese de que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais de segunda dimensão, exigindo uma prestação positiva estatal para, como fim último, buscar a concretização da dignidade da pessoa humana.

No entendimento de Batista (2017):

---

<sup>21</sup> A discussão pode ser mais bem aprofundada em Alexy (2015, p. 440). Para os fins do presente trabalho e considerando que no Brasil esta discussão não é tão presente, uma vez que é quase unânime o caráter de fundamentalidade dos direitos sociais, considerou-se suficiente a explicação contida no corpo do estudo.

[...] os direitos sociais fundamentais possuem natureza idêntica a qualquer direito fundamental, podendo, igualmente, serem tratados como direitos subjetivos na ótica individualizada ou como objeto de políticas de atuação estatal pela ótica orçamentária. (BATISTA, 2017, p. 52

A terceira dimensão dos direitos humanos é formada pelos denominados direitos de solidariedade e fraternidade. Após o término da Segunda Guerra Mundial, observou-se que, para uma pessoa ter uma vida digna, não bastava a proteção dos direitos humanos de primeira e segunda dimensões. De nada valia a proteção ao indivíduo singularmente considerado (primeira dimensão) ou ao indivíduo inserido em uma dada sociedade (segunda dimensão) se toda a humanidade corria perigo (terceira dimensão). Dessa maneira, os direitos humanos de terceira dimensão se preocupam com o indivíduo como membro integrante da humanidade. Seus exemplos clássicos são o direito ao meio ambiente e o direito à paz. Visam, portanto, ao bem-estar da humanidade.

Percebe-se, dessa narrativa, que os direitos humanos são fruto de uma construção histórica. Contudo, não se desconhece a crítica à presente classificação, no sentido de que, em âmbito internacional, a proteção aos direitos humanos de segunda dimensão ocorreu com o advento da OIT em 1919, antes, portanto, da proteção aos direitos humanos de primeira dimensão, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DECLARAÇÃO..., c2021c) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (PACTO..., c2021).

Contudo, há de se lembrar que a classificação dos direitos humanos em dimensões ocorre para fins didáticos, principalmente de modo a diferenciar os tipos de conduta requeridos ao Estado para proteger os direitos humanos, o que envolve a abstenção em relação aos direitos de primeira dimensão e conduta proativa em relação aos demais direitos. Vale dizer: mais do que um rigor cronológico nos instrumentos internacionais de proteção, o objetivo é esclarecer o tipo de pretensão estatal que se espera na proteção de cada direito.

Aliás, desde já convém esclarecer que, para os fins do presente trabalho, não se utilizará as expressões “direito negativo” ou “direito positivo” para

significar, respectivamente, os direitos humanos de primeira e de segunda dimensões. Conforme será exposto em tópico próprio, preferiu-se utilizar as expressões “direito de pretensão negativa” ou “direito de pretensão positiva” para designar, respectivamente, os chamados direitos negativos e direitos positivos. Deve ser lembrado ainda que essa classificação entre direitos de pretensão positiva e negativa leva em conta a posição jurídico-subjetiva do titular do direito.

Os direitos sociais, conforme se afirmou acima, são direitos de pretensão essencialmente positiva, mas não exclusiva. Isto é: os direitos sociais são, em sua grande maioria, direitos de pretensão positiva, exigindo uma prestação estatal para a sua implementação. Porém, não se pode ignorar que, ainda que em uma parcela menor, existem os chamados direitos sociais de pretensão negativa, os quais exigem, primordialmente, uma abstenção do Estado, a exemplo do direito de greve. Em suma, na esteira da lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 557), “o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia de proteção e segurança social [...]”.

Não se desconhece também que variados autores possuem diferentes classificações doutrinárias para o assunto ora tratado. Exemplo de sistematização diversa daquela adotada no presente trabalho se dá com a classificação das dimensões de direitos proposta por Bonavides (2016, p. 586), que, além das três dimensões anteriores, identifica a quarta dimensão: “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.”

É de se perceber que, com a quarta dimensão dos direitos fundamentais, o autor se preocupa com a globalização dos direitos humanos, com a transparência e com a participação democrática do indivíduo. Em suma, há a preocupação com o futuro da cidadania, a globalização política e a liberdade de todos os povos.

Para ele, há ainda uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, correspondente ao direito à paz mundial, direito este que Karel Vasak incluiu no rol dos direitos fundamentais de terceira dimensão (fraternidade). Nas palavras de Bonavides (2016, p. 595), “o direito à paz é concebido ao pé da letra qual

direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas.”

Cabe ainda ressaltar que, no âmbito brasileiro, a teoria das gerações ou dimensões dos direitos humanos é aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A esse respeito, observe-se o entendimento do STF:

Enquanto os direitos de primeira geração (civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade [...]. (BRASIL, 1995, não paginado)

Por fim, devem ser elencadas as críticas à teoria das dimensões de direitos.

A primeira crítica se refere ao fato de que, ao se cindir os direitos humanos em diferentes dimensões, haveria suposta quebra das noções de indivisibilidade e interdependência entre os direitos. A segunda crítica se refere à cronologia das dimensões, que supostamente confeririam um caráter de prioridade dos direitos civis e políticos em relação aos demais, com a afirmação dos ideais do liberalismo sobre os programas sociais.

Com o devido respeito às posições discordantes, as críticas improcedem. Conforme já sustentado anteriormente, a divisão ora exposta goza de um caráter didático que não tem o condão de ferir a indivisibilidade e a interdependência entre os direitos humanos. De nada adianta o indivíduo ser possuidor de um direito humano de determinada dimensão caso os demais direitos humanos das outras dimensões não lhe sejam concedidos. Para se ter uma vida digna, é necessário o respeito simultâneo aos direitos humanos de todas as dimensões. Conforme ensina Piovesan (2002):

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. (PIOVESAN, 2002, p. 161)

Alexy (2015, p. 503) complementa o raciocínio ora exposto ao afirmar que a liberdade jurídica – isto é, a permissão de se fazer ou deixar de fazer algo (direito de primeira dimensão) – não tem valor sem uma liberdade fática (real), ou seja, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas (direito de segunda dimensão).

Quanto à crítica acerca da cronologia das dimensões, também já se sustentou alhures que, mais do que um rigor cronológico, o objetivo de sua discussão foi demonstrar as diferentes características dos direitos pertencentes às diversas dimensões. Ademais, optou-se pela utilização do vocábulo “dimensão” à “geração” justamente para não se criar a falsa percepção de que uma geração sucedeu completamente a outra, isto é, o surgimento da geração posterior aniquilou os direitos da geração anterior ou a falsa percepção de que os direitos da primeira dimensão seriam mais relevantes que os direitos das dimensões posteriores. Repita-se: há verdadeira interdependência entre os direitos humanos. Só há concretização da dignidade da pessoa humana quando os direitos de todas as dimensões estiverem preservados.

Na lição de Escrivão Filho e Sousa Junior (2016)

[...] os direitos humanos não estão disponíveis aos pedaços, não sendo passíveis de uma seleção em que se priorizam uns em detrimento de outros. Não podem ser fragmentados ou dissociados entre si, de tal modo que a violação de um direito humano impacta imediatamente em diversos outros correlatos como um efeito dominó, ao passo em que, por outro lado, a efetivação de um direito fortalece a garantia e a própria efetivação de uma série de outros direitos intrínsecos à sua realização. (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 41)

Há ainda uma terceira crítica, que considera os direitos humanos mutáveis no tempo e no espaço. Assim, por exemplo, a conotação que se deu ao direito à vida na época das Revoluções Liberais do século XVIII não é a mesma conotação dada ao referido direito atualmente. Hodiernamente, o respeito ao direito à vida não se dá mais tão somente por uma não intervenção estatal. Exige-se do Estado diversas prestações positivas para assegurar uma vida digna, a exemplo da prestação de saúde, educação, moradia, entre outros, que poderiam aproximar o direito à vida da segunda dimensão de direitos humanos, afastando-se aos poucos de sua posição originária na primeira dimensão. É de se indagar: será que esse novo olhar sobre um “clássico” direito humano teria o condão de deslocá-lo de uma dimensão para outra? Crê-se que não.

No exemplo dado – direito à vida –, sua essência resta preservada em face da não intervenção estatal. Assim, para um indivíduo ter o direito à vida preservado, é evidente que o Estado não pode tolher este direito, retirando ilegitimamente a vida do indivíduo. Todavia, é cediço que, atualmente, a abstenção estatal não é, *de per se*, suficiente para o gozo uma vida digna. Exige-se mais: o direito à vida deve ser conjugado com outros direitos sociais para lhe formatar o caráter de dignidade. Nas palavras de Torres, S. F. (2006, p. 777): “quando as Cartas Constitucionais declaram o direito à vida, consagram não só o direito a não ser morto, mas também o direito de viver, no sentido de dispor de condições de subsistência mínimas”. A conjugação de direitos humanos, porém, não tem o condão de desnaturar a essência de um direito, deslocando-se de uma dimensão para outras. Vale dizer: para se ter uma vida digna hoje em dia, é necessária a conjugação de direitos, em uma clara referência à indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Essa indivisibilidade, porém, não significa deslocar um direito para outra dimensão. Dois ou mais direitos são conjugados justamente porque cada um isoladamente possui características próprias diversas. Na lição de Piovesan (2002, p. 161): “todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si”. Destarte, conjugar direitos não desnatura sua

essência, de modo que resta preservada a teoria dimensional dos direitos humanos, especialmente para fins didáticos.

## **2.4 A dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana é expressão em voga atualmente. Instituto de suma importância para a ciência jurídica (bem como para as demais ciências correlatas), a dignidade humana por vezes é utilizada de maneira atécnica, o que acaba por banalizar o instituto.

Dessa maneira, urge elencar o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, uma vez que ela é o objeto de concretização pelos direitos humanos.

De início, advirta-se que o conceito de dignidade da pessoa humana não é uníssono, sendo mutável no tempo e no espaço. Constitui tarefa hercúlea definir o conteúdo exato da dignidade da pessoa humana, havendo divergência doutrinária a respeito.

Inicialmente, convém mencionar a ideia de dignidade humana para Mirândola (2008, p. 39). Para ele, o indivíduo é uma obra divina inacabada, cujas tarefas serão realizadas por meio de uma característica que o distingue das demais criaturas: a vontade e o livre consentimento. Enquanto as outras criaturas já foram pré-moldadas em sua constituição, o ser humano não está coarctado por amarra nenhuma, havendo de louvar a sua liberdade.

Para Mirândola (2008, p. 40), ao ser humano foi dado possuir o que escolhesse, ser o que quisesse. Enquanto os animais, desde o nascer, já trazem em si o que irão possuir depois, o ser humano possuiria uma grande variedade de vida, ou seja, teria uma natureza versátil, sendo um ser autotransformável.

Com essas palavras, é de se observar que Mirândola está definindo a ideia de dignidade humana como sendo o poder de autodeterminação do indivíduo, isto é, a liberdade de escolha do seu próprio destino, o consentimento livre.

É de se observar que a preocupação inicial com o tema da dignidade da pessoa humana está associada ao cristianismo que, “julgando o ser humano

criado à semelhança de Deus, passou a plasmar a ideia de que existe dignidade em todo o ser humano, só por sê-lo” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 110).

Outro nome de grande proeminência ao se tratar de dignidade da pessoa humana é Immanuel Kant. O referido autor indica algumas balizas necessárias ao entendimento do assunto. Para ele, a dignidade da pessoa humana é influenciada pelas ideias de respeito e autodeterminação; e pela consideração do ser humano como um fim em si mesmo, e não como meio ou objeto para a satisfação das necessidades de outros indivíduos. Nas palavras do referido autor: “o homem – e de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, 2003, p. 58).

Verifica-se, portanto, que o sentido de dignidade da pessoa humana está intimamente ligado à ideia de autodeterminação, ou seja, à liberdade de atuação do ser humano que, repita-se, é um ser único no mundo, devendo ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio/objeto para a satisfação da vontade de outras pessoas.

Ainda na lição de Kant (2003):

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2003, p. 65)

Para Arendt (2012, p. 405), a dignidade humana é a qualidade essencial do ser humano.

Não se poderia deixar de expressar o entendimento de Reale (2002a, p. 216-217), para quem “a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores”, explicando que a ideia de valor encontra na pessoa humana a sua origem primeira no mundo histórico-cultural.

Por meio da dignidade da pessoa humana se impede a chamada “coisificação” do ser humano, ou seja, a sua transformação em objeto ou meio para a satisfação dos anseios de outras pessoas.

Em âmbito internacional, diversos documentos se referem diretamente à dignidade da pessoa humana, sendo que seu maior expoente é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Logo em seu preâmbulo, o parágrafo de abertura estabelece que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (BRASIL, 2013, p. 130).

Em âmbito constitucional, é de se esclarecer que a dignidade da pessoa humana foi expressamente elencada como fundamento da República (art. 1º, inciso III, CF). Daí porque, por meio de uma interpretação literal da Carta Magna, a dignidade da pessoa humana é classificada como valor fundante da República.

É de se reparar, portanto, que a CF não incluiu a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas sim como valor fundamental da República.

Outros dispositivos constitucionais também elencaram expressamente a dignidade, a saber: art. 170, CF<sup>22</sup>; art. 226, § 7º, CF<sup>23</sup>; art. 227, CF<sup>24</sup> e art. 230, CF<sup>25</sup>.

Esclareça-se que a dignidade da pessoa humana é inerente a todos os seres humanos, gozando do caráter de universalidade. Para Kant (2013b, p. 136), “não pode haver no Estado nenhum homem sem qualquer dignidade, pois ao menos a de cidadão ele tem”.

---

<sup>22</sup> Art. 170, CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

<sup>23</sup> Art. 226, § 7º, CF: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

<sup>24</sup> Art. 227, CF: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

<sup>25</sup> Art. 230, CF: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Sarlet (2015) discorre sobre o pensamento kantiano e a relação entre autonomia e dignidade do ser humano nos seguintes termos:

[...] autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética. (SARLET, 2015, p. 40)

A autodeterminação do ser humano não é absoluta, como de fato não o é nenhum direito. A liberdade de atuação de cada indivíduo encontra limites no próprio ordenamento jurídico vigente em um determinado Estado.

Por possuir um conteúdo jurídico-filosófico relativamente aberto, a dignidade da pessoa humana é conceito apropriado por diversos grupos pluralistas de ideologias distintas. Diferentes grupos ideológicos se apropriaram da expressão “dignidade da pessoa humana” para fundamentar posições distintas e até mesmo antagônicas, como já ocorreu no Brasil, nos debates travados no STF acerca das pesquisas com células-tronco (BRASIL, 2008) e da interrupção da gestação de fetos anencefálicos (BRASIL, 2012).

Sarmiento (2016) indica as diversas funções da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira. Para o mencionado autor, no direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui as seguintes finalidades:

[...] fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados. (SARMENTO, 2016, p. 77)

Como a dignidade da pessoa humana comporta diferentes leituras, por diferentes grupos políticos e sociais, cada qual procura definir o seu conteúdo conforme a sua ótica. O mesmo fenômeno ocorre com a dignidade da pessoa humana quando esta é utilizada pelo Poder Judiciário para fundamentar as suas decisões: pode-se utilizá-la tanto para absolver ou condenar

criminalmente um acusado quanto para manter ou decretar a perda do poder familiar. Em suma, em diversas questões recorre-se à dignidade da pessoa humana, por vezes sem justificar a pertinência entre este fundamento da República e a questão posta em discussão, apenas como forte argumento de retórica. A dignidade da pessoa humana se constitui, hodiernamente, em um grande “guarda-chuva”, que parece abarcar qualquer assunto, a depender apenas da vontade do interlocutor.

Se hoje a dignidade da pessoa humana é “tudo”, ela “nada” representa. Na expressão utilizada por Sarmiento (2016, p. 18), “a ‘carnavalização’ do princípio da dignidade da pessoa humana é prejudicial por diversas razões”. A banalização da expressão traz um viés negativo, que é a perda do seu poder, desvalorizando-a juridicamente. Ademais, a utilização da dignidade da pessoa humana nos mais diversos casos, sem a necessária justificação de sua pertinência, acaba por gerar certa insegurança jurídica, pois o resultado da escolha acaba dependendo mais do subjetivismo do detentor do poder do que de critérios objetivos e racionais. Por fim, no âmbito judicial, o conceito de dignidade de pessoa humana pode ser utilizado de modo indiscriminado pelos juízes, ocultando suas reais preferências políticas e ideológicas o que atentaria contra a democracia, afinal, juízes não eleitos estariam impondo à sociedade os seus valores.

Semelhante percepção é adotada por Gonçalves, I. D. (2011, p. 103), para quem a posição de destaque que o conceito da dignidade da pessoa humana ocupa no discurso jurídico acaba provocando uma hipertrofia do conceito, que, paradoxalmente, resulta em sua banalização.

Sobre o caráter absoluto<sup>26</sup> ou não da dignidade da pessoa humana, também há divergências doutrinárias. Sustentar que a dignidade da pessoa humana possui um caráter absoluto coincide com a filosofia kantiana de tratar o ser humano como um fim em si mesmo, e não como meio para a satisfação de outros seres humanos.

---

<sup>26</sup> Entenda-se como “absoluto” algo não sujeito a ponderações ou restrições.

Porém, há certa dificuldade em se encarar a dignidade da pessoa humana como algo absoluto, ao mesmo tempo em que se reconhece a sua enorme amplitude. Há, portanto, uma dificuldade de compatibilização entre a grande amplitude conferida hodiernamente à dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que seu caráter absoluto impediria qualquer relativização. Mesmo em países que, teoricamente, sustentam que a dignidade da pessoa humana é algo absoluto (portanto, não sujeito a ponderações e restrições), como na Alemanha, há uma limitação do seu âmbito de incidência, de maneira que só raramente a dignidade da pessoa humana é aplicável diretamente em um caso concreto, preferindo-se, portanto, a aplicação direta de outros direitos fundamentais (SARMENTO, 2016, p. 95).

Portanto, a dificuldade reside em conciliar um caráter absoluto da dignidade da pessoa humana com uma amplitude enorme. Constitui tarefa menos exigente adotar o entendimento de que a dignidade da pessoa humana possui caráter absoluto, porém, reduzindo o seu âmbito de incidência direto, tal qual feito na Alemanha.

Uma outra possibilidade, ainda, consiste em se adotar o posicionamento de que a dignidade da pessoa humana não ostenta esse caráter absoluto, mas sim relativo. No entendimento de Castro (2006):

[...] o ideário da dignidade humana constitui uma categoria de contingência histórica e cultural, ou seja, que não se acha determinada em dimensão absoluta, eis que se sujeita à evolução do processo civilizatório e à visão do homem e da sociedade, de seus direitos e deveres, em cada tempo e lugar. (CASTRO, 2006, p. 141)

Assim, para se manter a amplitude de incidência conquistada pela dignidade da pessoa humana (a qual, aliás, de tão grande, sofre as consequências de sua banalização), mais fácil e natural seria adotar a posição de que ela não é absoluta, mas sim relativa. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana permaneceria com amplo espectro de incidência, porém, relativizada em determinados casos concretos.

Em relação a essa questão, um dos exemplos mencionados por Sarmento (2016, p. 97) é a situação carcerária brasileira: é de conhecimento

geral que muitos estabelecimentos prisionais brasileiros, em tese, ofendem a dignidade da pessoa humana, mantendo os presos em condições insalubres. Assim, caso a dignidade da pessoa humana fosse considerada de caráter absoluto, qual seria a solução prática para esses casos? Interditar os presídios e liberar todos os presos de uma só vez? Transferi-los para outros presídios dificilmente seria uma solução viável, pois é conhecido o déficit de vagas carcerárias no Brasil. Portanto, ao manter os presos encarcerados em condições aparentemente indignas, realiza-se uma ponderação entre a dignidade humana dos presos com o interesse social na preservação da segurança pública. Relativiza-se, pois, a dignidade da pessoa humana na ponderação com outros direitos.

Há ainda outra questão a ser enfrentada: saber se a dignidade da pessoa humana pode ser classificada como princípio jurídico.

Entre os autores que entendem que a dignidade da pessoa humana se classifica como princípio jurídico está Sarlet. Ao tratar da positivação da dignidade da pessoa humana, o mencionado autor esclarece que “a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional brasileiro [...]” (SARLET, 2015, p. 79).

Para Bulos (2007, p. 83-84), a dignidade humana como valor determinante da exegética constitucional consigna um sobreprincípio, que irradia suas diretrizes para os demais princípios constitucionais, sendo de observância obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional. Como sobreprincípio, estaria em posição superior aos demais princípios consagrados constitucionalmente, influenciando-os.

Aliás, uma das consequências de se classificar a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico seria justamente a possibilidade de ponderá-la no caso concreto, da mesma forma como ocorre com os demais princípios, que não gozam do *status* de absolutos.

Sarlet (2015) reconhece o *status* principiológico da dignidade humana e aduz que inexistente consenso completo sobre seu conteúdo jurídico, que é de certo modo aberto e dependente da vontade do intérprete e de uma construção de

sentido cultural e socialmente vinculada. Por fim, realiza uma construção jurídica, com a finalidade de expressar o seu pensamento de que a dignidade humana é simultaneamente absoluta e relativa, *in verbis*:

Tal entendimento, em verdade, harmoniza com a dimensão principiológica da dignidade da pessoa, que, na sua condição de norma-princípio, tolera certa relativização, respeitado, todavia, sempre também o núcleo essencial, este sim blindado contra restrições, sem prejuízo da existência de regras assegurando dimensões da dignidade que se encontram subtraídas à ponderação. (SARLET, 2015, p. 174)

Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana possui conteúdo jurídico aberto, sendo analisada conforme a sociedade e a cultura na qual está inserida seu intérprete e, a depender da posição doutrinária adotada, pode figurar-se como absoluta, relativa ou simultaneamente absoluta e relativa. Também pode ser classificada como princípio jurídico ou, por uma interpretação mais literal da Carta Magna brasileira, um fundamento da República.

Para os fins do presente trabalho, adotar-se-á a posição de que a dignidade da pessoa humana é conceito jurídico aberto, mutável no tempo e no espaço, parcialmente relativizável e classificada como princípio jurídico.

## **2.5 Os direitos às pretensões negativas e positivas: a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais**

Conforme já adiantado em tópico anterior, ao invés de se utilizar a expressão “direito negativo” ou “direito positivo”, dar-se-á preferência para a utilização das expressões “direito de pretensão negativa” ou “direito de pretensão positiva” para qualificar o direito conforme sua natureza e objeto.

Isto porque o vocábulo “direito” é polissêmico, sendo que a utilização das expressões “direito negativo” ou “direito positivo” poderia levar o estudioso a equívocos. Para evitá-los, preferiu-se adotar a expressão “direito de pretensão negativa” ou “direito de pretensão positiva”. Isso porque as dimensões de direitos

fundamentais, em verdade, expressam pretensões do seu titular em face do Estado, sejam elas negativas ou positivas.

Assim, “os direitos fundamentais investem o indivíduo em um *status* jurídico no qual lhe é facultado formular pretensões perante o Estado” (AMARAL, 2001, p. 101), sejam pretensões de abstenção ou de ação.

Direito de pretensão negativa é aquele direito que exige uma abstenção, uma omissão do Estado. O seu titular busca um não fazer estatal, no sentido de não tolher ou atrapalhar a fruição de determinado direito.

Já o direito à pretensão positiva é aquele que exige um fazer estatal, no sentido de o Estado prover algo para o seu titular.

Essa pretensão positiva a ser exigida do Estado pode se traduzir, por exemplo, em uma prestação normativa ou, o que é mais comum, em uma prestação fática, que é aquela que, a rigor, poderia ser fornecida por uma pessoa privada, evidentemente, caso o titular do direito possuísse suficiente disponibilidade financeira para pagar pelo objeto da prestação.<sup>27</sup>

Alexy (2015) expõe o conceito de direito prestacional no seguinte sentido:

Direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. (ALEXY, 2015, p. 499)

Na visão exposta no presente trabalho, todos os direitos fundamentais se qualificam como direitos subjetivos *prima facie*, ou seja, podem ser exigidos do Estado, inclusive os direitos sociais prestacionais.

Na lição de Alexy (2015):

Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito

---

<sup>27</sup> Os direitos às prestações fáticas correspondem às prestações devidas pelo Estado que poderiam ser realizadas também por pessoas privadas, caso evidentemente o titular tivesse suficiente disponibilidade financeira para tanto (ALEXY, 2015, p. 444).

fundamental A tem um direito em face do Estado(s) a que o Estado realize a ação positiva H, então o Estado tem, em relação a A, o dever de realizar H. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. (ALEXY, 2015, p. 445)

Cabe ainda explicitar o que se entende por eficácia, efetivação e aplicabilidade dos direitos fundamentais. Mesmo que este não seja o escopo principal do presente trabalho, é relevante consignar essa distinção conceitual.

Normalmente, uma norma jurídica é dividida nos planos da existência, da validade e da eficácia.

Pelo primeiro plano, a norma jurídica existe quando de sua promulgação (no caso da Constituição e de suas emendas) ou de sua publicação (em relação às demais espécies normativas). Portanto, promulgada uma emenda constitucional ou publicada uma lei, por exemplo, elas passam a existir juridicamente, mesmo que sua validade e eficácia ainda não tenham sido analisadas.

A existência não se confunde com sua vigência. Vigência é o momento a partir do qual a norma passa a exercer a sua força vinculante, isto é, sua força de incidência (MELLO, 2007, p. 17). A título de exemplo, se uma norma existe, mas está no chamado período de *vacatio legis*, falta-lhe vigência para que seus efeitos incidam sobre as relações jurídicas que regula.

Validade é a conformidade da norma com o ordenamento jurídico, mormente com as normas que lhe são superiores. A invalidade de uma norma decorre, portanto, de sua incompatibilidade com as normas superiores. Em ciência jurídica, presume-se válida a norma até que a entidade competente reconheça a sua invalidade.

A eficácia é a produção de efeitos da norma, dividindo-se em eficácia jurídica (produção de efeitos jurídicos) e a eficácia social (real produção de efeitos no mundo fenomênico). Em clássica obra acerca do tema, Mello (2007) apregoa que:

[...] se a norma existe com vigência e é válida, ou, sendo inválida, ainda não teve sua nulidade decretada por quem, dentro do sistema jurídico, tenha poder para tanto, poderá ser eficaz desde

que se concretizem no mundo os fatos que constituem seu suporte fático. (MELLO, 2007, p. 18)

A eficácia se relaciona, pois, com a possibilidade de produção de efeitos (jurídicos e sociais) da norma, e não com sua real efetividade.

Aplicabilidade é a realizabilidade e praticidade da norma. Assim, enquanto a eficácia se encontra no plano da possibilidade, a aplicabilidade se encontra no campo prático.

Por fim, deve ser mencionada ainda a Teoria dos Quatro *Status*, de Georg Jellinek (1912), que dedicou uma obra ao estudo dos direitos públicos subjetivos, denominada Sistemas de Direitos Públicos Subjetivos, originalmente escrita em 1892.

Para o autor, os direitos públicos subjetivos (na época não se tratava propriamente de direitos fundamentais) exprimem quatro funções, tomando-se por base a posição do indivíduo na relação jurídica com o Estado. São elas:

- 1) Função passiva (*status subjectionis*) – o indivíduo se encontra subordinado ao poder do Estado, devendo-lhe obediência. Aqui, o indivíduo possui deveres para com o Estado, e não propriamente direitos, a exemplo da obrigação de pagar tributos. O Estado impõe deveres capazes de obrigar o indivíduo e que determinam o comportamento deste.
- 2) Função negativa (*status negativus* ou *status libertatis*) – o indivíduo possui uma liberdade em relação ao Estado, podendo agir livremente, salvo na existência de leis proibitivas. São os conhecidos direitos de liberdade ou de defesa. O indivíduo possui direitos que formam uma proteção em face do poder estatal, constituindo um espaço livre no qual o indivíduo poderá exercitar a sua autodeterminação.
- 3) Função positiva (*status positivus* ou *status civitatis*) – o indivíduo pode exigir do Estado certas prestações positivas para a satisfação de necessidades, com o objetivo de conferir uma maior igualdade material entre as pessoas de uma dada sociedade. São os direitos sociais, econômicos e culturais. O indivíduo, então, pode exigir que o Estado atue em seu favor, sendo garantidor da pretensão, seja esta de natureza fática ou normativa.

4) Função ativa (*status activus*) – o indivíduo teria direito de participação ativa na formação da vontade política estatal, a exemplo dos direitos políticos. Assim, o indivíduo passa a influenciar a própria formação e desenvolvimento do Estado.

Dessa forma, resta explicitada a opção pela utilização das expressões “direitos de pretensão positiva” e “direitos de pretensão positiva negativa”. O estudo das pretensões dos direitos fundamentais é relevante para se compreender a forma como as demandas são submetidas ao Poder Judiciário em caso de falha dos demais poderes na concretização desses direitos, bem como se essas pretensões geram mais ou menos custos para serem implementadas.

## **2.6 O regime jurídico próprio dos direitos fundamentais**

Inicialmente, antes de tecer considerações sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais, cabe esclarecer o que se entende pela expressão “regime jurídico”.

Regime jurídico é o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) que rege uma certa relação jurídica. Tais normas jurídicas, para serem classificadas em um dado conjunto, devem apresentar uma organicidade, coerência e harmonia ao regerem determinada matéria.

Dessa maneira, sempre que o estudioso indagar qual o regime jurídico que rege determinada matéria, o que se está querendo saber é quais as normas jurídicas (princípios e regras) que regulam o assunto.

Nas palavras de Bandeira de Mello (1968, p. 414), regime jurídico é o “sistema de princípios e normas que disciplinam e regulam um objeto do Direito”, acrescentando ainda que, para encontrá-lo, deve-se analisar tanto o sistema normativo incidente quanto o próprio instituto analisado.

Uma classificação bastante difundida acerca do regime jurídico envolve sua cisão entre regime jurídico de direito público e regime jurídico de direito privado.

Antigamente, havia certa polarização dos regimes jurídicos de direito público e direito privado, como se um fosse absolutamente excludente do outro ou como se representassem um conjunto de normas que se contrapunham integralmente.

Para diferenciar os regimes jurídicos de direito público e de direito privado, convém relembrar as suas principais características. Nesse sentido, o direito público é caracterizado pela indisponibilidade, por parte da Administração, do interesse público; e pela supremacia do interesse público sobre o privado (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 55), ao passo que o regime jurídico de direito privado é caracterizado pela disponibilidade do interesse particular e pela autonomia privada.

Essa rígida separação entre o direito público e o direito privado vigente outrora parece restar superada hodiernamente, ao menos de forma parcial. Isso porque hoje em dia se fala em uma crescente interpenetração do regime jurídico de direito público no regime jurídico de direito privado (publicização do direito privado) e vice-versa (privatização do direito público). Assim, não seria nenhum exagero sustentar que são cada vez mais raras as hipóteses de regência de determinada matéria por um regime jurídico puro, seja de direito público ou de direito privado.

Em relação aos direitos fundamentais, essa interpenetração de normas jurídicas também é percebida, ao ponto de não se poder afirmar, categoricamente, que os direitos fundamentais obedecem a um regime jurídico *puro* de direito público ou de direito privado. Ao contrário: na temática “direitos fundamentais”, há uma mistura tão heterogênea de normas jurídicas que é mais apropriado sustentar que eles seguem um regime jurídico próprio, híbrido de direito público e de direito privado.

Vale dizer: os direitos fundamentais não estão sob a tutela única e exclusiva do direito público ou do direito privado. Obedecem a regramento próprio, que não se confunde com o regramento único do direito público ou do direito privado.

Na lição de Nunes Júnior (2009):

[...] os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica e, nessa medida, apresentam traços comuns, que, demarcando um perfil essencial de todos os direitos que recebem tal adjetivação, enunciam as características básicas de seu regime jurídico. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 35)

A seguir, serão elencadas algumas características que permitem identificar o mencionado regime jurídico próprio dos direitos fundamentais. Porém, por cautela, convém tecer um esclarecimento prévio: esse regime jurídico próprio é aplicado na grande maioria dos casos envolvendo os direitos fundamentais; contudo, não se desconhece que, em um determinado caso concreto, possa advir alguma especificidade que enseje a aplicação de uma norma que destoe total ou parcialmente das características ordinárias do regime jurídico próprio a seguir elencadas. A exceção, contudo, não desnatura a regra; antes, a confirma.

São as seguintes características do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais:

### **2.6.1 Aplicação imediata dos direitos fundamentais**

Conforme previsão constitucional disposta no artigo 5º, § 1º da Carta Magna, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Dessa maneira, corroborando o neoconstitucionalismo já exposto neste trabalho, via de regra não é necessário que se aguarde uma eventual intermediação legislativa para que os direitos fundamentais previstos constitucionalmente possam ser efetivados. Contudo, essa interpretação ora exposta não é aceita de maneira unânime pela doutrina. Alguns autores ainda defendem a necessidade de lei para regulamentar a aplicabilidade dos direitos fundamentais. A título de exemplo, Ferreira Filho (2006, p. 100) entende que o artigo 5º, § 1º da CF não pode atentar contra a natureza das coisas, de maneira que os direitos fundamentais somente teriam aplicação imediata caso suas normas estivessem completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Grau (2007), ao explicar a aplicabilidade imediata, ressalta que:

[...] dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é autossuficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade. (GRAU, 2007, p. 318)

Há ainda outra posição doutrinária entendendo que apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão (direitos de liberdade) é que teriam sua aplicabilidade imediata, sob o argumento de que, como exigem tão somente uma omissão/abstenção estatal, o Estado não necessitaria de qualquer providência extra que ensejasse a intermediação legislativa. Para essa corrente, diferente seria a situação dos direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos de igualdade), cuja regulamentação por intermédio da lei é imprescindível por exigirem uma prestação estatal positiva, sendo que sua previsão constitucional seria classificada como mera norma programática. Na síntese exposta por Torres, S. F. (2006):

Desse modo, para muitos, os direitos sociais não se confundem com os fundamentais, eis que, na prática, aqueles constituem uma questão de política legislativa, pois dependem de mediação legislativa para efetivarem-se, enquanto estes, em sendo direitos de *status negativus*, são *self executing*, e por isso independem da mediação concretizadora ou densificadora dos poderes públicos. (TORRES, S. F., 2006, p. 775)

Essa foi, inclusive, uma das razões pelas quais houve a cisão dos direitos humanos de primeira e segunda dimensão em dois pactos internacionais diversos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos firmados em Nova Iorque, em 1966. Na época, imaginou-se que, com a cisão dos direitos humanos em dois pactos internacionais, os Estados teriam uma maior liberdade e propensão para aderirem a um pacto e não aderirem a outro, caso assim desejassem, na crença de que apenas os direitos humanos de segunda dimensão é que gerariam custo para sua implementação.

### **2.6.2 Indivisibilidade dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais formam um todo indivisível, não devendo o intérprete analisá-los de maneira isolada, estanque e cindível.

Neste tópico, cabe esclarecer que a divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões não significa, de maneira alguma, que deveria ser outorgada proteção apenas a uma dimensão de direito, isolando-a das demais dimensões. Isso porque, para que a dignidade da pessoa humana seja concretizada, é necessário que os direitos fundamentais de todas as dimensões estejam protegidos. Há, além da indivisibilidade, uma interdependência entre os direitos fundamentais, de modo que de nada vale proteger o direito fundamental de primeira dimensão caso os direitos de segunda e terceira dimensões estejam vulneráveis.

A classificação dos direitos fundamentais em dimensões se dá para fins didáticos e doutrinários, sem que essa sistematização tenha o condão de alterar o regime jurídico do direito fundamental em questão. Em outras palavras, todos os direitos fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico, de modo que um direito fundamental de primeira dimensão, marcado essencialmente pela necessidade de abstenção estatal, terá o mesmo regime jurídico aplicável ao direito fundamental de segunda dimensão, que é caracterizado pela exigência de ação positiva por parte do Estado. Portanto, a grande maioria dos direitos fundamentais das três dimensões segue o regime jurídico ora exposto, com suas características inerentes. Eventual exceção que exista não infirma a regra, mas sim a confirma.

### **2.6.3 Aplicação dos direitos fundamentais na relação de direito tanto público quanto privado**

Em seu nascedouro, os direitos fundamentais foram concebidos para protegerem o indivíduo do abuso do poder estatal. Serviam, portanto, como escudo protetor em face da vontade do Estado. Destarte, quando do seu surgimento, os direitos fundamentais foram concebidos para serem aplicados

nas relações de direito público (relação indivíduo *versus* Estado, também denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais).

Contudo, conforme já demonstrado no presente trabalho<sup>28</sup>, é cada vez mais aceito na doutrina o entendimento de que os direitos fundamentais também são aplicáveis às relações privadas (relação indivíduo *versus* indivíduo, também chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Por meio da presente característica, os direitos fundamentais são aplicáveis tanto na relação jurídica do indivíduo com o Estado quanto na relação jurídica do indivíduo com outro particular. Os direitos fundamentais são de observância obrigatória tanto para entidades públicas quanto para entidades privadas. No ordenamento jurídico brasileiro, essa posição é aceita pelo STF (BRASIL, 2005b)<sup>29</sup>.

Portanto, o entendimento de que os direitos fundamentais são também aplicáveis às relações entre particulares é cada vez mais difundido e aceito juridicamente.

#### **2.6.4 Universalidade**

Por meio da presente característica, os direitos fundamentais são aplicáveis a todos os indivíduos, independentemente de gênero, etnia, nacionalidade ou outros fatores. Assim, os direitos fundamentais são aplicáveis a qualquer pessoa, independentemente da sua condição de nacional, desde que esteja submetida à soberania brasileira (se se está a falar, por exemplo, de direitos fundamentais dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

---

<sup>28</sup> Vide tópico 2.1.

<sup>29</sup> Cabe conferir o excerto do seguinte julgado: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II [...]. (BRASIL, 2005b).

Contudo, uma ressalva deve ser feita: os direitos fundamentais são aplicáveis universalmente a todas as pessoas que se encontrem na mesma posição. Todavia, há pessoas que se encontram em posições jurídicas distintas. A título de exemplo, pode-se mencionar o direito ao voto, que não se aplica aos conscritos durante o período de serviço militar, nem aos estrangeiros (art. 14, § 2º, CF); e os direitos trabalhistas, que se aplicam, obviamente, apenas aos trabalhadores. Em linguagem mais simples, os direitos fundamentais são universais, respeitadas clivagens específicas (infância, mulheres, trabalhadores, dentre outros.) (NUNES JUNIOR, 2009, p. 37).

### **2.6.5 Titularidade**

Por meio da presente característica, todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais, o que se relaciona com a característica anterior. No entanto, uma advertência deve ser elencada: não se deve confundir os institutos da titularidade de direitos fundamentais (inerente a todas as pessoas) com os conceitos de capacidade de direito e de fato.

Capacidade de direito é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, ao passo que capacidade de fato é a aptidão para exercitar, por si só, tais direitos e obrigações. Assim, a título de exemplo, pode-se afirmar que uma criança é inegavelmente titular de direitos fundamentais. Caso tais direitos sejam ofendidos, essa criança poderá demandar a sua proteção em juízo, sendo representada no processo judicial pelos seus genitores/responsáveis legais. Portanto, o fato de uma criança ser representada judicialmente pelos genitores em um processo não lhe retira a titularidade dos direitos fundamentais.

Além disso, outra ressalva deve ser feita: os direitos fundamentais, incluídos aí os direitos sociais, são de titularidade de todas as pessoas, individualmente consideradas. Em outras palavras, quer-se dizer que o simples fato de os direitos sociais se referirem a uma dimensão do indivíduo enquanto membro de uma sociedade não tem o condão de torná-los de titularidade coletiva, negando-lhes a condição de direitos subjetivos exigíveis judicialmente em demandas individuais. Os direitos fundamentais são essencialmente ligados

à pessoa humana individualmente considerada, ainda que se possa visualizar que a sua implementação redunde em melhora na relação indivíduo-comunidade (no caso dos direitos sociais) ou indivíduo-humanidade (no caso dos direitos difusos *lato sensu*). Assim, certamente a proteção dos direitos sociais pode se dar em âmbito individual, exercida pelo seu titular, por exemplo, em demanda proposta judicialmente.

Essa mesma conclusão é apresentada por Sarlet (2012), ao afirmar que:

Embora os direitos sociais (como, aliás, se dá com os demais direitos humanos e fundamentais) sejam direitos da pessoa humana situada no seu entorno coletivo, isto não significa dizer que apenas possam ser exercidos no contexto coletivo (pela ação dos grupos ou coletividades), pois os direitos sociais encontram seu fundamento e sua função na proteção das pessoas no contexto de sua situação concreta na sociedade. (SARLET, 2012, p. 217)

Portanto, os direitos fundamentais se materializam no plano do indivíduo enquanto titular dos direitos subjetivos.

### **2.6.6 Irrenunciabilidade**

Os direitos fundamentais são inerentes aos seres humanos, objetivando, em última análise, a concretização da dignidade da pessoa humana. Destarte, por um imperativo lógico, sua renúncia acabaria, por via indireta, a significar a renúncia à própria dignidade da pessoa humana.

Quando se trata da análise dos direitos fundamentais, a renúncia acaba adquirindo um caráter perene, perpétuo, de modo que, se fosse admitida a renúncia a um direito fundamental, tal fato significaria abrir mão do referido direito pelo resto da vida do indivíduo, o que não é permitido.

O que se admite juridicamente é o não exercício temporário de um direito fundamental, para que outro possa prevalecer no caso concreto. Assim, havendo dois direitos fundamentais aplicáveis simultaneamente no mesmo caso concreto, um cede espaço para outro, sem que isso signifique a renúncia perpétua ao

direito fundamental. Trata-se de técnica doutrinária de harmonização dos direitos fundamentais.

### **2.6.7 Restrição**

A restrição a um direito fundamental deve ocorrer, em regra, por meio de lei expressa. Segundo o artigo 5º, inciso II da CF, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa maneira, a restrição a um direito fundamental, até mesmo por conta do imperativo constitucional mencionado, deve ocorrer por meio de lei. O vocábulo “lei”, no presente caso, deve ser considerado em seu sentido amplo, a significar que a restrição imposta a um direito fundamental pode se dar por meio de lei infraconstitucional ou também por normas constitucionais. Não se deve esquecer ainda que, em determinadas hipóteses, um direito fundamental pode ser restringido por outro direito fundamental, mesmo que não haja lei expressa admitindo a restrição, ou seja, a restrição de um direito por outro ocorre pelo cotejo de dois ou mais direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Trata-se da aplicação da técnica da ponderação, com a sua subdivisão em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esses três elementos parciais formam um todo denominado máxima de proporcionalidade, exprimindo a ideia de otimização e razoabilidade.

Dessa maneira, no âmbito dos direitos fundamentais, a antiga lógica formal de subsunção estrita do fato à norma (cabível em um cenário de exortação do positivismo jurídico) é alterada para um modelo de lógica do razoável (ou lógica da equidade), cenário no qual a razoabilidade é levada em consideração no lugar de uma pura subsunção entre aquilo que é praticado pelo indivíduo e aquilo que a norma impõe como resultado para aquela prática (GONZAGA, 2017).

Gonzaga (2017) assim explica a utilização do método da lógica do razoável:

[...] o jurista não precisa demonstrar que aquele caminho a ser percorrido é de acordo com a lógica tradicional silogística; o juiz não precisa torcer a técnica para fundamentar uma decisão de

forma dedutiva. Basta que percorra um caminho tridimensional partindo do fato, atualizando-o com os valores correspondentes, para assim construir um significado normativo que dê segurança jurídica ao caso, sempre perpassando sua construção intelectual pela tópica e pelas retóricas contundentes, construindo assim uma decisão prudente, equitativa e razoável para o caso, de modo a permitir um eficiente acesso à justiça e uma maior efetividade do Direito. (GONZAGA, 2017, não paginado)

A razoabilidade – é importante esclarecer – é valor juridicizado, ou seja, aqui se está a tratar de instituto albergado pelo Direito, e não fora dele. Apesar de expressar conceito indeterminado (mas passível de determinação no caso concreto), a razoabilidade não deixa de constituir um fenômeno jurídico. Em adição, consigne-se que a interpretação razoável deve encontrar guarida nas várias interpretações extraíveis de uma norma jurídica, provando-se que é fenômeno endógeno ao Direito.

Para Bulos (2007, p. 292), o princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou proibição de excesso é o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de se compreender os textos normativos. Por meio da razoabilidade, o intérprete elimina as distorções, as anomalias, os absurdos provenientes do arbítrio e do abuso de poder. Trata-se de um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e legislativa, permitindo ao Poder Judiciário invalidar as ações abusivas dos administradores e dos legisladores.

Para Guerra Filho (2009, p. 157), a proporcionalidade é o “princípio máximo procurado”, por meio do qual busca-se o que for fática e juridicamente possível, obtendo-se a otimização na adequação entre a teoria da norma (dever-ser ideal) e a realidade existencial humana. É o equilíbrio a própria ideia do Direito.

No entendimento de Grau (2013, p. 133), a proporcionalidade e razoabilidade não são princípios, mas sim pautas normativas de aplicação do Direito. Em sua visão, a doutrina e a jurisprudência tomam a proporcionalidade e a razoabilidade como princípios em uma tentativa ousada de corrigir o

legislador, invadindo sua competência. Complementa afirmando que, com este procedimento, ambas acabam por ser rotineiramente banalizadas.

Alexy (2014, p. 6-7), ao discorrer sobre os elementos da proporcionalidade, ensina que as máximas da adequação e da necessidade se referem à otimização das possibilidades fáticas, consistentes em evitar custos. Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito exprime a otimização das possibilidades jurídicas, que consiste na seguinte lei da ponderação: quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Bulos (2007, p. 293) também afirma que adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são as três subdivisões da própria proporcionalidade (gênero). Pelo viés da adequação, tem-se que as medidas adotadas pelo Poder Público devem ser capazes de atingir os objetivos pretendidos (é de se indagar aqui se os meios são adequados aos fins a que se destinam). Pelo viés da necessidade, os meios devem ser os menos gravosos possíveis para o atingimento dos fins visados, evitando-se, pois, excessos ou exageros que podem induzir um arbítrio. Por fim, pelo viés da proporcionalidade em sentido estrito verifica-se a relação entre os ônus impostos e o benefício resultante da medida (relação de custo-benefício).

No Brasil, a proporcionalidade é extraída por imperativo do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF) e da cláusula do devido processo legal em seu aspecto material (art. 5º, inciso LIV, CF), ainda que ela não tenha sido expressamente referida no texto constitucional.

Vale ainda explicitar que a proporcionalidade exprime tanto um sentido positivo, significando a proibição da proteção deficiente (ou seja, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais de maneira suficiente) quanto um sentido negativo, a significar a proibição do excesso, de maneira a não privilegiar desmedidamente um direito em detrimento de outro.

Em se tratando de direitos fundamentais em conflito, há de se buscar, com prioridade, uma solução que otimize ao máximo os princípios e direitos envolvidos, justamente pelo recurso à técnica hermenêutica da ponderação. A utilização dessa técnica auxilia o intérprete a alcançar a justa proporção na

ponderação entre os interesses constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental (BINENBOJM, 2014, p. 124).

Em algumas hipóteses, a própria CF já antecipou um juízo de ponderação entre diferentes interesses em conflito. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da desapropriação, que representa um clássico conflito entre o direito individual de propriedade e o interesse da coletividade em ver realizada uma obra ou serviço público. No citado exemplo, a CF procurou harmonizar os interesses distintos, permitindo-se a desapropriação para o atendimento do interesse público, desde que seja paga uma indenização justa, prévia e em dinheiro. Não houve uma opção constitucional pura e simples pelo interesse coletivo, como seria de se imaginar caso se tratasse de uma expropriação. Houve, em verdade, harmonização entre interesses distintos, em uma situação na qual o direito de propriedade não foi suprimido totalmente, tendo em vista o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro.

Em outros casos nos quais não haja um juízo prévio de ponderação estabelecido nem na Constituição, nem na legislação infraconstitucional, caberá ao intérprete acomodar os interesses em conflito, utilizando-se da já referida técnica da ponderação, com os seus elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Cabe ainda explicitar que, na lição de Canotilho (2016, p. 1276), há, basicamente, três formas admitidas de restrições aos direitos fundamentais: (1) restrições diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais; (2) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da Constituição; e (3) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, mas que são admitidas pela necessidade de resolução de conflitos de direitos.

Para Binenbojm (2014, p. 123), as restrições aos direitos fundamentais podem ser da seguinte ordem: (1) restrições sujeitas à reserva de lei simples; (2) restrições sujeitas à reserva de lei qualificada; e (3) restrições imanentes ou implícitas.

A reserva de lei simples exsurge quando a própria norma constitucional admite que a restrição a um direito fundamental seja veiculada por lei, a exemplo

do artigo 5º, inciso VI da CF<sup>30</sup>. Já pela reserva de lei qualificada, a Constituição não apenas admite que a lei restrinja um direito fundamental como também estabelece determinadas finalidades a serem perseguidas pela lei ou os meios a serem obrigatoriamente adotados pelo legislador, a exemplo do artigo 5º, inciso XIII, da CF, que estabelece restrições atinentes às qualificações profissionais. Por fim, as restrições imanentes ou implícitas são aquelas que, embora não previstas expressamente na norma definidora do direito fundamental, decorrem da unidade da Constituição, isto é, da concordância e harmonização entre os diversos direitos fundamentais (BINENBOJM, 2014, p. 123). Pelo princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, as normas nela contidas possuem igual dignidade, não havendo hierarquia entre elas, de modo que devem se compatibilizar em eventual conflito.

É de se observar, portanto, que a CF admite, explícita ou implicitamente, a restrição a um direito fundamental como condição de subsistência e efetivação de outros direitos ou interesses, individuais ou coletivos, tão ou mais importantes que o direito fundamental sacrificado.

Na síntese de Gonçalves, I. D. (2011, p. 105), “restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial do direito fundamental”, justamente porque a máxima da proporcionalidade é técnica de harmonização de direitos com lastro constitucional.

### **2.6.8 Direitos fundamentais considerados como princípios jurídicos**

Hodiernamente, os princípios jurídicos são considerados espécies do gênero normas jurídicas, ao lado das regras, sendo dotados de força cogente. Assim, não se admite mais o antigo entendimento de que os princípios jurídicos possuem apenas uma função de norte interpretativo, sendo tão somente utilizados quando houver ausência de lei regulamentadora, a exemplo do que consta no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL,

---

<sup>30</sup> Art. 5º, VI, CF: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

1942): “art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A leitura apressada do mencionado artigo pode causar o equivocado entendimento de que um princípio jurídico somente poderia ser invocado na completa ausência de lei, significando uma espécie de hierarquia jurídica, na qual a lei positiva estaria em patamar superior ao do princípio. Essa interpretação não tem mais cabimento nos dias atuais.

Alexy (2015) expõe seu entendimento sobre o que se entende por princípio jurídico:

[...] princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015, p. 90)

Portanto, os princípios devem ser satisfeitos na maior medida possível, permitindo-se concluir que eventual colisão entre eles se resolve pelo método da ponderação, sem que isso signifique a invalidação permanente de um princípio em detrimento de outro.

Por sua vez, as regras jurídicas contêm determinações que auxiliam na concretização dos princípios, sendo, ao contrário destes últimos, aplicadas no método do “tudo ou nada”, isto é, ou são sempre satisfeitas ou não. Nesse ponto, cabe mencionar a lição de Ronald Dworking (2014a, p. 39), para quem “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” Em complemento a esse entendimento, Alexy (2015, p. 91) acrescenta que “se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Portanto, enquanto a colisão entre princípios jurídicos se resolve pelo método da ponderação, a colisão entre regras jurídicas se resolve pelo método da subsunção, ou seja, a situação de fato sofrerá a

incidência de uma regra, com exclusão das demais supostamente aplicáveis ao mesmo caso concreto<sup>31</sup>.

Destarte, ao se sustentar que os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, em verdade deseja-se afirmar que eles devem ser aplicados na maior medida possível. Eventual conflito entre direitos fundamentais não enseja que um direito seja invalidado por outro, mas sim que um direito fundamental ceda em favor de outro em determinada situação, sem que isso signifique a extinção de um direito por outro (ponderação)<sup>32</sup>.

Ramos (2015, p. 110) ensina que a colisão de direitos “é constatada quando o exercício de um determinado direito prejudica o exercício de outro direito do mesmo titular ou de um titular diverso”. Acrescenta ainda que a colisão pode ocorrer do ponto de vista subjetivo ou objetivo. A colisão de direitos no aspecto subjetivo se refere ao conflito entre direitos do mesmo titular (exemplo: se o titular pode dispor do direito a ser sacrificado) ou de titulares diversos. Já do ponto de vista objetivo, a colisão pode envolver direitos idênticos ou direitos de diferentes espécies.

Ainda em relação à colisão de direitos, vale mencionar a existência das chamadas teorias interna e externa. Pela teoria interna, todo direito já possui um limite interno definido na própria norma jurídica que o prevê. Vale dizer: da norma jurídica já seria possível extrair não apenas o direito, mas também os seus limites, de modo que não seria possível um direito colidir com o outro. Eventual colisão seria apenas aparente, pois o direito, por já ter seu limite conhecido na norma, em verdade nunca incidiu sobre aquela situação fática em questão (RAMOS, 2015, p. 111). Já pela teoria externa, há separação entre o conteúdo do direito e os limites que lhe são impostos do exterior, provenientes de outros direitos, de modo que, em um primeiro momento, um direito seria aplicável *prima*

---

<sup>31</sup> Sabe-se que o próprio Alexy (2015, p. 90, nota n. 24) admitiu, ainda que de forma sutil em sua obra, a ponderação entre regras, sob o argumento de que, tendo em vista que toda regra concretiza um princípio e sendo este um valor, o conflito entre regras também poderia caracterizar um conflito de valores, solucionável pela via da ponderação.

<sup>32</sup> A natureza principiológica dos direitos fundamentais é afirmada genericamente. Porém, não se ignora que, em determinadas situações, os direitos fundamentais também podem assumir a feição de regras jurídicas quando exprimem “intenção de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos”, conforme lição de Didier Júnior e Zaneti Júnior (2007, p. 108).

*facie* e abstratamente a uma dada situação fática. Contudo, em um segundo momento, deveria ser avaliado pelo intérprete se há limites justificáveis, oriundos de outros direitos, de modo a impedir ou restringir que o direito aparente (*prima facie*) seja considerado um direito definitivo Ramos (2015, p. 113). A justificativa para a eliminação ou restrição do direito aparente ocorrerá pelo já citado método da ponderação ou sopesamento. Conforme se verificará ao longo do presente trabalho, adotou-se neste estudo a teoria externa envolvendo o conflito entre direitos fundamentais.

A posição ora adotada se revela amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente nos chamados casos difíceis (*hard cases*), que são aqueles casos submetidos a julgamento nos quais (1) inexistente lei ou precedente judicial a nortear a decisão a ser tomada, ou (2) ao reverso, há mais de uma norma disponível para a solução do caso, veiculando inclusive orientações opostas, ou ainda (3) quando a norma aparentemente incidente sobre o caso se mostra excessivamente agressiva ao ponto de ferir o senso comum de equidade ou de justiça.

A adoção da teoria externa pela jurisprudência brasileira pode ser comprovada pelo seguinte excerto extraído do julgamento do RE 865.401/Minas Gerais no STF, no voto do relator ministro Dias Toffoli:

As restrições a direitos fundamentais decorrem de um resultado natural do sistema normativo, na medida em que esses, quando de primeira dimensão, importam em mandamentos de otimização, os quais podem sofrer restrições expressas pela Constituição ou por normas infraconstitucionais autorizadas, ou, ainda, restrições em sentido amplo, quando decorrentes das intervenções fáticas sobre esses direitos, as quais podem nascer do respeito a direitos fundamentais de terceiros, como foi, por exemplo, mencionado no art. 32.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabeleceu que os direitos de cada pessoa se encontram limitados pelos direitos dos outros, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum em uma sociedade democrática. (BRASIL, 2018c, não paginado)

A principal crítica feita à teoria externa é que ela fomenta uma inflação de conflitos levados ao Poder Judiciário, justamente pelo aumento da imprevisibilidade e insegurança, o que enseja a necessária ponderação.

Contudo, vale lembrar que, em sendo as Constituições modernas cartas políticas repletas de direitos fundamentais, por vezes com conceitos abertos e indeterminados, destinados a sociedades cada vez mais complexas e plurais, os conflitos entre direitos fundamentais são inevitáveis. Ademais, ainda que o Poder Judiciário seja o responsável pela última palavra nos conflitos entre direitos levados à sua apreciação, ele não detém o monopólio da interpretação constitucional: os Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, ao criarem leis envolvendo políticas públicas para depois executá-las, já estão fazendo um juízo (prévio) de ponderação ao escolher a efetivação de um direito e não de outro.

Por fim, vale ressaltar que eventual adoção da teoria interna acabaria por criar maiores dificuldades práticas, afinal, (1) nem sempre os limites de um direito já são conhecidos *a priori* e (2) adotar a teoria interna nos casos difíceis faria com que o intérprete fizesse, antes, uma ponderação camuflada ou escamoteada, para depois expor um conteúdo verdadeiro do direito delimitado, o que, fatalmente, levaria à adoção da teoria externa por vias transversas (SARMENTO; GALDINO, 2010, p. 259).

### **2.6.9 Inexauribilidade dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais não se exaurem com o tempo. Ao contrário, estão em constante transformação, justamente para se atender às novas demandas sociais. Assim, novos direitos fundamentais vão surgindo, conforme surjam novos anseios sociais. Não há um leque fechado de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais formam, portanto, um catálogo aberto à entrada de novos direitos, a depender da demanda da sociedade. Como bem sintetiza Bobbio (2004, p. 18), “não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar [...]”

Dessa maneira, em breve síntese, essas nove características dos direitos fundamentais fazem com que o seu regime jurídico seja considerado próprio, isto é, diverso do regime jurídico de direito público ou de direito privado.

Por cautela, um ponto deve ser elencado: evidentemente, há outras características inerentes aos direitos fundamentais que não foram aqui mencionadas, seja porque o objetivo do presente trabalho não é discutir à exaustão todas as características dos direitos fundamentais, seja porque diferentes autores promovem diferentes classificações.

Sabe-se ainda a existência de posição doutrinária defendendo a diferença entre os regimes jurídicos dos direitos fundamentais de primeira dimensão e os de segunda, que utiliza o argumento de que os primeiros possuem regime jurídico de aplicação imediata, enquanto nos segundos haveria um déficit de exequibilidade, pois (supostamente) são dependentes da existência de lei intermediadora<sup>33</sup>.

Contudo, no presente trabalho adotar-se-á a vertente doutrinária que entende que o artigo 5º, § 1º da CF (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”) é aplicável a todos os direitos fundamentais (das três dimensões), mesmo porque a Constituição brasileira não fez diferenciação de regimes jurídicos ao tratar do tema.

---

<sup>33</sup> Por todos, é de se conferir a posição de Ricardo Lobo Torres (2010, p. 336): “os direitos sociais, que não são fundamentais, representam direitos *prima facie*, que necessitam da *interpositio legislatoris* para se tornarem definitivos”.

### 3 OS CUSTOS DOS DIREITOS

Os anseios sociais, ao serem reconhecidos formalmente como direitos, passam a demandar a sua proteção estatal, tarefa que envolve custo. Se um direito é reconhecido no âmbito legislativo, pode-se afirmar que concomitantemente fora criada uma obrigação para alguém. Caso se esteja a falar do reconhecimento legislativo de um direito fundamental, é de se afirmar que, ao mesmo tempo, fora criada uma obrigação de proteção em face do Estado. Nesse sentido, é prudente recordar a lição de Bobbio (2004, p. 8), para quem “não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta”. Como se observa, essa obrigação gerará dispêndio de recursos estatais, já que é dever do Estado proteger os direitos fundamentais e a própria manutenção da estrutura estatal para o cumprimento desse mister é, por si só, geradora de custos.

Em uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetária, é crescente o anseio e a luta por novos direitos, a despeito dos direitos já existentes. Ingeborg Maus (2009, p. 187), ao discorrer sobre a sociedade e a vontade geral do povo, chega a afirmar que aquele sujeito decisório coletivo uniforme é incompatível com a sociedade multicultural pluralista moderna. Dessa maneira, atualmente, não há uma única vontade social, mas sim uma pluralidade de vontades de diferentes grupos sociais.

Contudo, o reconhecimento de uma gama crescente de direitos carrega consigo uma face oculta dos direitos fundamentais, para utilizar uma expressão de Nabais (2002), traduzida nos deveres e nos custos que os direitos fundamentais carregam.

Ao discorrer sobre a face oculta dos direitos fundamentais, Nabais (2002) argumenta:

Estou seguro de que o objecto que escolhi para esta minha exposição não está na moda nos tempos que correm. A bem dizer não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correcta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam,

não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica. (NABAIS, 2002, p. 11)

Em qualquer sociedade organizada, mormente no atual estágio do Estado moderno, o funcionamento estatal (incluindo aí a implementação de direitos) é suportado pela sociedade, seja por meios diretos ou indiretos.

Inicialmente, duas premissas devem estar claras: a primeira, em relação à palavra “custo”. Ao se falar em custo, o intérprete pode ter a falsa percepção de que se está a falar apenas sobre o aspecto financeiro, o que não é verdade. Custo, para além do aspecto financeiro, envolve toda externalidade negativa produzida. Assim, evidentemente que a questão financeira/orçamentária tem o seu papel de relevo, mas não é o único item a compor a palavra “custo”. Para Nabais (2002, p. 19), há três tipos de custos *lato sensu* suportados pela sociedade: (1) os custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado (exemplo: defesa militar); (2) os ligados ao funcionamento democrático do Estado (exemplo: dever de votar); e (3) os custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos, concretizados no dever de pagar impostos.

Adeodato e Carvalho (2012, p. 169), ao tratarem do custo para a implementação de direitos, asseveram que “os custos referidos não são unicamente financeiros, mas também aqueles decorrentes de proteções jurídicas que excluem outras oportunidades ou outras proteções”, ou seja, deve-se levar em conta na efetivação de uma política pública o chamado custo de oportunidade.

A segunda premissa se relaciona à questão da sindicabilidade de direitos fundamentais: o fato de eles gerarem custo para a sua implementação não os impede de serem demandados em juízo. Esse é apenas um dos aspectos que o Poder Judiciário deverá levar em consideração na análise do pedido que lhe fora formulado.

Nas palavras de Escrivão Filho e Sousa Junior (2016):

De fato, é comum a negativa de direitos por parte do Estado assumir formas diversas, variando desde a questão financeira – usualmente invocada contra a reivindicação dos Dhesc [direitos humanos econômicos, sociais e culturais], como se os direitos civis e políticos do

sufrágio e liberdade não dependessem, por exemplo, de vultuosos investimentos na estrutura eleitoral e segurança pública, respectivamente [...]. (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 43)

Portanto, o custo dos direitos se traduz na responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma sociedade organizada (NABAIS, 2002, p. 28).

O custo está presente em qualquer direito, seja ele um direito de liberdade ou um direito social. Até mesmo a simples manutenção de uma estrutura estatal apta a proteger um direito já comprova que todos eles possuem algum custo para a sua existência.

Os direitos de primeira dimensão, por exigirem uma abstenção estatal, podem causar a falsa percepção de que são indenés de custo para serem implementados. Portanto, cabe dirimir a confusão entre a exigência de abstenção estatal (pretensão negativa do direito) e a necessidade de atuação estatal para a implementação e proteção do direito (pretensão positiva).

O direito humano de primeira dimensão (ou direito de defesa) surgiu para conter o abuso do poder estatal. Dessa maneira, é inerente a essa modalidade de direito a exigência de abstenção do Estado. Contudo, essa abstenção não significa simplesmente que o Estado nada irá fazer (a prevalecer este entendimento, os governantes mais relapsos seriam os mais virtuosos – bastaria nada fazerem para respeitarem os direitos humanos). A abstenção aqui referida deve ser entendida como o direito de o indivíduo não ser atrapalhado/obstado ilegitimamente pelo Estado na aquisição, gozo e fruição de um direito.

Portanto, para que um direito humano de primeira dimensão seja respeitado pelo Estado, não basta a omissão deste (pretensão negativa do direito), mas também um fazer estatal (pretensão positiva), no sentido de efetivar medidas (inclusive materiais) para a implementação do direito. Isso, evidentemente, gera um custo a ser suportado pela sociedade. Via de regra, o respeito a um direito fundamental de primeira dimensão não é conquistado apenas com uma pretensão negativa pura, mas também com uma certa dose de pretensão material positiva. Até mesmo a simples manutenção de órgãos

administrativos e jurisdicionais para a efetivação dos direitos já demandam um custo a ser suportado pela sociedade.

Na lição de Schier e Schier (2018):

[...] apesar dos direitos individuais possuírem também custo para o Estado, em relação a eles e contra eles normalmente não são colocados, ao menos aqui no Brasil, argumentos vinculados com a existência de barreiras ou limitações econômicas para bloquear a atuação estatal e a realização judicial. (SCHIER; SCHIER, 2018, p. 72)

A falsa percepção de que os direitos de primeira dimensão não possuiriam custos para serem implementados é fomentada pelo fato de que tais direitos normalmente são custeados por meio de impostos (custo indireto), o que seria um dificultador em relação à percepção de custo direto dos direitos sociais prestacionais, por exemplo.

Nesse sentido é o entendimento de Nabais (2002), para quem:

[...] todos os direitos têm custos financeiros públicos, sejam custos indirectos nos clássicos direitos de liberdade, sejam custos directos nos direitos sociais. O que significa que todos os direitos têm custos financeiros públicos e sobretudo que os clássicos direitos e liberdades não têm apenas custos privados ou sociais, como uma visão menos atenta da realidade pretendeu fazer crer. (NABAIS, 2002, p. 21)

Holmes e Sunstein (2019, p. 96) também defendem o entendimento de que todos os direitos possuem custos para a sua implementação, inclusive os direitos de primeira dimensão. Em suas palavras, “nossas liberdades em relação às intromissões do Estado não são menos dependentes do orçamento nacional que nosso direito à assistência do Estado”.

Mais à frente na mesma obra, admitem que o argumento de que os países pobres têm condições econômicas de implementar a primeira geração de direitos, mas não a segunda, não é completamente desprovido de razão, porém, concomitantemente, é “simples demais”. Isso porque, quando os direitos de

primeira dimensão são levados a sério, eles se revelam bastante custosos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 96).

Na síntese exposta por Batista (2017, p. 52), “proteger a propriedade privada envolve elevado dispêndio de recursos públicos tanto quanto manter um sistema de previdência”, a denotar que tanto os direitos de primeira quanto os de segunda dimensão possuem custos para serem implementados.

O entendimento ora exposto não é unanimidade na doutrina. Ao se afirmar que os direitos de primeira dimensão também geram custos estatais, estar-se-á contrariando a posição, por exemplo, de Galdino (2005, p. 197), para quem “os direitos de liberdade, tidos como meramente negativos (ou demandando apenas prestações não fáticas), podem assim ser integralmente garantidos e efetivados, sem as amarras sempre severas das reservas orçamentárias”. Anteriormente na mesma obra, o autor expressou seu entendimento sobre o tema ao afirmar que “uma vez que os direitos individuais ou da liberdade não demandam prestação estatal (recursos), somente os sociais estarão sujeitos às escolhas trágicas” (GALDINO, 2005, p. 162). Como já deve ter restado claro, a presente tese discorda dessa posição.

A negligência no custo na implementação de um direito, seja pelo administrador público, seja pelo magistrado, pode significar, inclusive, a não realização de outros direitos humanos, em caso de acentuada escassez orçamentária. Nisso reside a importância da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos: a concessão isolada de um direito humano não pode dispensar o seu cotejo com outros direitos humanos concretizadores da dignidade, tão ou mais importantes que o primeiro em uma relação de ponderação. Na síntese de Villey (2016, p. 8), “cada um dos pretensos direitos humanos é a negação de outros direitos humanos, e praticado separadamente é gerador de injustiças”.

Existe ainda a posição doutrinária defendida por Nabais (2002), para quem a clássica dicotomia entre direitos de liberdade e direitos de prestações não guarda influência para a análise dos custos dos direitos. Em suas palavras:

Por isso, do ponto de vista dos custos comunitários, que o mesmo é dizer do ponto de vista dos custos para os contribuintes, a tradicional e arraigada distinção dicotômica, quando não mesmo maniqueísta, entre direitos negativos ou direitos de liberdade e direitos positivos ou direitos de prestações, não faz o menor sentido. (NABAIS, 2002, p. 28)

Igualmente, não é comum se observar a discussão do custo dos direitos quando se está a tratar dos denominados direitos sociais economicamente neutros, na expressão utilizada por Murswiek (*apud* SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 16), ou seja, aqueles direitos fundamentais que são financiados pela cobrança direta de taxas e tarifas públicas.

Dessa maneira, comumente se observa com maior facilidade a discussão acerca do custo dos direitos em relação aos direitos fundamentais sociais custeados por meio de impostos, que formam um belo exemplo do que Nabais (2002) denomina de deveres fundamentais<sup>34</sup>.

Na síntese de Alexy (2015, p. 510), “todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos”, sendo que, para a realização desses direitos, “o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas”.

Conforme já afirmou o ministro Gilmar Mendes em voto proferido no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/Ceará:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. (BRASIL, 2010b, não paginado)

Com a presente explicação, não se quer sustentar que o custo dos direitos é barreira insuperável à efetivação dos direitos fundamentais. Contudo,

---

<sup>34</sup> Na lição de Nabais (2002, p. 17), “os deveres fundamentais se configuram como posições jurídicas passivas (não activas), autônomas (face aos direitos fundamentais), subjectivas (já que exprimem uma categoria subjectiva e não uma categoria objectiva), individuais (pois têm por destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoas coletivas) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação)”.

inegavelmente, esse custo possui sua relevância, não podendo o assunto ser negligenciado ou colocado em patamar de menor importância.

Prova da importância do presente tema é que, em novembro de 2019, um grupo de senadores apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 188/2019, que, entre outras alterações, pretende incluir um parágrafo único no artigo 6º da CF, com a seguinte redação: “Será observado, na promoção dos direitos sociais, o direito ao equilíbrio fiscal intergeracional” (BRASIL, 2019c, não paginado). Conforme se denota, já há uma crescente preocupação legislativa com a relação entre a efetivação de direitos e o equilíbrio fiscal intergeracional.

Na definição de Holmes e Sunstein (2019, p. 75), “para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos”.

Como bem lembrado por Schier e Schier (2018, p. 74), “levar a sério os direitos sociais implica levar a sério também o problema da escassez de recursos, mas sem que isso signifique entronizar (sobrevalorizar) a reserva do possível num patamar de cláusula insuperável”.

Ainda no julgamento da STA nº 175/CE, o relator ministro Gilmar Mendes expressou semelhante entendimento, ao afirmar que:

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”. (BRASIL, 2010b, não paginado)

Nabais (2002, p. 20) chegou a sugerir que “a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos”, ou seja, ao reconhecer um direito a um indivíduo, o Estado estaria permitindo que ele agisse de determinada maneira (liberdade), mas isto geraria um custo comunitário.

Portanto, todos os direitos possuem custos para a sua implementação, sejam os direitos de liberdade ou os direitos sociais. Negligenciar essa externalidade na efetivação de um direito fundamental significa desprezar um elemento importante na tomada da decisão alocativa de recursos. Ademais,

significa desprezar que a efetivação de um direito pode significar a não efetivação de outro, quando não há recursos disponíveis para se suprir simultaneamente todas as necessidades humanas existentes (o que comumente ocorre).

Holmes e Sunstein (2019, p. 78) estabelecem, ainda, uma correlação entre custo e efetivação dos direitos. Em seus entendimentos, todos os direitos possuem um custo, o que significa que a efetivação de um direito sempre será influenciada pelo interesse do contribuinte em economizar (ou não) seu dinheiro. Além disso, os direitos diminuirão quando os recursos diminuïrem, podendo se expandir à medida que se expandam os recursos públicos.

Não se deseja afirmar, com isso, que o custo seja um óbice insuperável na implementação de um direito, mas sim que se constitui em um elemento relevante capaz de influenciar a tomada de decisão administrativa ou judicial. É de se recordar que a ciência jurídica, apesar de autônoma em relação às demais ciências, não está imune da influência de outros campos do saber humano e das circunstâncias fáticas porventura existentes.

### **3.1 O papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais**

O Poder Judiciário, hodiernamente, ocupa inegável posição de destaque na efetivação de direitos fundamentais, mormente os direitos sociais. Todavia, para se chegar a essa fase, um longo caminho foi percorrido

Há uma antiga máxima advogando que o século XVIII foi o século da proeminência do Poder Legislativo, o século XIX foi o século do protagonismo do Poder Executivo e o século XX foi o século do Poder Judiciário, sendo que não seria demasiado se afirmar que o século XXI continua sendo o século do Judiciário. Porém, nem sempre foi assim.

Na época dos Estados absolutistas, o poder de julgar comportamentos alheios estava submetido ao crivo do monarca e, evidentemente, não havia uma função jurisdicional independente de sua vontade pessoal.

Após as Revoluções Liberais do século XVIII, com a instituição do Estado de Direito, houve o estabelecimento da tripartição das funções estatais ou, em

linguagem coloquial, da tripartição dos poderes, com o objetivo de se limitar o exercício de um poder pelo outro.

Nessa época pós-Revolução Francesa, o Poder Judiciário cumpria um papel de estrita obediência legal. O juiz cumpria a função de ser a “boca da lei” (*la bouche de la loi*), sem margem para qualquer interpretação legal que destoasse da interpretação literal. O juiz deveria limitar-se à interpretação literal da lei, como forma de conter o exercício do poder jurisdicional. Isso se dava por haver um temor de que os juízes, mediante interpretações elásticas da legislação, pudessem dar azo ao retorno da monarquia ao poder. Daí porque o juiz devia obediência irrestrita às leis, fruto da vontade do novo titular do poder estatal, o povo, manifestada pelos seus representantes no Poder Legislativo. Por isso se diz que o século XVIII foi o século do Poder Legislativo.

Durante o século XIX e início do século XX, o Poder Judiciário não guardou maior relevância. Basicamente, inclinava-se para o conservadorismo e manutenção de um *status quo*. Nas palavras de Santos, B S. (2011, p. 19), o Poder Judiciário era “o órgão de soberania menos perigoso ou mais fraco por não ter condições para aplicar as suas próprias sentenças.” Vale lembrar que o Poder Judiciário não possui o domínio de recursos financeiros do Estado (matéria de competência dos Poderes Legislativo e Executivo), nem tem um exército próprio à sua disposição para recorrer à força caso necessária ao cumprimento de suas decisões (atribuição do Poder Executivo).

Aliás, desde o século XVIII é conhecido o argumento de que a atribuição de controle de constitucionalidade deveria ser conferida ao Poder Judiciário, uma vez que este poder não possuía nem a “espada” (dependendo do Poder Executivo para o emprego das forças armadas e policiais), nem a “bolsa” (pois o destino dos recursos públicos seria matéria atinente ao Poder Legislativo)<sup>35</sup>.

O constitucionalismo, movimento pelo qual a Constituição foi erigida ao documento mais importante de um ordenamento jurídico, surgido modernamente

---

<sup>35</sup> Vide, a título de exemplo, o argumento disposto no n. 78 dos Artigos Federalistas dos EUA, disponível no Projeto Avalon da Faculdade de Direito da Universidade de Yale (YALE LAW SCHOOL, [2008?]). No original: “The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse”.

com as Constituições americana de 1787 e francesa de 1791, fez com que diversos assuntos do cotidiano social fossem inseridos na carta política de um país. Tal se deu porque havia uma preferência em se constitucionalizar determinado assunto para que não houvesse margem para o seu descumprimento ou, inclusive, para a falta de regulação futura por parte da legislatura vindoura. Assim, estando determinada matéria constitucionalizada, caberia ao legislador ordinário criar mecanismos para a sua efetivação, sem margem para a recusa na implementação, respeitando, dessa maneira, a chamada força normativa da Constituição.

Considerando-se a constitucionalização de diversos assuntos, aliada à tripartição de poderes, coube ao Poder Judiciário dar a última palavra em conflitos envolvendo a carta política. Tem-se, destarte, um silogismo, com as seguintes premissas e posterior conclusão: (1) premissa maior – diversos assuntos do cotidiano foram constitucionalizados; (2) premissa menor – coube ao Poder Judiciário dirimir os conflitos envolvendo esses assuntos constantes na Constituição; e (3) conclusão – logo, o Poder Judiciário ficou responsável por dar a última palavra em diversos aspectos da vida de um indivíduo, conseguindo com isso cada vez mais proeminência social. Em relação ao objeto do presente estudo, já se verificou que, pela característica da justiciabilidade dos direitos humanos, pode-se exigir judicialmente a sua implementação, ainda que tal proceder comporte vantagens e desvantagens, demonstradas no decorrer do trabalho.

Na síntese de Vieira (2008, p. 447), “a equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno”.

O amplo catálogo de direitos constitucionalizados, evidentemente, não significa sua implementação prática. Nas palavras de Sarmiento (2016, p. 15), “entre o discurso generoso dos textos constitucionais e internacionais e a vida concreta da população mais carente, interpõe-se quase sempre um oceano”. A gama cada vez maior de direitos exigidos socialmente é fator que pode gerar o efeito adverso de dificultar a sua efetivação, justamente pela necessidade de escolhas em um ambiente de recursos limitados. Contudo, a

constitucionalização de um ou alguns desses direitos acabaria por incentivar o Poder Judiciário a ganhar um papel de destaque no Estado moderno, havendo um grande intervencionismo judicial no controle de constitucionalidade e legalidade das escolhas.

Na advertência feita por Bobbio (2000):

Que fique claro, uma coisa é a pretensão, mesmo que justificada com os melhores argumentos, outra coisa é a sua satisfação. À medida que as pretensões aumentam, a sua proteção torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade; a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior do próprio Estado. (BOBBIO, 2000, p. 483)

No entanto, conforme esclarecido anteriormente, esse papel de destaque do Poder Judiciário não se deu logo no século XVIII, nem no século XIX. Somente a partir de meados do século XX é que passa a ser evidente o protagonismo do Poder Judiciário. Vale dizer: sua ascensão não ocorreu de forma abrupta; ao contrário, houve incremento do protagonismo judicial ao longo dos séculos, até se chegar ao estágio atual.

Após as revoluções liberais, os Estados ocuparam-se mais com o crescimento e consolidação do Poder Executivo do que com o fortalecimento do Poder Judiciário. Era necessário se criar as estruturas burocráticas<sup>36</sup> dos Estados modernos.

Para Vieira (2008, p. 443), a expansão da autoridade judicial começou a ser desenhada no início do século XX pelos realistas nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, o que se convencionou chamar de Era Lochner. Nesse período, a Suprema Corte estadunidense passou a tomar decisões substituindo a vontade do legislador, utilizando a doutrina do devido processo legal substantivo e não se limitando a analisar a constitucionalidade formal de um ato normativo. No mencionado caso Lochner, uma legislação de cunho social oriunda do Estado de Nova Iorque foi invalidada

---

<sup>36</sup> Estrutura burocrática, neste contexto, é utilizada em um sentido positivo, significando as estruturas administrativas do Estado moderno.

em face de princípios implícitos pretensamente constantes na Constituição americana.

Na Europa, os tribunais assumiram certo protagonismo especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, mais precisamente na Alemanha e na Itália. Isso porque havia forte reação ao nazismo e ao fascismo, o que levou a uma enorme desconfiança na chamada democracia de massas. Dessa maneira, era imperiosa a existência das denominadas cartas de direitos com tribunais constitucionais fortes o bastante para se evitar os horrores observados na Segunda Guerra Mundial causados pela pretensa vontade da maioria.

Desde a década de 1980, o Poder Judiciário passa a se assumir como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, principalmente com o Poder Executivo. Para Santos, B. S., (2011, p. 22), essa proeminência do Poder Judiciário se manifestou, sobretudo, em três campos distintos: no garantismo de direitos, no controle da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política.

Essa judicialização da política tem por características (1) uma tendência de conversão, para a via judicial, de demandas usualmente deliberadas no âmbito do sistema político e (2) a adoção, no ambiente político e administrativo, de regras e procedimentos característicos da via judicial.

Especificamente em relação à judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais, pode-se afirmar que há um controle judicial dos atos administrativos. A título de exemplo, na área da saúde, são judicializadas questões referentes ao acesso à medicação e a procedimentos médicos. Na área da educação, são comuns os pedidos judiciais de vagas em creches. Na política indigenista e fundiária, são judicializadas demandas versando sobre demarcação de terras indígenas, titulação de terras quilombolas e reforma agrária.

No Brasil, o protagonismo judicial surge, especialmente, a partir da Constituição da República de 1988, causando, nas palavras de Vieira (2008, p. 444), “uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil”, ou seja, o sistema atual já não representa mais a perfeição imaginada

pelo chamado sistema de freios e contrapesos entre os poderes estatais (tripartição das funções do Estado).

Concomitantemente a esse protagonismo judicial, há um desmantelamento do Estado intervencionista, seja por falta de recursos orçamentários, seja por ineficiência na implementação de direitos. Aliado a isso, há o início de uma crise de legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo (os únicos poderes eleitos), com a ascensão do Poder Judiciário, principalmente quando os tribunais passam a compor suas agendas com casos envolvendo corrupção de pessoas e setores do alto escalão social. Logo, parcela da legitimidade política dos Poderes Executivo e Legislativo passa a influenciar a atuação do Poder Judiciário.

Bauman e Bordoni (2016) aduzem que atualmente há uma crise da democracia representativa, ou seja, uma desconexão entre o cidadão e a política, uma realização incompleta dessa representação. Acrescentam ainda que:

A história nos ensina que, em todo sistema político em declínio, os princípios legais continuam válidos e protegidos pelo Estado, mas são solapados a partir de dentro pela corrupção crescente; e, a partir de fora, pela perda da confiança do eleitorado. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 158)

Os referidos autores também esclarecem que essa degradação do sistema político perdura até que o sistema imploda ou que seja reformado por outras bases. Porém, deixam claro que, em seus entendimentos, “toda e qualquer renúncia à democracia representativa seria na verdade o fim do mundo tal como nós o conhecemos” (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 158).

Em relação ao tema específico deste trabalho, tem-se a esclarecer que o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (com sua multiplicidade de direitos), aliada à efetivação incompleta dos direitos fundamentais, em especial dos direitos econômicos, sociais e culturais, induziu as pessoas a procurarem com maior afincamento o Poder Judiciário, na esperança de que este fizesse cumprir as disposições contidas na CF, as quais foram inadimplidas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Ocorre que isso gerou, por via transversa, o controle parcial da política orçamentária do Estado pelo Poder Judiciário, em contraposição aos Poderes Executivo e Legislativo, que foram eleitos justamente para ditarem o rumo da sociedade, implementando as políticas públicas.

Nas palavras de Alexy (2015):

Por causa dos grandes custos financeiros associados à sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária. (ALEXY, 2015, p. 508)

Evidentemente, este é um fenômeno global, e não apenas brasileiro. Contudo, nos já consagrados Estados de Bem-Estar Social, a judicialização dos direitos fundamentais (em especial dos direitos sociais) é sensivelmente menor do que a judicialização ocorrida nos países em desenvolvimento, mesmo porque a via administrativa consegue suprir boa parte das demandas sociais. Enquanto nos países ditos desenvolvidos levou-se séculos para garantir um padrão mínimo de bem-estar social, nos países em desenvolvimento tal se deu de maneira muito mais rápida, mas não acompanhada pelo orçamento estatal e pelos órgãos administrativos existentes.

O Estado de Bem-Estar gera um custo inerente ao seu funcionamento, consistente em fornecer bens e serviços indispensáveis à melhoria da qualidade de vida das pessoas. Na medida em que aqueles são disponibilizados, há uma crescente expectativa para o fornecimento de outros bens e serviços considerados também necessários ao bem-estar e à segurança social. Essa crescente demanda por prestação estatal pode atingir um ponto de exigência tão elevado que a torne irrealista e pouco provável de ser efetivada no mundo fenomênico, o que, invariavelmente, levará à judicialização da questão<sup>37</sup>.

No Brasil, há uma peculiaridade a mais a incentivar a judicialização, além das características mencionadas: a CF de 1988 elencou uma série de garantias aos direitos fundamentais, permitindo o acesso ao Poder Judiciário em caso de

---

<sup>37</sup> Bauman e Bordoni (2016, p. 162) chegam a questionar se o “excesso de democracia” (expectativa de bem-estar e segurança social muito acima das possibilidades realistas) pode ser responsável pela crise financeira de 2008.

lesão ou ameaça de lesão a um direito (art. 5º, inciso XXXV, CF). Portanto, a redemocratização brasileira de 1988 garantiu os meios processuais e conferiu certa credibilidade ao Poder Judiciário para solucionar as omissões dos demais poderes.

A proeminência do Poder Judiciário no Brasil, especialmente por seu órgão de cúpula (o STF), é objeto de diversos estudos acadêmicos, entre os quais pode-se mencionar o artigo de Vieira (2008), denominado Supremocracia. Esse neologismo significa a autoridade do STF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, além da expansão da autoridade desse poder em relação aos demais poderes.

O autor também comunga do entendimento de que o fortalecimento da autoridade dos tribunais não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Segundo sua visão, tal fato ocorre, em plano global, pela expansão do sistema de mercado, sendo que, aos olhos dos investidores, o Poder Judiciário constituiria um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade em relação aos legisladores democráticos premidos por demandas populistas. Além dessa causa, há ainda o argumento de que o sistema representativo não foi capaz de cumprir com sua promessa de maior justiça e igualdade. Por fim, o avanço das Constituições rígidas é igualmente apontado como causa do protagonismo judicial, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade que tiveram origem nos Estados Unidos. Essa hiperconstitucionalização da vida acabou por amesquinhar o sistema representativo.

Para o mencionado autor, contudo, o Brasil guarda uma peculiaridade que faz com que o protagonismo judicial seja aqui acentuado: a acumulação pela Suprema Corte brasileira de funções de (1) tribunal constitucional, função semelhante à encontrada pelas demais cortes constitucionais no mundo, responsável por verificar a compatibilidade de um ato normativo com a Constituição; (2) órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável pelo julgamento de processos em última instância; e (3) foro especializado no julgamento de determinados crimes envolvendo autoridades específicas.

Com todas essas funções, nada mais natural que o Poder Judiciário brasileiro assumir um papel de destaque no cenário nacional.

Especificamente em relação ao objeto do presente trabalho, aquela prestação que deveria ter sido implementada administrativamente pelos Poderes Legislativo e Executivo, caso inadimplida, acaba por instaurar um conflito a ser solucionado pelo Poder Judiciário, que dará a última palavra no caso concreto, com força cogente. Em suma, o sistema judicial acaba por substituir o sistema administrativo na efetivação de direitos.

Na lição de Santos, B. S., (2011):

[...] o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições de sua efetivação. (SANTOS, B. S., 2011, p. 29)

Com o movimento do constitucionalismo contemporâneo, houve a opção por constitucionalizar diversos assuntos, retirando grande parte da carga de discricionariedade das escolhas de políticas públicas de cada geração populacional. Nesse sentido, aos Poderes Executivo e Legislativo foi deixada apenas a função de implementação da vontade constituinte, ao passo que ao Poder Judiciário foi entregue a função última de guardião da Constituição (VIEIRA, 2008, p. 443).

Especificamente em relação ao caso brasileiro, o direito público passou rapidamente de uma fase de pouca efetividade dos direitos fundamentais (pré-Constituição de 1988) para uma fase de judicialização excessiva, sem que todas as entidades públicas estivessem devidamente preparadas para essa mudança abrupta. Tal fato, evidentemente, foi influenciado pelo advento da CF de 1988, com seu amplo rol de direitos fundamentais e sua inerente carga de normatividade. Além disto, ela também previu mecanismos processuais de proteção aos direitos fundamentais, os chamados remédios constitucionais.

Portanto, a judicialização dos direitos fundamentais, no Brasil, tem por lastro (1) a Constituição ou a lei, que prevê um direito a determinada pessoa, o que não chega a ser uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro; (2) a

omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em cumprir um dever constitucional, na inexistência de leis ou políticas públicas adequadas; (3) a omissão parcial, na hipótese em que existam as leis, mas a proteção dos direitos fundamentais é considerada insuficiente; (4) e, por fim, a judicialização com base até mesmo na pretensão *contra legem*, desde que possua assento constitucional para concretizar princípio de maior relevância, a ser analisado no caso concreto.

Essa judicialização da política, com o conseqüente protagonismo judicial, acaba por causar alguns efeitos colaterais, entre eles a politização do Poder Judiciário, que fica mais visível e vulnerável tanto aos ataques dos demais poderes quanto às críticas advindas da sociedade.

Outros problemas advindos da judicialização da política podem ser mencionados: (1) dos três poderes, o Judiciário é o único que não é eleito, sendo que sua legitimidade não decorre do voto da população, mas sim da Constituição; (2) os juízes, em regra, ao julgarem um caso concreto, não possuem uma visão global do problema, sendo que sua análise é restrita ao objeto posto em juízo, em geral por meio de uma demanda individual; e (3) a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades de o Poder Judiciário ser uma solução é, em si, uma fonte de problemas, conforme aponta Santos, B. S. (2011, p. 30)<sup>38</sup>.

A despeito de todas essas peculiaridades, fato é que o Poder Judiciário guarda papel relevante na implementação de direitos fundamentais, mormente em relação aos direitos sociais prestacionais. O que se discute é se o Poder Judiciário fornece a melhor resposta para a questão da efetivação dos direitos fundamentais, mas é indubitável que ele fornece alguma resposta.

Em regra, a justiciabilidade dos direitos a prestações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas do que a justiciabilidade dos direitos a prestações positivas (direitos a prestações), já que, nos primeiros, há a proibição

---

<sup>38</sup> Nas palavras do mencionado autor: “Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passa a problema. Acresce que, se as expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração” (SANTOS, B. S., 2011, p. 30).

de destruir ou afetar negativamente algo, enquanto nos segundos há a obrigação de proteger ou fomentar algo (ALEXY, 2015, p. 461).

Atuando na omissão dos demais poderes, o Poder Judiciário é acionado geralmente em demandas individuais pleiteando a efetivação de um direito social. A esta altura do estudo, já deve ter restado claro que, no Brasil, é admitido tanto o controle judicial de políticas públicas quanto o controle da discricionariedade administrativa, a fim de averiguar a sua compatibilidade com as leis e a constituição.

Ao ser citada em uma demanda judicial, a Fazenda Pública costuma apresentar a sua defesa, via de regra invocando a teoria da reserva do possível para justificar eventual falta de recursos financeiros. Essa alegação, pela sua importância, será pormenorizada em tópico próprio. Porém, desde logo cabe esclarecer que a teoria da reserva do possível não deve mais ser encarada como tão somente uma cláusula retórica, invocada no processo na falta de argumentação melhor.

Vale consignar mais uma premissa: os direitos fundamentais, neles incluídos os direitos sociais prestacionais, são exigíveis em juízo, como já restou claro no presente trabalho. Contudo, nem sempre serão atendidos, pois não são absolutos.

Para Bobbio (2004, p. 18), tendo em vista que os direitos fundamentais são variáveis no tempo, “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”, acrescentando, por fim, que “não há por que ter medo do relativismo”.

Haverá, portanto, um exercício de ponderação no caso concreto, em seus aspectos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, equilibrando as pretensões opostas que levam ao conflito.

Na visão de Guerra Filho (2009):

É esse *equilíbrio* a própria ideia do Direito, manifestado inclusive na simbologia da balança, e é a ele que se pretende chegar com Estado de Direito e Democracia. A proporcionalidade na aplicação é o que permite a coexistência de princípios divergentes, podendo-se mesmo dizer que entre eles e a proporcionalidade há uma relação de mútua implicação, já que

os princípios fornecem os valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados. (GUERRA FILHO, 2009, p. 157)

Alexy (2015, p. 512) bem sintetiza o tema ao afirmar que “a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”.

Não se nega que a judicialização se revela uma importante forma de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente na omissão dos demais poderes. Contudo, a cada dia se revelam mais nocivos os seus efeitos colaterais, como (1) o déficit democrático na atuação do Poder Judiciário; (2) a falta de fundamentação racional das decisões judiciais, inclusive se abstendo de fazer o juízo de ponderação entre a prestação pedida e os recursos estatais disponíveis; (3) a negligência em relação ao orçamento público; (4) a acentuação das desigualdades materiais, afinal, quem tem acesso ao Poder Judiciário ostenta, em regra, uma condição mais benéfica em relação àqueles que sequer conhecem os seus direitos; e (5) acentuação da posição de comodismo dos administradores públicos, pois, sabendo que atualmente há excesso de judicialização das questões, preferem manter a inércia em seu mister, na esperança de que o juiz promova a última palavra sobre o assunto, atenuando o desgaste político dos membros do Poder Executivo em fazer uma escolha trágica.

Hachem (2013, p. 353) lista três desvantagens na implementação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário: (1) o acesso ao Poder Judiciário é, via de regra, limitado às classes média e alta da população, relegando os indivíduos que mais precisam da tutela jurisdicional; (2) a maior parte das demandas que versam sobre a implementação de direitos fundamentais se trata de ações individuais, e não coletivas; e (3) o planejamento e execução de políticas públicas compete à Administração Pública, e não ao Poder Judiciário.

Para Schier e Schier (2018, p. 78), o quadro jurisprudencial brasileiro pode trazer o risco de elitização dos direitos sociais, uma vez que reiterados provimentos jurisdicionais no campo dos direitos sociais podem (1) determinar o direcionamento dos recursos públicos para uma elite econômica/cultural que tem acesso ao Poder Judiciário ou (2) criar uma preferência para a satisfação dos

direitos sociais de forma individualizada, eis que a quase unanimidade das demandas envolvendo a satisfação do mínimo existencial no plano judicial são demandas individuais, e não coletivas.

Ao satisfazer direitos individuais subjetivos por meio de demandas repetitivas, corre-se o risco de o Poder Judiciário acentuar as desigualdades materiais existentes na sociedade. Isso porque não são raros os estudos comprovando que a judicialização de demandas pleiteando a efetivação de direitos sociais ocorre em regiões ricas de cidades abastadas e, via de regra, por pessoas de elevado poder aquisitivo<sup>39</sup>.

A percepção de que o ordenamento jurídico e o Poder Judiciário podem ser utilizados como instrumentos que acentuam as desigualdades sociais (ao invés de diminuí-las) é conhecida na doutrina desde muito tempo. Nesse sentido, em 1974, Marc Galanter publicou um artigo denominado “Why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change”, publicado na “Law and Society Review”, sendo recentemente traduzido para o português com o título de “Por que ‘quem tem’ sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito” (GALANTER, 2018).

Na referida obra, o autor afirma que já foi constatado há muito tempo que as pessoas (físicas ou jurídicas) com recursos financeiros e organizacionais superiores usufruem vantagens na litigância, mencionando o dado de que nos anos de 1970, 59% de uma amostra nacional americana concordou que o sistema jurídico favorece o rico em detrimento de outros indivíduos. Posteriormente, acrescentou que “não é segredo que ‘quem tem’ sai na frente (fomos nós, estudiosos do sistema jurídico, os últimos a saber?)” (GALANTER, 2018. p. 32).

Em seguida, Galanter (2018, p. 55-56) expõe que essa posição de vantagem de alguns indivíduos é um dos modos pelos quais um sistema jurídico formalmente neutro em relação a “quem tem” e a “quem não tem” pode perpetuar e aumentar as vantagens dos primeiros.

---

<sup>39</sup> Veja como exemplo o estudo efetuado por Rocha e Webber (2014).

A visão atual de efetivação dos direitos fundamentais de maneira preponderantemente individualista (subjéitiva) deveria ser substituída gradativamente por uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nas palavras de Andrade (2012, p. 144-145), os direitos fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdade ou poderes de que estes são titulares”, mas sim sob uma ótica comunitária, “como os valores ou fins que esta [sociedade] se propõe a seguir”.

Desde já, convém destacar que a via judicial deveria ser encarada como *ultima ratio* na solução da problemática da efetividade dos direitos fundamentais, devendo ser conferida primazia à solução da problemática pelas vias legislativa e administrativa, palco natural para a realização desses direitos. É evidente que a atuação do Poder Judiciário em relação aos direitos fundamentais é relevante; porém, por si só, não é suficiente.

É de se entender que, em um regime democrático, a decisão judicial que eventualmente vá contra as decisões políticas, econômicas ou morais definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo estaria subvertendo a formatação natural do sistema, criando uma dificuldade contramajoritária, afinal, o Judiciário não é um poder eleito. Sua legitimidade de atuação decorre da CF, e não do voto popular. Atuar contra a maioria não necessariamente caracteriza um viés negativo, mas também nem sempre será visto com bons olhos perante a sociedade, ainda mais quando a fundamentação da decisão judicial for deficitária.

No presente caso, poder-se-ia traçar um cotejo entre a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais (especialmente em relação aos direitos sociais prestacionais) e os demais Poderes, a fim de verificar as vantagens e desvantagens na tomada de decisões de cada função estatal.

Feita a comparação e identificados os problemas, poder-se-ia pensar se a atual solução para a efetivação dos direitos fundamentais – que parece ser a judicialização individual de demandas – realmente se mostra eficaz para o fim a que se propõe.

Da maneira como está sendo tratada a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, tem-se a impressão de que há um certo conformismo

generalizado por parte tanto do Estado quanto dos indivíduos em ajuizar demandas individuais, como se tal proceder fosse a única solução possível para a implementação de direitos. Ocorre que isso se dá sem se refletir mais profundamente sobre as consequências dessa conduta, inclusive sem considerar eventuais externalidades neste proceder. Externalidade compreende os custos ou benefícios que as atividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços: se a atividade impõe custos, é considerada uma externalidade negativa; se impõe benefícios, será uma externalidade positiva (SERAU JUNIOR, 2012, p. 53).

Também causa a impressão de que a via judicial é vista como a mais adequada para solucionar a questão da efetividade dos direitos fundamentais, como se esta função do poder estatal fosse imune a equívocos.

No entendimento de Arguelhes e Leal (2011):

[...] é certo que o Judiciário pode dar alguma resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a *performance* judicial deixa a desejar. (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 7)

O paradoxo, parece ser evidente: ao se buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Poder Judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade democrática, afinal, há a autoridade de um poder não eleito sendo exercida em face de outros poderes legitimados popularmente (VIEIRA, 2008, p. 443).

A possibilidade de atuação do Poder Judiciário em matéria de efetivação de direitos fundamentais é inquestionável, mas possui certas externalidades negativas, principalmente quando o Poder Judiciário exacerba a sua função constitucional.

Resta a impressão de que, até hoje, as consequências jurídicas, econômicas e sociais das decisões judiciais não foram corretamente mensuradas pelos titulares da atividade judicante. Nas palavras de Arguelhes e

Leal (2011, p. 30), “o Judiciário precisa também tomar decisões sobre como decidir e pensar nos efeitos dessas escolhas no tempo”.

Não se almeja com isso defender que apenas o consequencialismo é importante ao se prolatar uma decisão judicial<sup>40</sup>. Porém, também não se advoga a absoluta ignorância principalmente para os efeitos não jurídicos na prolação de uma decisão judicial.

Igualmente não se defende no presente trabalho – e é importante que fique claro – a prevalência do utilitarismo sobre os direitos fundamentais, como se os anseios coletivos sempre pudessem suplantar qualquer pretensão individual. Nesse sentido, é conhecida a obra de Mill (2007), para quem a multiplicação da felicidade é, de acordo com a ética utilitarista, o objeto da virtude<sup>41</sup>. É de se entender, entretanto, que a implementação absoluta de um direito a um indivíduo sem maiores reflexões pode causar a não implantação de um direito a outro indivíduo, em decorrência das consequências da multiplicação de decisões judiciais irrefletidas.

Acerca do assunto, Dworkin (2014b) também rechaça a interpretação pragmática, defendendo a interpretação integral e coerente do Direito:

O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmatismo utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade. (DWORKIN, 2014b, p. 272)

O ensinamento advindo do utilitarismo, consistente essencialmente na busca da maior felicidade para o maior número de pessoas (maximização da felicidade), caso levado ao extremo, suplantaria os direitos fundamentais, que foram criados justamente para servirem como um escudo protetor em face de abusos cometidos tanto pelo Estado (originalmente) quanto por particulares (em um momento posterior da História). Justamente por isso é que emerge a

---

<sup>40</sup> A análise sobre as consequências das decisões judiciais será apresentada em tópico próprio.

<sup>41</sup> No original, “the multiplication of happiness is, according to the utilitarian ethics, the object of virtue [...]” (MILL, 2007, p. 16).

chamada função contramajoritária dos direitos fundamentais, para servir de freio à vontade da chamada maioria social<sup>42</sup>.

Os direitos fundamentais, evidentemente, protegem os direitos de todas as pessoas, mas especialmente os direitos da chamada minoria social<sup>43</sup>. Isso porque o grupo minoritário de hoje pode, muito bem, representar o grupo majoritário de amanhã, dependendo, para tanto, justamente da proteção conferida pelos direitos fundamentais. Aqui, vale lembrar que democracia não se confunde com os direitos da maioria, devendo seu conceito ser conjugado com o respeito aos direitos fundamentais.

Todavia, os anseios da sociedade não podem ser simplesmente ignorados ou negligenciados, como se de fato não existissem. A verdadeira virtude estaria na busca pela perfeita compatibilização entre as pretensões individuais e coletivas. Ocorre que nas demandas individuais submetidas a julgamento pelo Poder Judiciário raramente se verifica qualquer preocupação com as consequências coletivas advindas da decisão, mesmo porque esse não é o objeto do processo, mas sim uma externalidade material da decisão judicial. Essa negligência absoluta, contudo, pode trazer alguns efeitos nefastos para a sociedade, como a possibilidade de repetidas concessões de interesses individuais sem uma maior reflexão gerar a escassez de recursos para a promoção de direitos e interesses de igual ou maior importância pertencentes a outros indivíduos.

Dessa maneira, caberá ao administrador público ou ao juiz a tarefa de, argumentativamente no caso concreto, demonstrar se o grau de promoção do direito ou interesse perseguido justifica o grau de restrição imposto a outros direitos ou interesses, mediante a técnica da ponderação. Contudo, essa operação comparativa não é necessariamente quantitativa, mas sim qualitativa ou axiológica (BINENBOJM, 2014, p. 128). Essa distinção é importante para se

---

<sup>42</sup> Os direitos fundamentais limitam a competência e a liberdade do legislador ordinário, formando, nas palavras de Alexy (2015, p. 447), “uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais”.

<sup>43</sup> O conceito de maioria ou minoria social não se relaciona ao aspecto numérico dos membros da sociedade, ou seja, sua análise não se dá pelo aspecto quantitativo, mas sim pelo qualitativo, consistente em um grupo social vulnerável. A marca, pois, da chamada minoria social é a vulnerabilidade.

rechaçar qualquer interpretação no sentido de que a escolha efetuada em favor da coletividade necessariamente irá prevalecer sobre o direito individual. Não se trata, pois, de acolhimento irreflexivo da teoria utilitarista.

A título de exemplo, pode-se mencionar o recente plano nacional de vacinação contra a Covid-19, que é medida para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, iniciada em 2019, tal como dispõe o artigo 3º, III, d, da Lei Federal nº 13.979/20 (BRASIL, 2020c). Em que pese não se tratar especificamente de escassez de recursos econômicos, havia uma falta de recursos (no caso, de insumos e matérias-primas) que impedia a disponibilização de vacinas em doses suficientes para a imunização de toda a população brasileira ao mesmo tempo. Dessa maneira, a solução encontrada foi o estabelecimento de grupos prioritários de vacinação, dispostos no plano nacional de operacionalização da vacinação contra a Covid-19, no qual houve a opção pela seguinte ordem de priorização: preservação do funcionamento dos serviços de saúde; proteção dos indivíduos com maior risco de vida e de desenvolvimento de formas graves da doença; e preservação do funcionamento dos serviços essenciais e proteção dos indivíduos com maior risco de infecção. Assim, os seguintes grupos populacionais foram classificados como prioritários: trabalhadores da área da saúde (incluindo profissionais da saúde, profissionais de apoio, cuidadores de idosos, entre outros), pessoas de 60 anos ou mais institucionalizadas, população idosa (60 anos ou mais), indígena aldeado em terras demarcadas, comunidades tradicionais ribeirinhas e quilombolas, população em situação de rua, pessoas com comorbidades (portadoras de *diabetes mellitus*; hipertensão arterial grave de difícil controle ou com lesão de órgão alvo; doença pulmonar obstrutiva crônica; doença renal; doenças cardiovasculares e cerebrovasculares; indivíduos transplantados de órgão sólido; anemia falciforme; câncer; e obesidade grau III), trabalhadores da educação, pessoas com deficiência permanente severa, membros das forças de segurança e salvamento, funcionários do sistema de privação de liberdade, trabalhadores do transporte coletivo, transportadores rodoviários de carga e população privada de liberdade (BRASIL, 2021b).

É importante observar que, no presente exemplo, diante da escassez de recursos (ausência de doses de vacinas disponíveis para a integralidade da população), a ponderação foi realizada previamente pelo Poder Executivo, estabelecendo-se grupos prioritários na decisão alocativa de recursos. O Poder Judiciário poderia rever tal classificação, caso esta se mostrasse sem amparo constitucional (por exemplo, irrazoável, o que denotaria falha do Poder Executivo) ou não contemplasse outros grupos que eventualmente pudessem ser classificados como prioritários (caracterizando uma proteção estatal deficiente, isto é, uma omissão do Poder Executivo).

Ainda em relação ao papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, tem-se a esclarecer que os juízes, via de regra, possuem conhecimento jurídico, mas faltam-lhe conhecimentos técnicos de outras ciências. Tal fato faz com que os magistrados, de uma maneira geral, não consigam ter uma visão global do problema enfrentado, pois há desconsideração dos aspectos econômicos e sociais das questões tratadas, ainda mais caso se considere que as ações ajuizadas se dão em âmbito individual, e não coletivo. A efetivação de direitos fundamentais é questão hipercomplexa, não atinente apenas à seara jurídica, envolvendo outras ciências que, certamente, influenciam sua implementação.

Para Holmes e Sunstein (2019, p. 75), os juízes não dispõem de formação adequada para desempenhar a função de distribuição de recursos (efetivada pelo Poder Executivo), nem têm condições de retificar os erros passados de distribuição. Complementam afirmando que os juízes “necessariamente trabalham com fontes de informação insuficientes e parciais”, ou seja, inadequadas à tomada de decisão alocativa de recursos.

Nas palavras de Arguelhes e Leal (2011, p. 37), “juízes são bem treinados para resolver problemas jurídicos, mas, muitas vezes, misturados ao que consideramos como problemas jurídicos, estão questões técnicas que os magistrados não estão bem qualificados a enfrentar”.

Ao se utilizar os instrumentos jurídicos para o julgamento das demandas, o Poder Judiciário deveria reconhecer as limitações tanto do Direito quanto da própria unidade jurisdicional para a solução de problemas hipercomplexos, em

um exercício de autocontenção. O Direito, como ciência autônoma, certamente possui suas limitações intrínsecas, extrínsecas e institucionais.

O Poder Judiciário não possui carta branca para alocar recursos públicos ao seu bel-prazer, independentemente das disposições constitucionais e da ponderação prévia realizada pelo Poder Legislativo por meio das leis orçamentárias.

Pela análise do exposto até o presente momento, resta verificado, portanto, que, ao menos no caso brasileiro, o Poder Judiciário tem se afastado do tradicional modelo de legislador negativo imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de Cortes Constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do século XX (VIEIRA, 2008, p. 454).

Em determinadas matérias, tem o Poder Judiciário brasileiro assumido uma postura mais ativa, aproximando-se de um legislador positivo. Esse é o entendimento, por exemplo, de Martins (2016), para quem o Poder Judiciário, em certos casos, ao invés de efetivar direitos fundamentais, pode atingi-los<sup>44</sup>. No mesmo sentido, Mendes (1998, p. 241) afirma que “até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos Tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais”, tanto pela inobservância completa de uma regra de direito fundamental quanto na hipótese de a decisão se fundamentar em considerações insustentáveis e arbitrárias sob o viés objetivo. Na visão de Vieira (2008, p. 456) o STF parece ter dado um passo na direção do exercício do poder constituinte reformador: “o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Martins (2016, p. 5) cita como exemplos de atingimento dos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário os casos julgados pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510/DF (permissão de utilização de células-tronco embrionárias para estudos científicos) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADFP) 54 (permissão de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos).

<sup>45</sup> Apesar de ser possível tomar a crítica de forma ampla, o autor se refere, especificamente, aos casos da fidelidade partidária (Mandado de Segurança nº 26.603/DF) e à constitucionalidade da lei de crimes hediondos (Reclamação nº 4.335-5/Acre). Em relação ao primeiro caso (fidelidade partidária), a crítica do autor se dá ao fato de o STF ter estabelecido mais uma hipótese de perda do mandato parlamentar. No segundo caso, a crítica se dirige ao fato de o STF ter determinado a observância geral de uma decisão tomada em controle difuso de constitucionalidade, a despeito do artigo 52, inciso X, da CF determinar que compete privativamente ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, lei declarada inconstitucional pelo STF (VIEIRA, 2008, p. 454).

Essa crítica é corroborada ainda por Grau (2013, p. 138), que afirma que a estabilidade do sistema jurídico exige a inclusão da exceção e a exclusão de outras situações do seu alcance, conferindo uma plasticidade ao sistema de direito positivo, indispensável à sua própria sobrevivência. Porém, a partir do momento em que juízes e tribunais passam a decidir com base em valores, afastando-se do direito positivo, corre-se o risco de se justificar, em nome da justiça, uma discricionariedade judicial. Conclui o mencionado jurista que decidir em função de princípios encanta e fascina; no entanto, atenua a certeza e a segurança jurídicas, que não podem ser reduzidas ao ponto de comprometer todo o sistema jurídico.

Essa postura mais ativa na tomada de decisão por parte do Poder Judiciário foi denominada de ativismo judicial, designando uma ideia de participação mais intensa do Poder Judiciário na efetivação de comandos constitucionais, tangenciando e por vezes interferindo no espaço reservado aos Poderes Executivo e Legislativo.

A expressão “ativismo judicial” foi cunhada pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr. (*apud* HUTZLER, 2017, p. 61), em um artigo da revista americana “Fortune”, publicado em 1947, intitulado *The Supreme Court*. Nele, Schlesinger classificou os juízes da Suprema Corte americana em (1) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – *justices* Black e Douglas; (2) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – *justices* Murphy e Rutledge; (3) juízes campeões da autorrestricção – *justice* Frankfurter, Jackson e Burton; e (4) juízes representantes do equilíbrio das forças (*balance of powers*) – *chief justice* Fred Vinson e o *Justice* Reed.

Schlesinger Jr. (1947, p. 208-212) apontou a diferença entre o grupo de juízes voltados ao ativismo judicial e aqueles mais ligados à autocontenção: um grupo desempenha um papel afirmativo na promoção de valores que entendem constituir o chamado bem-estar social, mesmo que isso signifique interferência na esfera de outros Poderes, enquanto outro grupo prefere a autocontenção, respeitando-se a vontade do Poder Legislativo, ainda que essa vontade seja contrária à vontade do julgador. O grupo ativista está voltado ao julgamento de casos concretos conforme suas concepções de sociedade, enquanto o grupo de

autocontenção prefere manter uma postura mais limitada do Poder Judiciário no sistema político, apesar de resguardar a sua importância.

A concepção sobre o ativismo judicial não é unívoca, podendo a expressão ser utilizada em um aspecto negativo (com a indevida interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes), ou associada a um sentido positivo (com a ocupação de espaços vazios necessários à concretização de valores constitucionais).

Diante de diversas possibilidades de utilização da expressão, Marshall (2002, p. 104) identificou sete tipos de ativismo judicial:

- 1) Ativismo contramajoritário – verificado nos casos em que os tribunais relutam em aceitar as decisões tomadas pelos poderes democraticamente eleitos.
- 2) Ativismo não originalista – ocorre nos casos em que os tribunais se afastam da interpretação original da norma, desconsiderando a concepção estrita desta ou a intenção original dos constituintes.
- 3) Ativismo de precedentes – verificável quando os tribunais não observam os próprios precedentes judiciais.
- 4) Ativismo jurisdicional – ocorre quando os tribunais não observam os próprios limites de atuação, violando a competência a eles atribuída.
- 5) Ativismo judicial criativo – trata-se da criação de novos direitos e novas teorias na doutrina constitucional pelo Poder Judiciário.
- 6) Ativismo remediador/correicional: é a imposição de obrigações positivas aos demais Poderes ou a utilização do poder jurisdicional para controlar o cumprimento de medidas arbitradas pelo Poder Judiciário.
- 7) Ativismo partidário: é a utilização do poder jurisdicional para o atingimento de finalidades partidárias.

Baseando-se na tipologia sugerida por Marshall (2002), observa-se que todas as espécies de ativismo judicial apresentadas guardam em comum o fato de os tribunais desbordarem dos limites constitucionalmente estabelecidos para o Poder Judiciário.

Pela ótica favorável ao ativismo judicial, pode-se argumentar ser ele uma consequência inexorável da necessária aproximação dos preceitos normativos às circunstâncias concretas e da incapacidade de o legislador enfrentar a complexidade, o dinamismo e a pluralidade da sociedade hodierna. Pela ótica desfavorável, o ativismo é visto como uma exorbitância da competência constitucional por parte do Poder Judiciário, violando os limites impostos ao magistrado pelo ordenamento jurídico, o que se traduz em ofensa à separação de poderes no Estado Constitucional de Direito (HUTZLER, 2017, p. 68).

Dessa maneira, os críticos do ativismo judicial argumentam que, ao exorbitar o seu mister constitucional, invadindo esfera de competência de outros Poderes, passa a existir uma politização do Poder Judiciário. O juiz que adota critérios decisórios eminentemente políticos (e não jurídicos) passa a criar e a fazer política pública de maneira descompromissada, sem efetivamente planejar uma eficiente alocação de recursos, e sem ter sido eleito para representar os interesses da população, não tendo qualquer compromisso com programas de governo. Tal conduta é incentivada pelo baixo grau de responsabilização social do magistrado, uma vez que o juízo político contido na decisão é disfarçado por um suposto controle difuso de constitucionalidade ou sob o argumento de que se está, em verdade, apenas concretizando um comando constitucional.

Por fim, não apenas os problemas devem ser mencionados, sendo importante o encontro de soluções, ainda que possam não se revelar totalmente satisfatórias. Busca-se, destarte, a solução possível, ou a melhor solução, ainda que ela não se revele adequada para absolutamente todos os casos.

Nesse sentido, para suprir o déficit democrático, o STF vem estabelecendo, cada vez mais, a participação popular nos chamados *hard cases*, por meio do ingresso dos *amici curiae* em casos de interesses transindividuais, além da realização das *audiências públicas* com participações de ministros da corte. Tudo isso visa democratizar o Poder Judiciário, com a abertura dos ministros à oitiva de membros da sociedade.

A sociedade civil organizada passa, assim, a dispor de uma nova arena política, além daquela disposta naturalmente no legislativo. Com um custo organizacional mínimo, a sociedade civil consegue expor sua opinião, permeada

pelo pluralismo de ideias, que certamente auxiliará nas tomadas de decisão pelo Poder Judiciário.

Além das medidas elencadas, o protagonismo judicial seria minimizado caso o próprio Poder Judiciário buscasse uma autocontenção, isto é, uma deferência e respeito maior às decisões já tomadas pelo Poder Legislativo, justamente porque é nesse poder que se encontra a arena natural de debate democrático. Também se mostraria salutar uma deferência do Poder Judiciário às decisões tomadas pelo Poder Executivo, pois este último possui uma visão global da implementação de políticas públicas. Nas palavras de Holmes e Sunstein (2019, p. 76), “os tribunais devem pensar mil vezes para antepor seus próprios critérios aos dos órgãos do Executivo”, afinal, os juízes são hábeis para identificar violações flagrantes de direitos, mas não são capazes de determinar que os recursos disponíveis devam ser canalizados para outras necessidades prementes.

Em não havendo inconstitucionalidade flagrante, apenas ponderação legislativa e administrativa legítima, o Poder Judiciário deveria se abster de substituir a decisão do legislador/administrador pela sua, mesmo porque nada garante que a escolha judicial será melhor que a escolha legislativa (VIEIRA, 2008, p. 452). Essa restrição da jurisdição faria com que fosse reforçada a autoridade da jurisdição remanescente, fortalecendo, assim, o próprio Poder Judiciário, que passaria a analisar pontos sensíveis dos conflitos sociais, e não todos os assuntos atinentes a uma hiperconstitucionalização da vida.

Especificamente em relação ao STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, é apontada a necessidade de redistribuição de suas competências constitucionais, por meio de uma reforma na CF de 1988. Isso porque, atualmente, o STF acumula as funções de corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado, sendo que a adoção de tarefas secundárias acaba por deixar vulnerável a Corte para os assuntos primordiais, que seriam os julgamentos das inconstitucionalidades das leis e atos normativos<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> A esse respeito, para aprofundamento do tema, verificar a lição de Vieira (2008, p. 457).

Para minimizar a proeminência do Poder Judiciário, outra sugestão aventada é a restrição às competências monocráticas dos ministros dos Tribunais Superiores. Isso porque a autoridade judicial deveria emanar do Tribunal como um todo, e não dos ministros individualmente. O exercício de pequena parcela de poder fragmentada nas mãos de cada ministro faz com que seja diminuída a força das decisões, mormente pela avaliação prévia dos envolvidos acerca do modo como um determinado ministro costuma julgar um caso, de como se deu sua ascensão ao Tribunal Superior, qual presidente da República o indicou ao cargo, entre outros fatores que acabam por trazer a política para dentro dos tribunais.

Em síntese, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro deveria se concentrar no exercício da jurisdição constitucional – verdadeiro sentido de sua existência –, tomando decisões colegiadas, na medida do possível, que refletiriam o posicionamento institucional, e não individual de um determinado ministro da corte.

### **3.2 A teoria da capacidade institucional**

Sob o rótulo da separação de poderes, capacidade institucional, papel institucional ou *expertise* técnica, deseja-se saber se o Poder Judiciário reúne as melhores condições para as tomadas de decisão acerca da efetivação de direitos fundamentais.

A expressão “capacidade institucional” é relativamente nova, tendo sido difundida especialmente por Sunstein e Vermeule (2002).

Por meio da teoria das capacidades institucionais, há um cotejo entre as vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza, sem que isso se revele uma violação expressa de dispositivos constitucionais (ARGUELES; LEAL, 2011, p. 43). Debatem-se os métodos e estratégias da decisão, bem como a alocação de poder entre as instituições.

Nessa teoria, mais do que saber como decidir um determinado caso, é relevante saber quem deve decidir o caso, justamente para se inferir se quem

está decidindo possui as melhores condições institucionais e técnicas para a tomada de decisão.

Para se chegar à conclusão sobre qual é a melhor instituição capaz de decidir sobre a temática, realiza-se um cotejo entre os méritos e deméritos (ou vantagens e desvantagens) de cada instituição na tomada daquela decisão. Em suma, “as habilidades e limitações de uma instituição devem ser apreciadas relativamente aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas para determinados problemas” (LEAL; ARGUELES, 2016, p. 567).

A análise da capacidade institucional é especialmente útil quando se está a discutir sobre o limite e a intensidade do controle judicial sobre as decisões tomadas por outras instituições, que é exatamente o objeto do presente estudo.

Leal e Arguelhes (2016) assim sintetizam o argumento da capacidade institucional:

Uma comparação empiricamente informada sobre os custos e benefícios de se alocar, no agregado, a prerrogativa de resolução de um determinado problema a uma determinada instituição dentre várias instituições possíveis. Esse cenário, como se vê, não comporta escolhas entre instituições feitas em abstrato. (LEAL; ARGUELES, 2016, p. 568)

Por esse conceito consignado, é de se reparar que a comparação sobre as vantagens e desvantagens da tomada de decisão por cada instituição há de ser feita no caso concreto, e não em abstrato. O custo-benefício da decisão tomada por cada instituição será estimado no caso específico, sendo considerados os impactos positivos e negativos da generalização da decisão para todos os indivíduos possivelmente afetados, o que é chamado de efeitos dinâmicos da adoção da teoria em questão.

Em relação ao objeto de estudo do presente trabalho, a adoção da teoria da capacidade institucional pode ser útil, a fim de cotejar os benefícios e malefícios na tomada de decisão acerca da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Da mesma forma que descrito na teoria em questão, a presente tese não propõe que essa identificação de custo-benefício (por meio da ponderação) na tomada de decisão pelas funções executiva ou judicial seja realizada *in abstracto*, mas sim avaliando as especificidades do caso concreto.

De qualquer maneira, algumas premissas abstratas podem ser elencadas acerca do tema: (1) via de regra, não é papel do Poder Judiciário fazer política pública, mesmo porque seus membros não foram eleitos, somente agindo em caso de falha dos Poderes Executivo e Legislativo; e (2) a tomada de decisão em um cenário de escassez/crise é sensivelmente diversa da decisão erigida em cenário de normalidade institucional e fiscal.

Na lição de Holmes e Sunstein (2019, p. 77), essa relação do Poder Judiciário com os demais poderes depende inclusive de uma escolha anterior: ignorar ou levar em conta custos dos direitos. Ao negligenciar os custos, o Poder Judiciário não estaria levando em consideração as decisões tomadas pelos demais poderes; ao considerar os custos para a tomada da decisão, o Poder Judiciário demonstraria certa deferência ao Executivo e Legislativo.

Horvath Júnior e Carreira (2016, p. 167) explicam que não há neutralidade no ato de julgar, mas sim uma imparcialidade do julgador, que, dentro da relação jurídico-processual, deve ouvir os argumentos das partes, ponderando-os e valorando-os na tomada de decisão; e concluem que essa falta de neutralidade “não pode implicar invariavelmente em uma decisão que objetiva a criação/extinção de políticas públicas travestidas de mera interpretação do ordenamento”.

Gonçalves, C. M. C. (2015, p. 231) igualmente expressa o seu entendimento no sentido de que não é papel do Poder Judiciário impor políticas públicas aos Poderes Executivo e Legislativo, pelo fato daquele poder não ser gestor de receitas e despesas públicas nos quadros dos orçamentos gerais das unidades federativas. Completa o seu raciocínio dizendo que, caso o Poder Judiciário opte por fazer políticas públicas, tal proceder iria de encontro aos princípios da democracia pluralista (participação popular, representatividade política e liberdade partidária) contidos na CF.

Critica-se a expressão “capacidade institucional” quando ela é utilizada como sinônimo de conceitos já existentes e consagrados, como ocorre com a expressão “separação de poderes” ou com o vocábulo “competência”. A título de exemplo, quando se afirma que o Poder Judiciário possui uma capacidade institucional menor do que a capacidade dos Poderes Executivo e Legislativo para decidir sobre políticas públicas por não ser um poder eleito, em verdade se está a afirmar que o Poder Judiciário não possui competência constitucional para tanto. Assim, no exemplo citado, a expressão “capacidade institucional” poderia ser substituída, sem maiores problemas, pela palavra “competência”, sem que houvesse prejuízo à compreensão do significado jurídico do assunto.

O próprio Poder Judiciário brasileiro já vem adotando a teoria da capacidade institucional, normalmente em deferência à decisão tomada por uma entidade ou órgão técnico administrativo. Observe-se os seguintes fragmentos extraídos de julgados do STF: “o advento da ANVISA teve a finalidade precípua de dar maior capacidade institucional ao controle sanitário, aprimorando tecnicamente as ações estatais de prevenção, eliminação e diminuição de riscos à saúde pública (BRASIL, 2014b, p. 2)”. E ainda:

[...] todo e qualquer ato administrativo, principalmente aqueles chancelados pelo poder normativo das autarquias, são submetidos ao devido processo administrativo, e as escolhas técnicas administrativas integram a capacidade institucional da Entidade e são analisadas criteriosamente pelas equipes técnicas especializadas. (BRASIL, 2019d, p. 10)

Contudo, é de se consignar que o Poder Judiciário brasileiro ainda não analisou, especificamente, a questão da sua capacidade institucional para a efetivação dos direitos fundamentais em cenário de escassez econômica.

Da análise dos requisitos para a avaliação da capacidade institucional, é de se observar que a aludida teoria terá utilidade caso presentes os elementos que a tornam única: empiria, comparação e foco no resultado. No entanto, caso a expressão seja utilizada como sinônimo de fenômenos já consagrados na ciência jurídica, a exemplo de separação de poderes ou competência

constitucional, haverá a banalização da teoria, com a consequência perda de sua relevância.

### **3.3 A relação entre escassez e os direitos fundamentais**

Conforme visto anteriormente, as necessidades humanas são infinitas, ao passo que os recursos (naturais e orçamentários) para a sua efetivação são finitos. Tal fato gera um conflito que demanda uma solução negociável.

A noção de escassez (recursos limitados para necessidades humanas ilimitadas) há muito tempo é conhecida na economia. Aliás, escassez é o foco central do estudo da ciência econômica:

Em função da escassez de recursos, toda sociedade tem de escolher entre alternativas de produção e de distribuição de resultados da atividade produtiva dos seus vários grupos. Essa é a questão central do estudo da Economia: como alocar recursos produtivos limitados para satisfazer a todas as necessidades da população. (PINHO; VASCONCELLOS, 2011, p. 4)

Nunes (2007) expõe sua visão sobre o assunto ao afirmar que os indivíduos possuem necessidades e procuram supri-las. Tais necessidades pressupõem a existência de meios aptos para satisfazê-las. A capacidade que os elementos no mundo têm de satisfazer as necessidades humanas é denominada utilidade. Enquanto as necessidades humanas se apresentam em número não definido e não fixo, os bens econômicos existentes para satisfazê-las existem em quantidades limitadas, ou seja, são escassos. Em suas palavras, “a lei da escassez é, pois, considerada a lei fundamental da vida dos homens e das sociedades humanas” (NUNES, 2007, p. 547-548). A necessidade de harmonização entre a escassez de bens econômicos e as necessidades humanas gera um problema econômico.

Prossegue o referido autor esclarecendo que o problema econômico será sempre resolvido por meio de uma escolha (o ato econômico por excelência), que é efetuada (ou deveria ser) com base em um critério de racionalidade econômica, que deve observar o princípio do máximo resultado (maximização

do grau de realização do fim a alcançar mediante a utilização dos meios escassos disponíveis) e o princípio de economia de meios (obtenção de um determinado grau de realização do fim proposto com o mínimo dispêndio dos meios disponíveis).

Em que pese essa ideia ter sido desenvolvida para a ciência econômica, ela pode também, com algumas adaptações, ser utilizada no presente trabalho, conjugando-a com os institutos da ciência jurídica.

Como visto, as necessidades humanas são infinitas, porém, os recursos são escassos para se atender a todas as necessidades de todas as pessoas. Ao contrário do que se poderia imaginar, essa limitação de recursos não ocorre apenas no âmbito do Estado: as próprias pessoas, em suas vidas privadas, realizam diversas escolhas diuturnamente, a exemplo de optar entre privilegiar uma educação de melhor qualidade e uma viagem sofisticada de lazer. No exemplo citado, caso uma família opte pelo ensino de qualidade, menos recursos sobrarão para o lazer sofisticado<sup>47</sup>.

Com o Estado não é diferente. Também o Estado possui recursos escassos para a satisfação de todas as necessidades humanas, muitas delas traduzidas nos direitos fundamentais. Portanto, deve-se pensar na melhor maneira de fazer a alocação de recursos para a efetivação de direitos fundamentais, refletindo-se em relação aos aspectos não apenas econômicos, mas também jurídicos. Dessa maneira, o ideal seria a existência de uma simbiose entre Direito e Economia, a fim de não negligenciar nenhum aspecto da questão.

A opção por uma política pública em detrimento de outra possível, ou seja, a alocação de recursos públicos no orçamento para a implementação de políticas públicas, é um constante *trade off* econômico (ADEODATO, 2021, p. 159).

É justamente na diferença entre a previsão normativa abstrata e a realidade que surgem os conflitos. A interpretação literal de que todas as pessoas têm direito absoluto a tudo o que é previsto na Constituição não parece se adequar ao componente fático, que não pode ser desprezado.

---

<sup>47</sup> O exemplo dado foi retirado da obra de Galdino (2005, p. 156).

Na válida lição de Hesse (1991, p. 24), “nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais”.

A ciência jurídica por si só não é capaz de solucionar todos os problemas sociais existentes, tampouco pode-se afirmar que é completa ao ponto de prever todas as soluções possíveis para os problemas humanos existentes.

Na visão de Jordão (2018):

Dogmas irrealistas como o da completude do ordenamento jurídico ainda têm bastante força no Brasil e conduzem muitos operadores a supor ser sempre possível identificar, entre princípios e regras explícitos ou extraíveis da Constituição, das leis e das normas infralegais, a solução específica determinada pelo direito para qualquer problema social ou questão prática. (JORDÃO, 2018, p. 67)

Evidentemente que a carta política possui sua força normativa, mas tal força cogente seria potencializada caso houvesse uma “adaptação inteligente a uma dada realidade” (HESSE, 2009, p. 132).

Nesse sentido, o Estado possui um orçamento limitado, enquanto os direitos fundamentais, mormente os direitos sociais prestacionais, possuem custos variáveis e, até certo ponto, imensuráveis, sem a identificação com absoluta precisão e certeza dos indivíduos beneficiários da prestação.

Imagine-se, por exemplo, o direito social à saúde. Um indivíduo que goza de saúde perfeita pode passar anos sem utilizar a rede pública de saúde. Todavia, um dia pode ser acometido de determinada doença rara cujo tratamento alcance a cifra de milhares de reais. Ao se demandar o Estado para o custeio do aludido tratamento, certamente esse fato imprevisível causará, no mínimo, algum grau de desorganização nas contas públicas, considerando-se, ainda, a possibilidade de universalização do mencionado exemplo, com o custeio de um caro tratamento de saúde para milhares de pessoas simultaneamente.

É de se perceber, portanto, que, em se tratando de direitos fundamentais (especialmente os direitos sociais prestacionais), as variáveis são imensas.

O modelo orçamentário brasileiro consistente em envolver todos os direitos previstos constitucionalmente em um único orçamento já foi objeto de crítica. A esse respeito, Rezende (2015) já escreveu:

A falha consistia em formar um condomínio, no qual direitos distintos convivem em um mesmo espaço. No caso, direitos individuais, como os relativos ao pagamento de benefícios previdenciários e assistenciais, e direitos coletivos, como o acesso a serviços de saúde. Se o espaço ocupado pelos beneficiários dos direitos individuais aumenta, os demais ocupantes do condomínio têm que se acomodar em um espaço mais reduzido. (REZENDE, 2015, p. 7)

Como se observa desse excerto, há uma relação inegável entre a efetivação dos direitos fundamentais e a questão orçamentária: quanto mais direitos fundamentais são implementados na prática, mais orçamento é demandado, de maneira que os demais direitos carecedores de efetivação deverão se acomodar na nova realidade orçamentária, com menos recursos.

Da mesma maneira, há indubitável relação entre a efetivação de um direito fundamental de uma dimensão e os direitos das demais dimensões, afinal, os recursos do Estado para a implementação de direitos diferentes estão alocados em uma mesma lei orçamentária, partindo do mesmo orçamento estatal, que é limitado.

Desde já, por cautela, é de se reforçar que o presente trabalho não advoga o inadimplemento dos direitos fundamentais. Nem poderia fazê-lo: são direitos dispostos constitucionalmente, gozando de caráter cogente e de observância obrigatória por todas as funções do poder estatal. Contudo, simplesmente ignorar a relação entre a efetivação dos direitos fundamentais e as circunstâncias fáticas existentes (inserida aí a questão da limitação orçamentária) não parece contribuir para a solução do problema. Ao contrário: os debates e os estudos acadêmicos sobre o tema devem ser constantemente fomentados, para que se chegue a uma posição conciliatória que permita, inclusive, efetivar os direitos fundamentais em maior amplitude. Como afirma Rezende (2015, p. 33), “todos os expedientes adotados nos últimos anos, para

esconder os conflitos e evitar o debate sobre as reformas necessárias, esgotaram seus efeitos”.

Pode-se dizer que houve uma fase na História – que ainda não acabou completamente – de certo desinteresse pelos limites orçamentários para a efetivação de direitos fundamentais. O debate sobre a ponderação na implantação de direitos, diante de um cenário de restrição orçamentária, não havia chegado nem na doutrina, nem nos tribunais brasileiros. Somente com o agravamento da questão orçamentária, aliado às sucessivas crises econômicas que o Brasil enfrentou em um passado recente, é que se passou a dar mais atenção ao tema. Mesmo em âmbito internacional, conforme se verá nos tópicos subsequentes, a chamada jurisprudência de crise (tomada de decisões político-jurídicas em cenário de escassez de recursos) é temática relativamente recente.

Justamente em momentos de crises econômicas, nos quais os recursos disponíveis são ainda mais escassos, é que há maior busca pela efetivação de direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais. No válido entendimento de Alexy (2015, p. 513), “a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído”. O mencionado jurista alemão prossegue o seu raciocínio, demonstrando que, na ponderação entre o mínimo existencial e a falta de recursos financeiros estatais em épocas de crise, deveria ser conferida primazia abstrata ao primeiro: “é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível” (ALEXY, 2015, p. 513). É de se frisar, contudo, que essa proteção conferida *prima facie* e de modo abstrato nem sempre irá preponderar no caso concreto.

Exposto o tema, uma ressalva deve ser feita: não se advoga a tese de que os interesses primários e secundários da Administração Pública seriam absolutamente oponíveis à implementação dos direitos fundamentais.

O debate sobre a escassez de recursos e a efetivação de direitos fundamentais não deve ser reduzido à questão maniqueísta do direito fundamental *versus* questão econômica, como se esses temas se referissem a um sistema binário, de tudo ou nada.

Em verdade, o debate sobre a escassez de recursos e a efetivação dos direitos fundamentais gravita em torno de qual a melhor maneira de concretizar a democracia e satisfazer os direitos dispostos constitucionalmente: se no plano individual, mediante a judicialização reiterada de demandas propostas por cada indivíduo que se sinta prejudicado, ou de maneira universal, mediante a concretização de políticas públicas pelo Poder Executivo que, caso não efetivadas, até poderiam ser judicializadas, mas preferencialmente por meio de ações coletivas.

### **3.4 O orçamento público**

A noção de orçamento está contida em uma ideia mais ampla, que é a de possibilitar o planejamento financeiro, auferindo uma certa previsibilidade na gestão.

O orçamento é uma previsão de receitas e despesas, sendo utilizado tanto pelo Estado para a realização de suas atribuições quanto pelos agentes privados, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas. As próprias pessoas físicas costumam realizar um orçamento para a tomada de certas decisões financeiras, a exemplo de uma viagem, da compra de um imóvel e da reforma de uma casa.

O orçamento público tem como instrumento de atuação a lei orçamentária, por meio da qual o Poder Legislativo autoriza a alocação de recursos.

A lei orçamentária, também conhecida como “lei de meios” ou “ato-condição”, é considerada lei apenas em seu aspecto formal, já que em seu conteúdo expressa uma autorização do Parlamento para a prática de atos de natureza administrativa. Assim, não é considerada lei do ponto de vista material, mas sim um plano de gestão, com a função de controlar o Executivo em relação aos limites do endividamento e das renúncias de receita (GONÇALVES, I. D., 2011, p. 194).

Conforme estabelece o artigo 165 da CF, há três espécies de leis orçamentárias: a lei que institui o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual<sup>48</sup>.

O plano plurianual estabelece as orientações orçamentárias da política governamental, com a programação das ações dos diversos setores de atividades governamentais com duração contínua e prolongada. (art. 165, § 1º, CF)<sup>49</sup>.

A lei de diretrizes orçamentárias estabelece as metas e prioridades da Administração Pública, antecedendo e orientando a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo, inclusive, sobre eventual alteração na legislação tributária (art. 165, § 2º, CF)<sup>50</sup>.

Já a lei orçamentária anual é aquela que compreende o orçamento (previsão de receitas e autorização de despesas) de todas as funções do poder estatal, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta ou indireta, empresas estatais, seguridade social, e investimentos a serem realizados em empresas nas quais a União detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º, CF).

Pela lei orçamentária anual, é veiculada uma previsão de receitas e autorização de despesas relativas ao período determinado de um ano, contidas em uma lei formal de efeitos concretos, que constitui a sua natureza jurídica.

Mais do que um aspecto meramente contábil, o orçamento espelha a vida econômica do Estado, orientando a atuação deste. É um instrumento de atuação do Estado na ordem econômica e social.

Por se constituir em uma lei formal, o orçamento reflete os interesses da sociedade, principalmente pela participação dos representantes eleitos pelo

---

<sup>48</sup> Art. 165, CF: “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I- o plano plurianual; II- as diretrizes orçamentárias; III- os orçamentos anuais”.

<sup>49</sup> Art. 165, § 1º, CF: “A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

<sup>50</sup> Art., 165, § 2º, CF: “A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”.

povo tanto no Poder Legislativo quanto no Executivo. Além de prever as receitas para a consecução de políticas públicas, também é uma maneira de fiscalizar e controlar os gastos públicos.

A lei orçamentária anual é de iniciativa do Poder Executivo (art. 165, CF), cabendo ao presidente da República enviar o projeto de lei e a proposta orçamentária ao Congresso Nacional (art. 84, inciso XXIII, CF). As propostas orçamentárias do Poder Judiciário serão enviadas pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores (art. 99, § 2º, CF). Caberá, então, ao Poder Legislativo unificá-las, encaminhando-as posteriormente para a discussão democrática.

A CF de 1988 elenca alguns princípios em matéria de orçamento público, seja de forma explícita ou implícita. Nessa ocasião, convém citar alguns princípios que auxiliarão na compreensão do assunto.

Pelo princípio da exclusividade, o conteúdo do orçamento é temática exclusiva da lei orçamentária, não sendo permitida a presença de dispositivo estranho à previsão de receita e à fixação de despesa, com exceção de créditos suplementares e a contratação de operações de crédito (art. 165, § 8º, CF)<sup>51</sup>.

O princípio da anualidade reflete a periodicidade do orçamento, sendo que o exercício financeiro corresponde a um ano (art. 165, III, CF), cabendo ressaltar que, no Brasil, esse período coincide com o ano-calendário, ou seja, de 1º de janeiro a 31 de dezembro.

O princípio da universalidade determina que o orçamento deve incluir a previsão de receitas e autorização de despesas das três funções do poder estatal, dos fundos, das entidades e dos órgãos, incluindo as empresas estatais e o orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, CF).

O princípio da legalidade em matéria orçamentária determina que a Administração Pública pode agir somente conforme as prescrições legais (art. 165, CF), realizando os gastos públicos autorizados legalmente. Tal determinação não é infirmada pelo fato de o Poder Executivo transferir recursos

---

<sup>51</sup> Art. 165, § 8º, CF: “A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei”.

de uma dotação para a outra, afinal, a própria lei orçamentária em regra veicula autorização nesse sentido.

Pelo princípio da transparência orçamentária, exige-se que a lei orçamentária demonstre a previsão de receitas e a autorização de despesas com a maior transparência possível, que é inerente a um Estado Democrático de Direito (art. 165, § 6º, CF)<sup>52</sup>. Além da transparência, também deve haver ampla publicidade orçamentária, até mesmo como forma de se controlar os atos do Poder Público (art. 166, § 7º combinado com art. 37, CF), permitindo-se a fiscalização não apenas pelas entidades encarregadas desse mister, mas também por todos os demais indivíduos.

Superada a introdução sobre o orçamento público, convém relacioná-lo ao objeto de estudo da presente tese.

Diante de um orçamento público limitado, ocorrem disputas entre grupos heterogêneos, buscando cada qual a efetivação do direito que mais atende aos seus interesses. Nessa toada, a efetivação de um direito relevante ao grupo A pode gerar uma dificuldade orçamentária para a efetivação de um direito relevante para o grupo B, já que há escassez orçamentária.

Desde longa data, essa problemática é perceptível por boa parte da doutrina. Em obra clássica, Bobbio (2004, p. 20) já sentenciou que “não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas”

A relação entre orçamento e vontade popular há longo tempo é conhecida. Sabe-se que o orçamento é lei aprovada pelos representantes do titular do poder estatal, o povo. Logo, a lei orçamentária é fruto da vontade manifestada pelos representantes do povo no Poder Legislativo, prevendo receitas e autorizando despesas governamentais.

Neste sentido, Harada (2006) leciona:

No Estado moderno, não mais existe lugar para orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade. Daí

---

<sup>52</sup> Art. 165, § 6º, CF: “O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”.

porque o orçamento sempre reflete um plano de ação governamental. Daí, também, seu caráter de instrumento representativo da vontade popular, o que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário. (HARADA, 2006, p. 84)

Como há de se reparar, modernamente o orçamento está perdendo a antiga concepção de mera peça financeira de previsão de receitas e despesas. Ademais, também não está simplesmente subordinado à concepção política predominante (OLIVEIRA, 2007, p. 331). Retrata, portanto, uma harmonização entre os diversos interesses dispostos constitucionalmente, autorizando a alocação de recursos nas mais diversas áreas de atuação do Poder Público.

Em que pese levar em consideração os interesses da sociedade, no Brasil ainda vige o entendimento de que o orçamento público é, via de regra, autorizativo, e não impositivo. Constitui-se, assim, em uma previsão de gastos, que serão realizados conforme a arrecadação efetuada no exercício financeiro, sem necessidade de vinculação absoluta e inflexível às disposições constantes na lei orçamentária.

Assim, o fato de a lei orçamentária conter uma previsão de despesa não significa que haverá, *ipso facto*, a sua realização, pois é atribuição do Poder Executivo ajustar os gastos públicos conforme as necessidades que surjam no exercício financeiro, em uma demonstração de relativa discricionariedade da temática.

Contudo, o administrador público não detém ampla liberdade de modificação do orçamento público. Isso porque uma parte considerável das receitas possui destinação específica, com finalidade própria. Cite-se como exemplo as contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social, cuja finalidade é obter recursos justamente para financiar as áreas da saúde, previdência e assistência social (art. 194, CF). Em se tratando de receitas com destinação específica, o orçamento se torna impositivo ao administrador.

Dessa maneira, via de regra o orçamento público é autorizativo, com parcela das receitas vinculadas à finalidade específica, sendo que esta última retira do administrador a discricionariedade em manejar o orçamento com ampla liberdade.

A própria necessidade de remanejamento de recursos orçamentários de uma área para outra é indicativo de que tais recursos são escassos e finitos. Caso se partisse da premissa de que não há restrição orçamentária, todos os direitos constitucionais poderiam ser implementados e ampliados indefinidamente sem necessidade de remanejamento, pois sempre haveria dinheiro para custeá-los. Todavia, essa é uma hipótese que não se verifica na prática. Segundo ensina Rezende:

[...] os limites físicos para o crescimento da montanha [orçamentária] foram atingidos, mas ainda há quem duvide disso. Direitos são vendidos sem que haja espaço disponível – como nos loteamentos que vendiam terrenos situados dentro da lagoa. (REZENDE, 2015, p. 33)

Portanto, as políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais geram gastos que, ordinariamente, devem estar previstos na lei orçamentária, em uma relação harmoniosa entre receitas e despesas.

A necessidade de previsão do impacto orçamentário e financeiro de proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita é medida prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente, no artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. (BRASIL, 1998, não paginado)

Para Torres, R. L. (2010, p. 323), os direitos fundamentais se realizam por meio dos instrumentos orçamentários. Porém, se não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Executivo e Legislativo), e não ao Poder Judiciário. Na insuficiência de verba, o Poder Executivo, autorizado pelo Poder Legislativo (art. 167, V, CF), deve suplementá-la, “pressionado pelo Judiciário”. Em não havendo dotação necessária à garantia do direito, o Poder Legislativo deve abrir crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (art. 166, par. 3º, II e 167, V, da CF).

Nesse cenário de compatibilização entre a efetivação dos direitos fundamentais e a escassez de recursos, emerge a figura do equilíbrio fiscal, que é a relação de ponderação entre as receitas e as despesas públicas, de modo que não haja uma desproporção entre o que é arrecadado e o que é gasto pelo Estado. Para tanto, a previsão de receitas deve ser a mais fiel possível à realidade, ao mesmo tempo em que os gastos públicos não devem ser exacerbados ao ponto de ultrapassarem as receitas.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – Lei Complementar Federal nº 101/2000 – BRASIL, 2000a) prevê expressamente o equilíbrio nas contas públicas, em especial em seus artigos 1º, § 1º, e 4º, I, a<sup>53</sup>.

O equilíbrio fiscal não é relevante apenas para a atual geração de indivíduos, mas também para as futuras gerações, que poderão ser privadas da implementação de alguns direitos caso as gerações anteriores não tenham zelo no trato dos recursos públicos. Menos recursos podem significar uma menor efetivação de direitos no futuro. Na lição de Horvath Júnior e Médice (2019, p. 71), enquanto a equidade social estaria atrelada ao aspecto espacial do bem-estar social, a equidade intergeracional se relaciona ao aspecto temporal, isto é, à distribuição dos benefícios entre as gerações presentes e futuras, sendo que ambas as espécies interferem na tomada de decisões sustentáveis.

Semelhante opinião é compartilhada por Canotilho (2016, p. 1141), para quem, entre os temas constitucionais do futuro, emerge o problema da dívida pública e a responsabilidade e solidariedade intergeracional. As questões orçamentárias emergem, pois, como assunto relevante inclusive para as gerações vindouras, que certamente necessitarão de recursos públicos para terem os seus direitos efetivados.

A relevância do tema é também demonstrada pela apresentação, em novembro de 2019, da Proposta de Emenda à Constituição nº 188/2019, que,

---

<sup>53</sup> Art. 1º, § 1º: “A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”. [...] Art. 4º: “A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: I- disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas”.

dentre outras alterações, pretende incluir um parágrafo único no artigo 6º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “Será observado, na promoção dos direitos sociais, o direito ao equilíbrio fiscal intergeracional” (BRASIL, 2019c, art. 6º).

Outro recente exemplo pode ser mencionado: o Projeto de Lei nº 735 de 2020, que dispõe sobre medidas emergenciais de amparo aos agricultores familiares do Brasil para mitigar os impactos socioeconômicos da Covid-19, foi parcialmente vetado pela presidência da República, especialmente em relação aos artigos do projeto que pretendiam transferir recursos financeiros no valor de R\$ 3.000,00, divididos em cinco parcelas de R\$ 600,00, aos agricultores familiares que não receberam o auxílio emergencial de que trata o art. 2º da Lei nº 13.982/2020 (BRASIL, 2020d). A razão do veto presidencial foi justamente o fato de o Poder Legislativo não ter apresentado a estimativa do respectivo impacto orçamentário e financeiro, em violação à regra do art. 113 do ADCT. É de se notar que, no presente exemplo, um benefício assistencial não foi implementado justamente por falta de previsão do impacto financeiro que iria causar, o que demonstra a relevância da temática ora estudada. Observe-se a razão do veto ao artigo 2º do aludido projeto:

Apesar de meritória a intenção do legislador em determinar que a União transfira recursos financeiros no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), divididos em 5 (cinco) parcelas de R\$ 600,00 (seiscentos reais), aos agricultores familiares que não tenham recebido o auxílio emergencial de que trata o art. 2º da Lei nº 13.982, de 2020, verifica-se que a propositura não apresenta a estimativa do respectivo impacto orçamentário e financeiro, em violação à regra do art. 113 do ADCT, que não foi excepcionada pela Emenda à Constituição nº 106, de 7 de maio de 2020. (BRASIL, 2020e, p. 4)

Não se poderia deixar de consignar ainda a promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, conhecida como emenda constitucional do teto dos gastos públicos. Ela estabelece um novo regime fiscal no âmbito dos orçamentos fiscais e da seguridade social da União, que vigorará por 20 exercícios financeiros, mediante o acréscimo de diversos artigos no ADCT.

Segundo a referida emenda constitucional, há a imposição de limites individualizados para as despesas primárias dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além de outras entidades federais, como o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União. Os novos limites de despesas primárias correspondem ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior ao que se refere a lei orçamentária (art. 107, § 1º, II do ADCT). Há, inclusive, vedação à abertura de crédito suplementar ou especial que amplie o montante total autorizado de despesa primária sujeita aos limites tratados na referida emenda constitucional (art. 107, § 5º, ADCT).

Tais limites de despesas são expressamente aplicáveis também aos serviços públicos de saúde e de manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 110, II, ADCT), nítidos direitos fundamentais de cunho social, corroborando a tese aqui exposta de que as questões orçamentárias (receitas e despesas) influenciam a efetivação de direitos fundamentais.

Para que os gastos públicos não extrapolem o que é arrecadado, decisões alocativas devem ser tomadas, ora priorizando determinada política pública, ora conferindo prioridade à outra temática com relevância social. Essa decisão alocativa de recursos guarda carga essencialmente política: por isso é de atribuição típica dos Poderes Legislativo e Executivo. Na omissão e/ou falha desses poderes, o Poder Judiciário poderá agir, mediante provocação.

Para se decidir qual será a política pública a ser implementada com primazia em cada momento, haverá um prévio juízo de ponderação realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo, no qual já estarão computados os gastos a serem realizados com a implementação de determinado(s) direito(s), justamente como forma de se respeitar o equilíbrio nas contas públicas.

Ao surgir algum conflito na concretização da política pública, o Poder Judiciário poderá ser acionado para a resolução da demanda, sendo lícito afirmar que não há no ordenamento jurídico brasileiro um normativo abstrato e específico a funcionar como molde para o juiz realizar a subsunção fato-norma na implementação de políticas públicas. Atualmente, essa resolução judicial dos

conflitos ocorre pelo ajuizamento de sucessivas demandas individuais que, caso repetidas em uma progressão crescente, poderão levar a uma desorganização orçamentária. Vale recordar que, quando o Estado é condenado em uma demanda individual, ele deve encontrar recursos para o cumprimento daquela decisão, além dos já necessários à implementação administrativa da política pública. A repetição desse procedimento enseja a diminuição de recursos que, por sua vez, irão interferir na efetivação coletiva de direitos.

Portanto, um saudável equilíbrio fiscal não é temática relevante apenas contabilmente, trazendo implicações de ordem prática que podem prejudicar a efetivação de direitos fundamentais. Ademais, a temática deveria ser observada por todas as funções estatais, incluindo a função judiciária, especialmente nas demandas que são levadas ao seu julgamento.

Por outro lado, é de se reconhecer que a observância das disposições orçamentárias, com o seu equilíbrio fiscal, não é assunto que deva ser entendido como absoluto ou infenso a qualquer flexibilização. Em períodos excepcionais, a exemplo das crises econômico-financeiras, o rígido equilíbrio fiscal deve ser flexibilizado até mesmo como forma de se garantir direitos de sobrevivência com dignidade aos indivíduos, o que não significa o incentivo ao gasto desmedido e sem controle.

Em períodos de crise, certos direitos serão efetivados, enquanto outros serão sacrificados ou, ao menos, terão a sua efetivação postergada. A relação entre um e outro deverá ser harmonizada pelo método da ponderação, a ser considerado por todas as funções estatais (executiva, legislativa e judiciária). Ademais, as medidas de sacrifício deverão ser permeadas por um caráter de temporariedade, ou seja, devem vigorar enquanto perdurar a situação excepcional, justamente por ser considerada uma restrição a um direito fundamental que não goza da condição de perenidade<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Mais informações sobre essa temática serão prestadas no tópico atinente à proibição do retrocesso social e à jurisprudência de crise.

### 3.5 A teoria da reserva do possível

Conforme já visto em tópico anterior, o Estado, ao ser demandado judicialmente para a efetivação de um direito fundamental, costuma alegar em sua defesa a chamada teoria da reserva do possível.

Essa teoria tem origem na Alemanha, na década de 1970 – mais precisamente, 1972 – com o famoso julgamento do caso conhecido como *Numerus Clausus*.

Estudantes de Medicina que, em razão da limitação de vagas no respectivo curso, não conseguiram ingressar nas universidades de Munique e Hamburgo ingressaram com ação em face do Estado, alegando descumprimento do direito de livre escolha da profissão.

O Tribunal Constitucional alemão, ao analisar o caso concreto, aplicou a teoria da reserva do possível para decretar que não era razoável demandar aquele pedido em face do Estado, mesmo porque o número de médicos existentes era suficiente para atender a sociedade naquele momento. Ademais, ainda que o Estado dispusesse de recursos, não poderia se falar em obrigação de o Estado prestar algo fora do limite do razoável.

É de se reparar que, em sua origem alemã, a discussão principal sobre a referida teoria não se relacionada ao aspecto financeiro/orçamentário, mas sim ao que razoavelmente poderia se pleitear do Estado<sup>55</sup>.

Ao ser trazida para o Brasil, uma importante modificação ocorreu na aludida teoria: ela passou a representar a impossibilidade financeira de o Estado arcar com aquela prestação solicitada.

Torres, R. L., (2009), após explicar a origem alemã da teoria, aduz como ela foi recepcionada no Brasil de maneira diversa da sua versão original:

---

<sup>55</sup> É de se observar que, na segunda metade do século XX (período pós-Segunda Guerra Mundial), o modelo subsuntivo de interpretação jurídica sofreu críticas lastreadas em sua insuficiência para a solução das questões envolvendo a decidibilidade jurídica. Um dos teóricos críticos era Luís Recaséns-Siches, que, condenando o raciocínio subsuntivo, apresentou a lógica do razoável ou lógica da equidade, segundo a qual a decidibilidade decorre de um caminho tridimensional que parte do fato, atualizado com os valores correspondentes, para assim chegar a um significado normativo que dê segurança jurídica ao caso, o que trará maior efetividade ao Direito (GONZAGA, 2017). Percebe-se, assim, a conexão entre a lógica do razoável e a teoria original alemã da reserva do possível na questão ora tratada: analisar a decidibilidade do que é razoável se pleitear ao Estado.

[...] reserva do possível no Brasil passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira que pode compreender a existência de dotação orçamentária ou de dinheiro sonante no caixa do Tesouro. (TORRES, R. L., 2009, p. 110)

A escassez de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais constitui um limite fático do qual a ciência jurídica não pode se apartar e decorre do princípio *ultra posse nemo obligatur*, isto é, ninguém é obrigado a fazer nada além de sua capacidade.

Ao ser demandado judicialmente, o Estado costuma invocar a teoria da reserva do possível para alegar que não possui recursos financeiros disponíveis para implementar aquela pretensão. Mas esse não é o único elemento formador dessa teoria.

Conforme ensina Sarmiento (2016):

A reserva do possível pode ser desdobrada em três componentes: o componente fático, que diz respeito à efetiva existência de recursos necessários à satisfação do direito prestacional em jogo; o componente jurídico, que se liga à existência de autorização legal – especialmente na lei orçamentária – para a realização da despesa exigida pela efetivação do direito; e a razoabilidade da prestação, considerando os recursos existentes e todos os demais encargos que pesam sobre o Estado. (SARMENTO, 2016, p. 230)

Starck (*apud* SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 17) inclui, dentro do componente fático (além da questão econômica sobre a escassez de recursos), a questão política, envolvendo as escolhas ideológicas sobre quais direitos satisfazer e em qual medida.

Inicia-se a explicação detalhada da referida teoria com o elemento de maior facilidade de compreensão: o componente jurídico não pode ser acolhido como argumento válido para impedir a implementação de um direito fundamental, ou seja, a inexistência de autorização legal na lei orçamentária para a realização da despesa exigida para a efetivação do direito não se revela um óbice absoluto à efetivação do direito fundamental.

O direito fundamental não deve ser deixado nas mãos de uma maioria legislativa de ocasião, ou seja, não deve ser dependente da sua regulação por

lei infraconstitucional. Estando dispostos na CF, possuem força cogente, de modo que eventual omissão do legislador infraconstitucional não teria o condão de aniquilar o direito, pela incidência no caso da força normativa da Constituição.

Sobre o componente da razoabilidade da prestação, é de se entender que este é um elemento muitas vezes negligenciado pelo Poder Judiciário na análise do caso concreto. A razoabilidade das prestações solicitadas é medida que está presente em todos os direitos fundamentais, incluindo aqueles costumeiramente classificados como mínimo existencial. Significa o que é razoável em se pleitear ao Estado, considerando os recursos e os encargos que este deve arcar.

Assim, nesse contexto, a razoabilidade do pedido se verifica com uma adequação, racionalidade, idoneidade, prudência, bom senso e moderação em sua formulação. Tanto o requerente quanto o juiz, na análise do pedido, devem eliminar as distorções e as anomalias, agindo com prudência, sem abusos.

A grande dificuldade reside no componente fático, pois tal óbice decorre de questões econômicas, e não de uma formulação jurídica ou de razoabilidade.

Desde já, uma premissa deve ser consignada: a teoria da reserva do possível, via de regra, deve ser entendida considerando a universalização e/ou repetição das demandas individuais nas quais se requer a efetivação de direitos fundamentais. Seria difícil imaginar a teoria da reserva do possível sendo aplicável para apenas um único caso concreto, afinal, raramente um caso demandaria a efetivação de um direito fundamental de maneira tão custosa a ponto de não haver orçamento para tanto. Dessa maneira, deve-se levar em conta a universalização dos requerimentos, até por uma questão de igualdade: se foi implementado um direito fundamental para uma pessoa, todas as demais que estão na mesma condição fática e jurídica também farão jus a semelhante direito.

Deve ser constantemente lembrado um dos aspectos da noção de justiça para Kant, para quem uma conduta justa é uma conduta universalizável, ou seja, igual para todos. Dessa maneira, ao se conceder a efetivação de um direito social para uma pessoa, por meio de uma demanda individual, o juiz

deverá, por um imperativo lógico de coerência, deferir o mesmo direito para todos que se encontrem na mesma situação fático-jurídica<sup>56</sup>.

O dever de coerência e integridade do Direito restou difundido academicamente em conhecida obra de Dworkin (2014b), denominada “O império do direito”, na qual o autor sustenta que o direito como integridade impõe aos juízes que “continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso” (DWORKIN, 2014b, p. 273). Para haver coerência na decisão judicial, tal qual apregoado pelo autor, nada mais natural do que tratar com igualdade todos os indivíduos que se encontrem na mesma situação fático-jurídica.

Na jurisprudência brasileira, a teoria da reserva do possível restou mais conhecida a partir do voto do relator ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, relativizando o seu acolhimento. Em suas palavras:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004b, não paginado)

A partir daí, a mencionada decisão passou a ser utilizada por outros órgãos jurisdicionais, sempre no sentido de que a teoria da reserva do possível não poderia ser invocada pelo Estado como óbice à implementação de direitos fundamentais.

Como regra, a teoria da reserva do possível não é aceita pelo Poder Judiciário pelas seguintes razões: (1) o Estado alega a impossibilidade financeira, porém não a comprova no caso concreto; (2) ainda que comprovasse,

---

<sup>56</sup> Kant (2023b, p. 32), em suas palavras, assevera: “O princípio supremo da doutrina dos costumes é, portanto: aja segundo uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como lei universal. Cada máxima que não se qualifica a isso é contrária à moral”.

na relação de ponderação entre a impossibilidade financeira e o mínimo existencial, este último deve prevalecer.

Observe-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE DE AGIR DO MPF. ADEQUAÇÃO DOS PRÉDIOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE. ACESSIBILIDADE. PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 282/STF.

[...]

5. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

6. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei.

7. Ademais, tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

8. Recurso Especial conhecido parcialmente e, nessa parte, não provido.

(BRASIL, 2016, p. 7-8)

Observa-se que o Estado também costuma alegar em suas peças processuais a ocorrência de violação da tripartição de poderes, uma vez que a efetivação de direitos sociais seria incumbência precípua do Poder Executivo, e não do Poder Judiciário, sendo que, caso este último determinasse a efetivação de um direito fundamental, estaria ocorrendo indevida intromissão de um poder em outro.

Como regra, esta alegação também não é acolhida. Em primeiro lugar, tem-se a esclarecer que não há discricionariedade administrativa do administrador público em efetivar ou não um direito social. Como já visto no

capítulo atinente ao constitucionalismo, as constituições dos Estados Modernos gozam de força normativa cogente, obrigatória. Portanto, não há discricionariedade em se efetivar ou não um direito social. Todavia, o administrador público possui a discricionariedade em escolher o modo como a prestação será efetivada. A título de exemplo, em havendo falta de vagas em creches públicas, não cabe ao administrador público escolher se vai efetivar ou não o direito social à educação. Porém, a Constituição permite que o administrador público decida a melhor maneira de fazê-lo: se irá construir novas creches, se irá contratar creches privadas para suprir a deficiência de vagas em creches públicas, se realizará contratos e convênios administrativos, entre outras soluções possíveis. Em suma, a discricionariedade não reside na implementação ou não do direito, mas sim no modo de fazê-lo.

Conforme ensina Alexy (2015, p. 463), o Estado está obrigado a realizar as pretensões positivas dos direitos fundamentais, mas a decisão sobre como essa obrigação será satisfeita é algo que, em primeira linha e em sua essência, cabe ao legislador. Em seguida, caberá ao administrador público optar por uma das soluções previstas explícita ou implicitamente em lei.

Todavia, uma ressalva deve ser feita: o argumento de que determinado direito está contido na Constituição e que, apenas por isso, deve ser implementado carece de maior explicação. Isso porque o dever de respeito ao orçamento também é dispositivo com assento constitucional. O que se poderia argumentar é que, na relação de ponderação, a implementação de um direito social seria uma prioridade abstrata frente à questão orçamentária, mas mesmo essa afirmação seria plenamente discutível, afinal, elencar primazias de maneira abstrata é desconsiderar todas as circunstâncias fáticas que influenciam a implementação e fruição de um direito. Em suma, tendo em vista que tanto o direito fundamental quanto o respeito ao orçamento público possuem previsão constitucional, a diferença não pode residir no veículo de sua localização (no caso, a Constituição), mas sim em termos de prioridade a ser analisada no caso concreto. Contudo, o presente estudo vai mais além: ainda que se dê prioridade à efetivação do direito social, é de se indagar o que fazer quando comprovadamente não houver mais recursos à sua efetivação. Aqui, cabe

lembrar que, quando o juiz condena o Estado à implementação de um direito social para determinada pessoa, o Estado deverá buscar recursos não apenas para cumprir a condenação, mas também para a manutenção de todos os gastos de políticas públicas já existentes.

A teoria da reserva do possível não deve ser encarada como um mero entrave econômico à efetivação do direito fundamental. Antes de tudo, é uma análise da razoabilidade da pretensão, não apenas sob o aspecto financeiro, mas também sob os aspectos político e jurídico, considerando a universalização daquele requerimento.

Na síntese de Schier e Schier (2018):

[...] a reserva do possível em verdade se revela como uma forma de realização dos direitos fundamentais através de políticas públicas prioritárias previamente deliberadas e democraticamente aprovadas em um conjunto de procedimentos decisórios que envolvem as relações entre Executivo e Legislativo. (SCHIER; SCHIER, 2018, p. 84)

Portanto, a reserva do possível, por si só, não constitui um óbice absoluto à efetividade dos direitos fundamentais. Não seria possível sustentar tal afirmação, sob pena de toda a dignidade humana restar submissa às questões econômico-financeiras. A teoria da reserva do possível, à semelhança do que ocorre com os próprios direitos fundamentais, não é absoluta, indene de ponderação. Ao contrário: o que se defende no presente estudo é que a teoria da reserva do possível seja utilizada como um dos elementos de sopesamento para a efetivação dos direitos fundamentais no caso concreto.

A posição ora defendida encontra respaldo doutrinário e, como será visto adiante, começa a encontrar respaldo na jurisprudência brasileira. Na doutrina, convém citar a posição de Alexy (2015, p. 515), para quem a teoria da reserva do possível “expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito [o direito fundamental]”.

Finalmente, deve ter restado claro que a teoria da reserva do possível não deve ser aceita como um argumento genérico e abstrato em face da implantação dos direitos fundamentais. O próprio Poder Judiciário não aceita esta forma de

argumentação genérica. Caso fosse admitido o argumento abstrato de ausência de recursos financeiros do Estado, a reserva do possível assumiria uma feição de intransponível barreira para a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, passaria a gozar de caráter absoluto, o que seria desarrazoado. Essa primazia abstrata e absoluta da reserva do possível frente aos direitos fundamentais, caso existente, reduziria a força normativa dos direitos fundamentais, bastando sua mera alegação para que tais direitos não fossem efetivados. A aceitação da teoria, portanto, deve estar baseada em prova concreta da limitação financeira do Estado, sendo compreendida como um direcionador na boa utilização dos recursos públicos.

### **3.6 O mínimo existencial**

A ideia de que o Estado deve prover condições materiais básicas para os necessitados não é propriamente uma novidade nem da sociedade atual, nem do ordenamento jurídico brasileiro.

De plano, verifica-se que essa ideia de que toda a sociedade, representada pelo Estado, ajudaria os mais necessitados possui um fundamento filosófico antes mesmo de um fundamento jurídico. Negar as mínimas condições materiais de vida digna a um ser humano representaria grave injustiça.

Ao lado desse fundamento filosófico, há outro de cunho sociológico: não garantir o mínimo existencial a um ser humano poderia ensejar revoltas sociais, abalando as estruturas da sociedade. Justamente por essa razão é que se pensou na rede de proteção social idealizada por Otto von Bismarck, na Alemanha, no século XIX. Ainda que dependente de contribuição compulsória do trabalhador para fazer jus a essa proteção, os indivíduos atendidos passariam a gozar de um núcleo mínimo de proteção social.

É de se recordar, ainda, a lição já exposta neste trabalho acerca da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos: sem as condições materiais básicas de uma vida digna, é impossível que se tenha liberdade e, conseqüentemente, uma verdadeira democracia. Os direitos fundamentais estão interligados: é materialmente impossível se afirmar que um indivíduo é livre

quando ele está faminto ou que um analfabeto conseguirá exercer plenamente a sua cidadania. Só há o exercício pleno das liberdades fáticas quando os indivíduos são providos de um mínimo de condições materiais para exercitarem os seus direitos.

Ao lado dos fundamentos filosóficos e sociológicos, mais recentemente se vislumbrou o fundamento jurídico, ou seja, a disposição contida nas Constituições modernas acerca da previsão do mínimo existencial.

No âmbito jurídico, o mínimo existencial representa um rol de direitos sociais essenciais à vida digna de um indivíduo. Estabelece, portanto, um piso (e não um teto), abaixo do qual nem o legislador, nem o administrador público e nem o juiz podem atingir o núcleo protetor da dignidade humana. Individualmente, portanto, é uma garantia de uma vida minimamente digna, ao passo que coletivamente visa evitar que haja grande desigualdade social entre as pessoas.

O mínimo existencial desempenha dois papéis importantes: (1) é fundamento para prestações positivas e negativas que visem assegurar as condições materiais essenciais para a vida digna, não debilitando os demais direitos sociais expressamente positivados; e (2) servem de parâmetro de ponderação entre o direito reivindicado e os princípios que com ele colidem (SARMENTO, 2016, p. 211).

Todas as pessoas são titulares do direito ao mínimo existencial. Cabe ainda esclarecer que o mínimo existencial é teoria complexa, pois diferentes autores possuem posições diversas sobre o que se entende por esse conceito, alterando, por consequência, os recursos financeiros disponíveis para o seu atendimento.

Nesse sentido, Sarlet (2006), após explanar que o direito à assistência social se traduz na principal manifestação da garantia do mínimo existencial, esclarece:

[...] já não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes. (SARLET, 2006, p. 566)

Para Alexy (2015, p. 502), há diferenças substanciais entre um conteúdo minimalista e um maximalista dos direitos fundamentais. Enquanto o programa minimalista tem como objetivo garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um *status* social mínimos (também chamados de direitos mínimos ou pequenos direitos sociais), o programa maximalista exalta uma realização completa dos direitos fundamentais.

A tentativa de se formar uma lista fechada (ou rol taxativo, em linguagem técnica) do que se entende por mínimo existencial não seria bem-sucedida, uma vez que a própria evolução social acabaria por deixá-la desatualizada. Vale dizer: o que hoje se entende por mínimo existencial pode não ser o mesmo daqui a algumas décadas. Dessa maneira, é preferível deixar o seu conteúdo jurídico aberto, sujeito à sua delimitação no caso concreto, em vez de se elaborar uma lista fechada de direitos. Como afirma Torres, R. L. (2010, p. 314), “se o mínimo existencial não tem conteúdo específico, segue-se que abrange qualquer direito em seu núcleo essencial”, de modo que haverá mínimo existencial no direito civil, penal, previdenciário, financeiro, entre outras disciplinas.

Apesar das divergências doutrinárias em relação ao seu conteúdo, parece se extrair um ponto em comum: a ideia de mínimo existencial como as condições materiais básicas para uma simples existência física do indivíduo não é mais aceita. Hodiernamente, apregoa-se a ideia do mínimo existencial não apenas para garantir a sobrevivência física de uma pessoa, mas também para garantir-lhe uma vida digna. Daí que as divergências doutrinárias são acentuadas: é de se lembrar o tema já exposto neste trabalho de que a dignidade da pessoa humana é conceito amplo e de difícil definição, servindo atualmente para fundamentar os mais diversos assuntos, inclusive posições diametralmente opostas. Quer dizer: toda a polêmica do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana é transferida para a questão do mínimo existencial, a partir do momento em que se afirma que este mínimo existencial serve para garantir as condições materiais básicas de uma vida digna ao indivíduo.

Após essa introdução sobre o mínimo existencial, fato é que os direitos fundamentais assim classificados (como integrantes do mínimo existencial)

deverão ser concedidos, em tese, com primazia em relação aos demais direitos fundamentais considerados fora deste rol. Isso se dá justamente porque o mínimo existencial forma o conjunto de direitos mínimos à vida digna do indivíduo, ou seja, somente após a efetivação desses direitos basilares é que se deveria pensar na efetivação de outros direitos.

Todavia, em caso de grave escassez de recursos por parte do Estado, poder-se-ia pensar, como *ultima ratio*, na ponderação aplicada inclusive ao mínimo existencial. O que se quer dizer é que nem sempre o mínimo existencial irá prevalecer em confronto com outros direitos ou com a teoria da reserva do possível.

Sobre o tema, Alexy (2015) expressa seu entendimento de que, na ponderação entre a escassez financeira e o mínimo existencial, é razoável se entender que este último tenha um peso maior que o primeiro:

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras. (ALEXY, 2015, p. 512)

No entendimento de Schier e Schier (2018), essa prevalência do mínimo existencial sobre a reserva do possível não pode ocorrer de maneira abstrata e absoluta, devendo ser analisado o caso concreto:

Assim como restou salientado, anteriormente, que não se pode admitir uma supremacia da reserva do possível sobre os direitos sociais, de igual modo uma concepção adequada do sistema constitucional brasileiro não admitiria a existência de uma supremacia do mínimo existencial sobre a reserva do possível. Aqui, está-se pressupondo a inadmissibilidade da chamada tábua hierárquica de valores, tão rechaçada na tradição do constitucionalismo contemporâneo. (SCHIER; SCHIER, 2018, p. 77)

Em âmbito jurisprudencial, o STJ já afirmou que, em regra, o mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível, exceto se o Poder Público

provar a insuficiência de caixa, o que trará como consequência a inexecutabilidade do direito social pleiteado. Vale dizer: o próprio Poder Judiciário admite que, em hipóteses excepcionais, a efetivação do mínimo existencial será comprometida pela teoria da reserva do possível.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

[...]

6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública.

7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa – o que não se verifica nos autos.

Recurso especial provido. (BRASIL, 2014c, p. 1-2)

A mencionada possibilidade de ponderação do mínimo existencial não é unanimidade na doutrina. A título de exemplo, convém consignar a posição de Torres, R. L. (2010, p. 313), para quem “o núcleo do mínimo existencial é irreduzível e insuscetível de restrições pelos poderes políticos do Estado, em seus limites mínimos”, embora o mesmo autor reconheça que “o mínimo existencial está apenas sujeito a limites fáticos, sobretudo de ordem financeira” (TORRES, R. L., 2010, p. 329). Ao que se depreende da posição defendida pelo autor, o direito ao mínimo existencial estaria incluído entre os direitos de liberdade, sendo esta encarada em sentido tanto negativo (ausência de constringimento), quanto positivo (condições materiais mínimas para o exercício da liberdade fática).

De todo modo, extrai-se certa prioridade da implementação do mínimo existencial frente às demais obrigações prestacionais do Estado. Quer dizer: somente em hipóteses excepcionais o mínimo existencial não poderia ser atendido, mesmo porque, apesar de o Brasil ser classificado como um país em desenvolvimento, está distante de ser considerado um país miserável, havendo outras áreas de onde retirar recursos financeiros, a exemplo da publicidade

governamental, festas e eventos oficiais, e embelezamento das cidades. Assim, na questão do mínimo existencial, os agentes políticos deveriam ser muito mais rigorosos na aceitação da teoria da reserva do possível, que, evidentemente, pode ser aceita de maneira excepcional. Justamente por tal razão é que se sustentou no presente tópico que é razoável se pensar na ponderação entre a escassez de recursos e o mínimo existencial apenas como *ultima ratio*, ou seja, quando não houver mais qualquer outra saída estratégica que não seja deixar de implementar esses direitos basilares.

Schier e Schier (2018) alertam para as consequências de se entender o mínimo existencial como uma teoria absoluta no ordenamento jurídico brasileiro:

Então, a reiterada absolutização do mínimo existencial no âmbito judicial, em inúmeras demandas individuais, como é possível observar no Brasil, pode representar um aviltamento (flexibilização) da satisfação do mínimo existencial pensado num âmbito mais público, mais universal, ou, propriamente, mais social. Isso, ademais, sem falar das críticas no que tange com a dificuldade de controle em relação à própria concepção de mínimo existencial, do velho risco de decisionismo, do dismantelamento de políticas públicas, do déficit democrático do Judiciário, da visão de túnel, da questão das escolhas trágicas, do déficit de *expertise* do Poder Judiciário em determinadas matérias etc. Os limites das capacidades institucionais do Judiciário, nesse plano, não são desprezíveis. (SCHIER; SCHIER, 2018, p. 78)

Torres, R. L. (2010, p. 325) expressa seu entendimento de que o mínimo existencial se vincula à reserva orçamentária, mas permite controle pelo Poder Judiciário em caso de omissão administrativa ou legislativa.

Com isso, resta claro que os direitos fundamentais, por mais importantes que sejam, nem sempre serão concedidos, uma vez que não são absolutos. Na lição de Sarmiento (2016):

[...] os direitos prestacionais, conquanto exigíveis, não são absolutos, configurando, em geral, direitos subjetivos garantidos *prima facie*. Por envolverem custos, eles dependem da alocação de recursos escassos, e é competência do legislador, também *prima facie*, a realização das escolhas sobre o que deve ser priorizado. (SARMENTO, 2016, p. 211)

No mesmo sentido é o entendimento de Sarlet (2006), para quem:

Isso não significa, por elementar, que se possa falar em proteção absoluta dos direitos fundamentais (sociais, ou não) contra alterações constitucionais, já que, em princípio, não podem ser tratados como absolutamente infensos a qualquer limitação. (SARLET, 2006, p. 562)

Nesse diapasão é a lição de Bobbio (2004, p. 21), ao dizer que “vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles”. Mais à frente, o mesmo autor relembra que, durante muito tempo, a oposição à introdução dos direitos sociais foi realizada em nome do fundamento absoluto do direito de propriedade.

O STJ, em recente decisão, admitiu o desconto de 30% em benefício de prestação continuada de Assistência Social ao Idoso para o pagamento de dívida do beneficiário. Referido benefício assistencial representa uma das medidas estatais para a concretização do mínimo existencial, mediante a concessão de renda mensal equivalente a um salário-mínimo a quem não consiga se sustentar por si ou por seus familiares. Ao permitir o desconto do débito no benefício assistencial, o STJ está, por via indireta, afastando o caráter absoluto do benefício, ao mesmo tempo em que realiza a ponderação entre o princípio da autonomia da vontade privada e a dignidade da pessoa humana. Observe-se a ementa da decisão:

DIREITO CIVIL E BANCÁRIO. OPERAÇÕES DE CRÉDITO PESSOAL. DESCONTO DAS PARCELAS EM CONTA CORRENTE NA QUAL RECEBIDO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL AO IDOSO – BPC. PEDIDO DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS. ACOLHIMENTO. VERBA DESTINADA ESSENCIALMENTE À SOBREVIVÊNCIA DO IDOSO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RESP 1.555.722/SP. DISTINGUISHING.

1. Ação ajuizada em 08/09/2017. Recurso especial interposto em 20/05/2019 e concluso ao Gabinete em 28/08/2019.

2. O propósito recursal consiste em dizer acerca da possibilidade de limitação dos descontos efetuados por instituição financeira na conta bancária mantida pelo recorrido, na qual é depositado Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social ao Idoso.

3. Segundo o entendimento firmado pela 2ª Seção no REsp 1.555.722/SP (DJe de 25/09/2018), os descontos de parcelas de empréstimos em conta-corrente, ainda que usada para recebimento de salário, são lícitos – desde que autorizados pelo correntista – e não comportam limitação por analogia à hipótese de consignação em folha de pagamento de que trata a Lei 10.820/2003.

4. Hipótese dos autos que, todavia, não trata do recebimento de verbas salariais, mas do Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social ao Idoso, que tem por objetivo suprir as necessidades básicas de sobrevivência do beneficiário, dando-lhe condições de enfrentamento à miséria, mediante a concessão de renda mensal equivalente a 1 (um) salário-mínimo.

5. Necessário *distinguishing* do caso concreto para acolher o pedido de limitação dos descontos na conta bancária onde recebido o BPC, de modo a não privar o idoso de grande parcela do benefício que, já de início, era integralmente destinado à satisfação do mínimo existencial. Ponderação entre o princípio da autonomia da vontade privada e o princípio da dignidade da pessoa humana.

6. Consoante o disposto no art. 3º da Resolução BACEN nº 3.695, de 26/03/2009 (atual art. 6º da Resolução BACEN nº 4.771, de 23/12/2019), a autorização de desconto de prestações em conta corrente é revogável. Assim, não há razoabilidade em se negar o pedido do correntista para a limitação dos descontos ao percentual de 30% do valor recebido a título de BPC; afinal, o que é válido para o mais, deve necessariamente sê-lo para o menos (*a maiori, ad minus*).

7. Recurso especial conhecido e não provido.  
(BRASIL, 2020f, p. 1)

Alexy (2015, p. 514) leciona que, para ele, os direitos fundamentais seguem um modelo de sopesamento, justamente o mesmo proposto no presente trabalho. Nesse modelo, aquilo que é devido *prima facie* (ou seja, abstratamente na CF, por exemplo) geralmente é mais amplo do que aquilo que é devido definitivamente no caso concreto, após a realização da ponderação. Em suma, o resultado da ponderação costuma ser menor do que a previsão constitucional abstrata.

O sistema de efetivação de um direito social não é, portanto, binário: ou uma pessoa tem o direito efetivado em sua integralidade ou não tem, como se fosse um sistema de tudo ou nada. A título de exemplo, em se tratando de um direito à vaga em creche, pode ocorrer um caso no qual uma criança não consiga a vaga na creche pública de sua preferência pessoal, mas consiga a vaga em

outra creche pública que atenda aos seus interesses. Em se tratando do direito à saúde, por exemplo, pode-se imaginar um caso no qual uma pessoa não consiga o fornecimento gratuito pelo Estado de um medicamento de marca, mas consiga outro medicamento genérico que contenha o mesmo princípio ativo daquele, sendo tão eficaz quanto.

O importante é que as escolhas efetuadas pelo Estado (em suas funções executiva, legislativa e judiciária) estejam amparadas constitucionalmente.

Em um Estado de Direito, tal como aquele idealizado pela Revolução Francesa, todos os poderes estão submetidos a um documento dotado de normatividade superior no ordenamento, denominado Constituição.

Dessa maneira, a escolha a ser efetuada em uma hipótese de escassez de recursos deve estar, evidentemente, amparada pela Constituição, inclusive atendendo às prioridades dispostas constitucionalmente.

A esse respeito, Barcellos (2006) corrobora o exposto, também entendendo (1) que há escassez de recursos estatais para todas as pretensões humanas e (2) que as escolhas devem estar amparadas pelo texto constitucional. Observe-se:

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais. (BARCELLOS, 2006, p. 41)

Ao efetuar a escolha, o administrador público ou o juiz (a depender do caso) evidentemente terá de fazer uma opção respeitando-se as previsões constitucionais, inclusive as prioridades dispostas em suas normas. Além da

compatibilidade constitucional, deve haver, na medida do possível, respeito à prévia ponderação realizada pelo Poder Legislativo ao regulamentar por intermédio da lei a norma constitucional, evidentemente, desde que a atividade legislativa não se traduza, ela mesma, em ofensa à Constituição.

#### 4. LASTRO JURÍDICO PARA A ANÁLISE ECONÔMICA E O CONSEQUENCIALISMO NA IMPLEMENTAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

A influência do aspecto econômico nas questões jurídicas não é propriamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A interação entre as duas ciências já é notada em alguns dispositivos legais e em estudos doutrinários.

Em âmbito internacional, essa interação também é percebida, o que não torna a temática imune às críticas. Nesse sentido, Canotilho (2004) apresenta, nos seguintes termos, crítica aos juristas quando estes se propõem a analisar o custo de efetivação dos direitos sociais sem grandes profundidades:

A nosso ver, paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguides, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de “fuzzismo” ou “metodologia *fuzzy*”. (CANOTILHO, 2004, p. 100)

Em complemento, o mesmo autor enfatiza que “em toda a sua radicalidade a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais” (CANOTILHO, 2004, p. 100), deixando diversas provocações em sua obra, entre as quais, a seguinte:

Ao insistirmos nos novos direitos sociais de minorias populacionais, como por exemplo, dos indivíduos soropositivos (isto é, doentes com SIDA), saberemos que cada indivíduo gasta nos dois últimos anos terminais da doença alguma coisa como doze milhões de escudos por ano, o equivalente a um apartamento de duas assoalhadas? (CANOTILHO, 2004, p. 100)

A problemática da efetivação dos direitos sociais prestacionais atualmente se deslocou, em alguma medida, do aspecto estritamente jurídico para as teorias econômicas do direito.

Diversos dispositivos constitucionais e legais denotam o respeito e a inegável relação que o aspecto econômico possui com o aspecto jurídico.

Serão mencionados a seguir alguns dispositivos constitucionais e legais que comprovam que a questão jurídica não deve ser analisada isoladamente, sem se considerar outros aspectos extrajurídicos, como o econômico.

Inicialmente, cabe destacar que a Constituição de 1988 adotou uma ordem econômica capitalista, comprovada pelo reconhecimento da livre iniciativa, disposta no artigo 1º, inciso IV e no artigo 170, *caput*, CF<sup>57</sup>, além da garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF).

A partir do reconhecimento constitucional da livre iniciativa é que se infere a adoção do capitalismo na Carta Constitucional brasileira de 1988, com a consequente proteção da propriedade privada, que é considerada um direito natural.

Nesse sentido, Sayeg e Balera (2011, p. 147), após explicarem que “a atividade econômica capitalista é o exercício, ativo ou passivo, de apropriação ou disposição, total ou parcial, do patrimônio privado”, aduzem que a livre iniciativa reside no poder de domínio e disposição das coisas, concretizando a liberdade humana inata e o direito natural de propriedade.

Esse direito de propriedade, porém, não é absoluto: o próprio art. 170 da CF apregoa que a ordem econômica fundada na livre iniciativa é conformada pelos ditames da justiça social, tendo por fim uma existência humana digna. Assim, o direito de propriedade é relativizado; no entanto, não pode ser reduzido ao ponto de ser suprimido, afinal, “suprimir o direito natural de propriedade equivale, por certo, a mutilar o núcleo essencial da dignidade e autodeterminação” (SAYEG; BALERA, 2011, p. 151) dos indivíduos.

Em adição, consigne-se que o artigo 5º, inciso XXIII, CF, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”, disposição semelhante à contida no artigo 170, inciso III, CF. Assim, a CF não eleva a propriedade privada a uma

---

<sup>57</sup> Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Art. 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”.

noção absoluta, conformando-a por meio de sua função social, entendida como o dever de adequar a propriedade à finalidade e interesse não apenas do seu proprietário, mas também da sociedade.

Outro exemplo de influência do aspecto econômico na seara jurídica está contido do artigo 195, parágrafo 5º, da Carta Magna, que estabelece que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Assim, ao se criar um benefício novo no âmbito da seguridade social, ou em caso de majoração de benefício já existente, é indispensável a indicação da fonte de custeio, isto é, de onde virão os recursos necessários para suportar as despesas do benefício ou serviço criado ou majorado. Observe-se também que, ao se afirmar que nenhum benefício da seguridade social deve ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio integral, a CF está, explicitamente, reconhecendo que os benefícios sociais geram custo financeiro para o Estado, o que corrobora a tese de que a implementação de direitos sociais é custosa financeiramente.

Ainda em âmbito constitucional, não se poderia deixar de mencionar o artigo 196 da Carta Magna, que apregoa:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1998, não paginado)

Esse dispositivo é fonte de inúmeras divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Ao interpretá-lo literalmente, é lícito inferir que a CF pretendeu garantir todas as medidas de saúde a todas as pessoas, de modo que a universalidade de indivíduos estivesse protegida de todas as mazelas existentes. Ocorre que esse ideal de proteção encontra limite em circunstâncias fáticas que impedem que todas as pessoas tenham acesso a todos os tratamentos de saúde existentes.

Especialmente em um cenário de escassez de recursos, no qual estes não estão disponíveis a todos, a prioridade deveria ser a sua destinação para a

implantação de direitos aos hipossuficientes, que não podem efetivá-los de outra maneira que não seja pela via estatal. Os indivíduos que possuem recursos financeiros suficientes não estariam desamparados, tendo em vista que poderiam efetivar o seu direito à saúde (no exemplo dado) pela via da iniciativa privada. Isso não significa que certas prestações contidas no núcleo do mínimo existencial não devam ser ofertadas a todos, a exemplo do atendimento de urgência e emergência e a vacinação pública. Essa maneira de interpretar o dispositivo mencionado ganha corpo tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional, diante do reconhecimento de que devem ser sopesados os recursos disponíveis com as pretensões a serem satisfeitas.

A polêmica não foi ignorada por Barcellos (2006) ao consignar seu entendimento:

Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente oferecida pelo Estado à população como um todo? Não será possível afirmar, evidentemente, que todas as prestações existentes estão nesse rol, sob pena de esvaziar totalmente o espaço de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão, considerando a progressiva sofisticação e o incremento do custo dos serviços de saúde. Isso não significa, de outra parte, que não haja um conjunto de prestações mínimas que deva ser oferecido pelo Estado independentemente do grupo político no poder. (BARCELLOS, 2006, p. 49)

No âmbito legal, o artigo 1035, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) preleciona que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.” É de se observar que o aspecto econômico pode, portanto, determinar se certa questão levada a julgamento tem o condão de gerar uma repercussão geral constitucional. Vale dizer: a própria legislação reconhece expressamente que o aspecto econômico pode influenciar a análise de uma questão por parte do Poder Judiciário.

As consequências fáticas de uma decisão administrativa ou judicial devem ser levadas em conta pelo administrador ou pelo juiz na tomada de

decisão. Recentemente, houve inclusive alteração legislativa para prever expressamente o cumprimento da exigência do consequencialismo.

No ordenamento jurídico brasileiro, tal exigência fora expressamente positivada pela Lei Federal nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), que alterou alguns artigos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/1942 (BRASIL, 1942). Entre os artigos alterados, os de maior relevo para o presente trabalho são os seguintes:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018]

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. [Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018]

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo exposto suas consequências jurídicas e administrativas. [Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018]

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. [Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018]

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (BRASIL, 1942, não paginado)

Percebe-se que, atualmente, por expressa imposição legal acima referida, há a necessidade de se levar em conta as “consequências práticas da decisão” (BRASIL, 1942, art. 20, *caput*), “possíveis alternativas” à decisão tomada (BRASIL, 1942, art. 20, § 1º) e “suas consequências jurídicas e administrativas” (BRASIL, 1942, art. 21, *caput*), sendo que a decisão deverá indicar condições

proporcionais e equânimes que não prejudiquem os interesses gerais (BRASIL, 1942, art. 21, parágrafo único), considerando, ainda, “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor” (BRASIL, 1942, art. 22, *caput*) além das “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (BRASIL, 1942, art. 22, § 1º).

A nova redação da LINDB vem ao encontro do sustentado neste trabalho, que é, em síntese, uma exigência de análise das consequências práticas e jurídicas da decisão alocativa de recursos, além de uma fundamentação das razões pelas quais a técnica da ponderação permitiu essa tomada de decisão em prol de uma dada situação, e não de outra.

Dessa maneira, o intérprete das normas sobre gestão pública deve levar em consideração os “obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” (BRASIL, 1942, art. 22, *caput*). Em outras palavras, a interpretação da lei não pode ser descontextualizada da realidade fática da Administração Pública; as dificuldades orçamentárias, de pessoal e administrativas devem ser consideradas nas escolhas para a implementação das políticas públicas. Conforme afirmado por Jordão (2018, p. 72), a lei requer que o controlador do ato administrativo “se imagine na situação do gestor, para compreender as circunstâncias que limitaram as suas escolhas e possibilidades. Nada mais natural”. Vê-se, portanto, que houve uma preocupação dos legisladores para que a realidade fática não fosse ignorada durante a análise das escolhas efetuadas pelo gestor.

Assim, ao analisar o ato jurídico, caberia ao Poder Judiciário verificar se a escolha efetuada pelo administrador público se mostra razoável, entre as possíveis. Em sendo razoável, caberia ao magistrado prestar deferência à escolha administrativa, mesmo que ela não corresponda à escolha que ele (magistrado) pessoalmente faria caso lhe coubesse a aplicação da lei em primeira mão. Logo, o artigo 22 da LINDB pode ser entendido como o fundamento normativo específico para a adoção da deferência judicial às interpretações razoáveis da Administração Pública (JORDÃO, 2018).

Como se observa, a LINDB trouxe expressamente a previsão da análise do consequencialismo. À primeira vista, essas alterações legislativas poderiam causar a impressão de serem verdadeiras inovações no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, esse fenômeno não é tão novo como aparenta.

O antigo Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973) dispunha, em seu artigo 273, § 2º, que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, em redação estabelecida pela Lei Federal nº 8.952/1994 (BRASIL, 1994). *In casu*, verifica-se que, para a tomada de decisão, o juiz deveria fazer uma projeção das consequências materiais de sua escolha e, com base nisso, aferir se haveria perigo ou não em conceder a tutela antecipada. Semelhante previsão está contida no atual Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), em seu artigo 300, § 3º: “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

É relevante frisar ainda que a projeção que o juiz deve fazer sobre as consequências materiais de suas decisões não pode estar baseada em mera intuição ou subjetivismo: exige-se que a projeção seja realizada com base em dados empíricos ou estudos técnicos demonstrando os efeitos materiais da tomada de decisão em um ou em outro sentido. Ou seja, somente mediante razões sérias e demonstráveis é que as consequências poderiam influenciar na maneira como a decisão será proferida. Também não se exige do magistrado poderes sobre-humanos para se prever todas as consequências práticas de sua decisão, o que se revelaria demasiadamente irrazoável. As consequências práticas devem ser aquelas ordinariamente previsíveis. Esse é um primeiro limite ao uso do consequencialismo, a fim de se evitar o subjetivismo nas decisões judiciais.

Nesse sentido, o Decreto Federal nº 9.830/19, que regulamentou os artigos 20 ao 30 da LINDB, expressamente previu em seu artigo 3º, § 2º, que:

[...] na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. (BRASIL, 2019a, não paginado)

Isso comprova que as consequências práticas devem ser aquelas compreendidas em um âmbito ordinário de previsibilidade, e não em uma esfera extraordinária e irrazoável.

O segundo limite se traduz no fato de que as consequências práticas da decisão, caso sejam utilizadas para lastrear os motivos pelos quais se decidiu em um determinado sentido, devem ter sido previamente elencadas no processo, com a sua submissão ao contraditório entre as partes. Com isso, há o respeito ao princípio do contraditório e se abre a possibilidade de as partes as infirmarem, seja porque as consequências previstas supostamente não ocorreriam naquele caso concreto ou porque não se mostrariam na extensão ou modo imaginados. Objetiva-se com isso também o respeito ao princípio da não surpresa, de maneira que o magistrado não estaria surpreendendo as partes com a tomada de decisão baseada em um argumento jamais discutido processualmente.

O terceiro limite ao consequencialismo se refere ao fato de que o direito positivo não deve ser simplesmente ignorado. Da mesma maneira que é passível de críticas o abandono das consequências materiais das decisões judiciais por parte de alguns magistrados, também é passível de críticas o completo desprezo pelo ordenamento jurídico. Assim, a norma jurídica válida há de ser respeitada em harmonia com as suas consequências materiais, mesmo porque uma norma pode comportar diversas interpretações plausíveis. Das interpretações possíveis, dar-se-á preferência àquela que causar um impacto mais positivo no mundo fenomênico, em um exercício de ponderação. Caso o consequencialismo seja levado ao extremo, ele acabaria por aniquilar as normas jurídicas, sendo que apenas as consequências práticas seriam levadas em consideração para se prolatar uma decisão. Esse efeito – o abandono do direito – também se mostra nocivo, sendo que o ideal é haver uma harmonização das normas jurídicas com as suas consequências práticas.

Alvim (2020) explicou que, em sua visão, os argumentos consequencialistas deveriam servir como uma função “desempatadora”: em havendo diversas interpretações possíveis da norma jurídica, a escolha deveria

recair sobre aquela interpretação que pudesse causar o melhor impacto no mundo dos fatos. Complementa afirmando que o consequencialismo é a prova de que o direito deve servir à sociedade (com todas as suas circunstâncias materiais), e não o contrário.

Não se poderia deixar de mencionar, ainda, a Lei Federal nº 8.437/1992 (BRASIL, 1992), que estabelece que:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (BRASIL, 1992, art. 4º)

Da leitura do mencionado preceito, é de se inferir que a grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia pública pode servir de fundamento legal para o cabimento da chamada suspensão de segurança. Esse é mais um exemplo de que a análise econômica e as circunstâncias fáticas podem influenciar a análise jurídica de um determinado caso.

A Lei Federal nº 9.868/99 (BRASIL, 1999), que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, estabelece que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999b, art. 27)

A possibilidade de a Suprema Corte modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo “por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (BRASIL, 1999b, não paginado) é mais uma prova de que as consequências materiais de uma decisão judicial podem influenciar o conteúdo da escolha. Isso porque, via de regra, a declaração de

inconstitucionalidade deveria expurgar a norma do ordenamento jurídico desde o seu surgimento (efeito *ex tunc*). Ao permitir que uma norma declarada inconstitucional permaneça produzindo efeitos por algum tempo por “razões de excepcional interesse social”, o ordenamento jurídico está reconhecendo que certas circunstâncias fáticas influenciam a tomada de decisões judiciais.

A modulação dos efeitos da decisão judicial também é prevista no artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), ao tratar sobre o sistema de alteração de precedentes:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...]  
§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (BRASIL, 2015a, não paginado)

Pela leitura do dispositivo legal acima elencado, é de se reparar que, novamente, o ordenamento jurídico brasileiro permite a modulação de efeitos da decisão levando-se em conta o interesse social e a segurança jurídica. É o ordenamento jurídico brasileiro possibilitando sua própria abertura à realidade fática.

Cabe ainda mencionar a existência da Lei Federal nº 10.835/2004 (BRASIL, 2004a), que institui a renda básica de cidadania, consistente no direito de todos os brasileiros residentes no país e estrangeiros residentes há pelo menos cinco anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário. Em que pese esse benefício não ter sido implementado na prática<sup>58</sup>, a própria lei reconhece em seu artigo 1º, § 2º, que o seu pagamento depende das possibilidades orçamentárias:

---

<sup>58</sup> Em 26 de abril de 2021, ao julgar o mandado de injunção nº 7.300/DF, que objetivava a implementação da renda básica de cidadania, o STF por maioria concedeu parcialmente a ordem injuncional para determinar ao Presidente da República que estabeleça, no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022), a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei 10.835/2004 (BRASIL, 2004a) para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza – renda *per capita* inferior a R\$ 89,00 e R\$ 178,00, respectivamente – Decreto n. 5.209/2004), devendo adotar todas as medidas legais cabíveis, inclusive alterando o plano plurianual, além de previsão na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual de 2022. No caso concreto, é de se observar a deferência do Poder Judiciário às questões orçamentárias, tanto ao não conceder a ordem

Art. 1º, § 2º: O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias. (BRASIL, 2004a, art. 1)

Esse é mais um exemplo do reconhecimento legislativo de que as circunstâncias fáticas (no caso, as possibilidades orçamentárias) podem influenciar a efetivação e fruição de um direito.

É de se mencionar ainda a previsão trazida pela Lei Federal nº 13.874/19 (BRASIL, 2019b) (popularmente conhecida como Lei da Liberdade Econômica), que estabelece que:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (BRASIL, 2019b, art. 5)

Como se observa, a lei supracitada traz como ponto de relevo o impacto econômico advindo da regulação jurídica das atividades de determinado setor da economia, provando-se que o ordenamento jurídico brasileiro abarca em diversos dispositivos a análise econômica do direito.

O presente tópico objetivou elencar alguns exemplos demonstrando que o próprio ordenamento jurídico brasileiro possui aberturas normativas para abarcar distintas realidades fáticas e econômicas, mediante normas constitucionais e infraconstitucionais com conceitos abertos à influência da ordem econômica. Tais elementos não estão absolutamente apartados da ciência jurídica: o ordenamento jurídico estabelece abertura às demais ciências e à realidade, justamente para preservar a sua força normativa, com a existência

---

injuncional para o mesmo exercício fiscal do julgamento (2021) – o que certamente causaria embaraço orçamentário – quanto ao não estipular, por si próprio, o valor da renda básica de cidadania

de dispositivos de conceitos abertos que se adaptam às alterações sociais, econômicas e fáticas.

Esse proceder visa, em última análise, à manutenção da força normativa da Constituição (e por consequência de todo o respectivo ordenamento), com o reconhecimento de que nem sempre as questões são resolvidas apenas por uma análise estritamente jurídica. A ciência jurídica, por si só, não se mostra suficiente para a resolução de todos os problemas da sociedade. Os dispositivos legais mencionados constituem exemplos de que o próprio direito reconhece a sua insuficiência para a resolução de alguns conflitos, procurando abrir-se à realidade de modo a preservar a sua força normativa.

#### **4.1 A análise econômica sendo levada em consideração pelo Poder Judiciário para prolatar a decisão de um conflito**

No presente tópico, serão elencadas determinadas demandas que, ao serem julgadas pelo Poder Judiciário brasileiro, demonstraram que os magistrados iniciam uma reflexão sobre as consequências extrajurídicas das decisões judiciais, ainda que em fase incipiente.

Uma das consequências extrajurídicas levada em consideração pelo Poder Judiciário é a econômica. O custo financeiro da procedência ou improcedência dos pedidos deduzidos em juízo começa a ser considerado para a prolação de decisão pelo Poder Judiciário.

Desde já, convém fazer uma ressalva: a presente tese busca analisar a questão dos efeitos extrajurídicos, principalmente econômicos, acerca da implementação dos direitos sociais prestacionais, especialmente em um cenário de escassez, além de propor soluções para a questão. Não objetiva a análise específica acerca da efetivação do direito à saúde, mais especificamente acerca do fornecimento de medicamentos a um indivíduo. Contudo, não se pode ignorar que, ao se falar em custos financeiros dos direitos fundamentais, uma das principais discussões ocorre em relação ao direito à saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, de maneira que os acórdãos encontrados na pesquisa refletem essa realidade.

Deve ser consignado um adendo à ressalva acima: neste tópico, é considerado que a negativa no fornecimento ocorreu por omissão legislativa ou administrativa. Porém, é cediço que esta não é a única possibilidade de o Estado negar o fornecimento de medicamento. A título de exemplo, o Estado também pode negar o fornecimento de medicamento (1) por uma decisão administrativa de não fornecê-lo (seja por qual razão for) e (2) devido a uma vedação legal ao seu fornecimento.

O Recurso Especial nº 522.657/RS (BRASIL, 2014a), julgado pelo STJ em 6 de novembro de 2014, restou relativamente conhecido, pois foi o primeiro caso no qual o Tribunal Superior assentou que o fornecimento de medicamentos pelo Estado (portanto, um direito social) deveria ser direcionado prioritariamente a pessoas carentes, ainda que sem definir quem se enquadrava nessa categoria.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS CUSTOS DO REMÉDIO NÃO COMPROVADA. ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS FÁTICAS. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ.

I- O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou não se tratar de pessoa carente, ressaltando suficientes condições financeiras do enfermo para a aquisição do medicamento, porquanto possui expressivo patrimônio.

II- Rever o acórdão recorrido, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, quanto à necessidade de intervenção do Estado para garantir a sobrevivência do Recorrente, ora Agravado, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte, assim enunciada.

III- Agravo regimental provido. (BRASIL, 2014a, p. 1)

Esse caso versava sobre o fornecimento de medicamentos a um indivíduo, de profissão advogado, que requereu judicialmente a concessão dos fármacos em face do Estado do Rio Grande do Sul. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente. A Fazenda Pública gaúcha recorreu e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) deu provimento ao recurso, julgando improcedente o pedido. Na mencionada decisão, assentou o TJRS que:

Apesar de comprovada a necessidade do medicamento, o apelado não logrou êxito em demonstrar a sua carência financeira, essencial para surgir a obrigação estatal.

Segundo informações contidas na inicial, o custo anual do remédio seria em torno de R\$ 75.000,00.

O autor percebe do INSS a título de auxílio-doença previdenciário o valor mensal de R\$ 1.203,64, consoante carta de concessão juntada às fíls. 39/40.

De acordo com a declaração de imposto de renda de fls. 395 a 403, é proprietário de um carro Toyota Hilux CD 4X2 ano e modelo 2007, no valor de R\$ 98.911,29, quitado em 2010. Possui, ainda, um Renault Sandero Expression, modelo 2009, no valor de R\$ 36.470,00 e uma caminhonete VW/Amarok CD 4x4 ano 2011, no valor de R\$ 90.230,50, este em financiamento. Mantém cadernetas de poupança junto ao Banrisul e ao Sicredi, com saldos de R\$ 150.594,17 e R\$ 39.040,66, respectivamente. É titular de conta corrente no Banco do Brasil com saldo de R\$ 21.015,85.

Também possui investimentos junto ao Banrisul e Sicredi nos valores de R\$ 71.159,22 e R\$ 76.107,83. Além disso, é proprietário de uma casa de alvenaria e um prédio comercial, correspondentes a R\$ 190.000,00 e R\$ 30.000,00 na época em que foram declarados pela primeira vez.

Em suma, possuindo o autor plenas condições financeiras de arcar com o tratamento em discussão, não há que se falar em obrigação do Estado, merecendo ser reformada a sentença. Ante o exposto, conheço da apelação e DOU-LHE PROVIMENTO para julgar improcedente a pretensão contida na inicial. Restam invertidos os ônus sucumbenciais, respondendo o autor pelas custas processuais e honorários fixados. JULGO PREJUDICADO o reexame necessário. (BRASIL, 2014a, p. 1)

Em face dessa decisão, houve a interposição de recurso especial para o STJ, que não foi admitido pelo TJRS. Houve, então, a interposição de agravo de despacho denegatório de recurso especial. Em decisão monocrática, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, restabelecendo na totalidade a sentença de primeiro grau que concedia ao autor os medicamentos pleiteados.

Em face dessa decisão, houve a interposição de agravo regimental. Nessa decisão, o STJ assentou que o autor não era pessoa carente e que, portanto, o direito social pleiteado está à sua disposição pelos meios privados, pois ele possui um patrimônio suficiente para o seu custeio. Ou seja: não lhe foi negado o acesso ao direito social prestacional, mas apenas reconhecido que o

autor dispunha de recursos financeiros suficientes para a satisfação de suas necessidades pela via da iniciativa privada.

Vale salientar que essa decisão não se deu de forma unânime. O próprio ministro Napoleão Nunes Maia Filho que por meio de decisão monocrática havia concedido o direito pleiteado ao autor, restou vencido no julgamento do agravo regimental interposto em face da sua decisão. Tal fato demonstra que o assunto está longe de ser unanimidade no Poder Judiciário, mas é prova de que os magistrados começam a considerar as consequências econômicas das suas decisões.

Ainda que não se trate propriamente de decisão judicial, cabe consignar que, em parecer enviado ao STJ para o julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, o Ministério Público Federal (MPF) opinou que “é obrigação do poder público fornecer à população hipossuficiente medicamentos considerados imprescindíveis para o tratamento da doença, ainda que o fármaco, indicado em laudo médico, não integre a lista do Sistema Único de Saúde (SUS).” (BRASIL, 2017a, não paginado).

Pelo excerto colacionado, conclui-se que, para o Ministério Público Federal, o Estado deveria ser obrigado a fornecer medicamentos não previstos na lista do SUS, porém, deveria priorizar o atendimento aos hipossuficientes.

É de se observar que essa primazia dos hipossuficientes vai ao encontro do entendimento exposto no presente trabalho: em caso de escassez de recursos financeiros, deve-se buscar um método de racionalização dos recursos que, no caso, revelou ser o seu direcionamento prioritário aos hipossuficientes. Com isso, não se está negando o acesso das demais pessoas aos direitos sociais prestacionais; porém, elas podem obtê-los com o patrimônio e recursos que já possuem.

A primazia conferida aos hipossuficientes, além de encontrar amparo jurisprudencial, também encontra lastro doutrinário. Observe-se, a título de exemplo, o posicionamento de Oliveira (2007), para quem:

O destino dos recursos públicos não mais pode estar dirigido ao universo dos indivíduos, mas deve focalizar sua ação para os mais carentes, para os mais necessitados.

[...] Logo, o direcionamento dos recursos não mais pode ser efetuado às classes organizadas e mandantes, mas aos que necessitam do amparo do Estado. (OLIVEIRA, 2007, p. 251)

No julgamento final do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (BRASIL, 2018b), realizado em 25 de abril de 2018, o STJ elencou, entre os requisitos para o fornecimento de medicamentos não listados pelo SUS, a incapacidade financeira de arcar com os custos do medicamento prescrito. É de se observar o segundo requisito descrito no item 4:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde – SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da

moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (BRASIL, 2018b, p. 1-2)

O STF ainda não enfrentou especificamente a questão da primazia da efetivação de direitos sociais prestacionais aos hipossuficientes, especialmente em um cenário de escassez de recursos.

Contudo, em sucessivos acórdãos (alguns prolatados há quase 20 anos), o STF entendeu ser obrigação do Estado fornecer medicamentos aos hipossuficientes:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I. – Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes do S.T.F. II. – Negativa de seguimento ao RE. Agravo não provido. (BRASIL, 2001, não paginado)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO DE BAIXO CUSTO. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014d, não paginado)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE

DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. Para se chegar à conclusão diversa daquela a que chegou a Turma Recursal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o disposto no art. 85, § 11, CPC, porquanto não houve fixação de verba honorária nas instâncias de origem. (BRASIL, 2017b, não paginado)

No julgamento do Recurso Especial nº 855.178/Repercussão Geral/Sergipe, julgado pelo STF em 5 de março de 2015, foi assentada a seguinte tese em repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (BRASIL, 2015, não paginado)

No mesmo julgamento descrito, o relator ministro Luiz Fux assentou ser “obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes” (BRASIL, 2015, não paginado), podendo-se inferir que, em um cenário de escassez de recursos, as pessoas carentes terão prioridade à implementação do direito social à saúde.

Deve ser ainda consignada a decisão liminar proferida na Suspensão de Segurança nº 5.431/SP, por meio da qual o presidente do STF, ministro Luiz Fux, assentou que a obrigação solidária de efetividade do direito à saúde entre os entes federativos não deve ser encarada de maneira irrestrita (um indivíduo demandando uma prestação de qualquer pessoa política, independentemente do que prevê a lei e a regulamentação do SUS), pois tal fato poderia ocasionar problemas financeiros ao sistema de saúde, desorganizando as finanças e o orçamento, além de prejudicar o poder do gestor de planejar e executar as políticas públicas (BRASIL, 2020g).

Com a menção a alguns julgados cujas ementas foram colacionadas acima, é possível perceber que o Poder Judiciário, ainda que de forma incipiente e não unânime, começa a se dar conta de que a escassez de recursos é uma questão não jurídica que deve ser considerada para a prolação da decisão judicial. Ao se considerar então a questão da escassez de recursos, está implícito que o Poder Judiciário precisará fazer escolhas alocativas, sendo que, até os dias atuais e ao menos na jurisprudência brasileira, não se pode afirmar que o Poder Judiciário já fixou todos os critérios necessários à solução da questão. Contudo, um dos critérios para a mencionada escolha parece se revelar recorrentemente nas decisões judiciais: em um cenário de escassez, a primazia para a efetivação de direitos sociais prestacionais deve ser dos necessitados, hipossuficientes ou pessoas carentes, utilizando-se as expressões já consagradas jurisprudencialmente.

Em que pese isso, repita-se, não se localizou uma padronização do que o Poder Judiciário entende ser um necessitado, hipossuficiente ou pessoa carente, depreendendo-se que a sua análise será realizada caso a caso, no bojo de cada processo de demanda individual.

Na ADPF nº 45/DF, o ministro Celso de Mello consignou em sua decisão que:

Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois,

ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (BRASIL, 2004b, não paginado)

Na decisão proferida na STA nº 175-AgR, o relator ministro Gilmar Mendes afirmou que:

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos. (BRASIL, 2010b, não paginado)

A menção aos excertos consignados é relevante para se demonstrar que a disponibilidade financeira do Estado é elemento que passa a ser levado em consideração pelas decisões judiciais.

Todavia, deve ser ressaltado que o ajuizamento de diversas demandas individuais, conforme será explicitado nos tópicos adiante expostos, contraria o que se entende por melhor método de efetivação dos direitos sociais prestacionais.

#### **4.2 A proibição do retrocesso social e a jurisprudência de crise**

Já se afirmou anteriormente neste trabalho que os direitos fundamentais foram conquistados por meio de lutas seculares, em árdua tarefa de reconhecimento social e jurídico.

O fim do Absolutismo estatal não representou a última barreira para o reconhecimento dos direitos fundamentais. E nem poderia sê-lo, devido ao advento de uma formatação social cada vez mais complexa e multifacetária. Continua-se a incessante busca pela afirmação dos direitos existentes, bem como pelo reconhecimento de novos direitos.

Esse movimento não é constante e estável socialmente. Há momentos na história de avanços da temática dos direitos fundamentais, bem como alguns retrocessos, a depender da época histórica em que se vive, do clima político, do governante da ocasião, entre outros fatores.

A fim de se conferir uma certa estabilidade e segurança jurídica na vida em sociedade é que foi aventada a existência de um princípio constitucional da proibição ou vedação do retrocesso social, segundo o qual, quando atingido um determinado patamar de proteção social, o Estado não poderia, futuramente, reduzir ou extinguir esse âmbito de proteção. Conquistado um direito, não haveria espaço jurídico para reduzi-lo ou extingui-lo. Ao contrário: o Estado deveria realizar esforços para efetivá-lo, abstendo-se de suprimi-lo total ou parcialmente.

Tendo em vista que os direitos fundamentais foram conquistados após longas lutas históricas em favor da concretização da dignidade da pessoa humana, uma vez reconhecidos e inseridos em determinado patamar civilizatório, não poderiam ser suprimidos, abolidos ou reduzidos.

No plano jurídico, a proibição do retrocesso impediria a mera revogação das normas que consagram direitos fundamentais ou a substituição dessas normas por outras menos generosas para com tais direitos. No plano fático, a proibição do retrocesso impediria a implementação de políticas públicas destinadas ao enfraquecimento de direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 585).

Para Nunes Júnior (2009), a ideia de proibição do retrocesso em direitos sociais se relaciona à noção de segurança jurídica, de confiança no Estado e de limites à retroatividade, salvaguardando os indivíduos de eventuais mudanças legislativas ou administrativas. Em suas palavras, “a proibição do retrocesso seria, *mutatis mutandis*, uma espécie de direito social adquirido” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 119).

O STF também reconhece a existência da proibição do retrocesso social:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação

desse direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados [...]. (BRASIL, 2011, não paginado)

Todavia, como invariavelmente ocorre com os princípios jurídicos, a proibição do retrocesso social não goza de um caráter absoluto, imune à sua ponderação com outros princípios de mesmo *status* constitucional. Na precisa síntese de Holmes e Sunstein (2019, p. 77), “nada que custa dinheiro pode ser absoluto”.

Canotilho (2016, p. 340) passou a adotar, em edições mais recentes de sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, uma posição mais branda acerca da proibição do retrocesso. Assim, em vez de se proibir pura e simplesmente o retrocesso de direitos sociais e econômicos a um patamar inferior, o aludido jurista português aduz que a proibição do retrocesso se relaciona apenas ao núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e desde que não haja a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios. Vale dizer: *a contrario sensu*, ele admite o retrocesso social quando não atingir o núcleo dos direitos sociais e econômicos ou quando houver algum esquema alternativo ou compensatório apto a proteger o núcleo dos direitos, ainda que de maneira diversa da que era exercida anteriormente. Trata-se, pois, de uma relativização ou flexibilização da proibição do retrocesso social.

No entendimento de Horvath Júnior e Médice (2019, p. 81), a vedação do retrocesso não possui caráter absoluto. A concretização dos direitos sociais é preferencialmente progressiva (mas não absolutamente), de modo que se permite a adoção de medidas restritivas temporárias ou a diminuição parcial do *status* de proteção quando posto em xeque a realização do próprio núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

Essa relativização da proibição do retrocesso social começou a ficar mais clara a partir da denominada jurisprudência de crise.

Há diversos tipos de crise: a política, a econômica, a militar, a de saúde pública, entre outras. Em comum, há nessas situações escassez de recursos e repartição dos custos.

O vocábulo “crise” é polissêmico, sendo que, em sua origem etimológica grega, pode significar juízo, resultado de um juízo, ponto crítico, seleção, contenda ou disputa, base para julgar, crucial ou decisivo. Já a expressão “crise econômica” é caracterizada por uma fase de recessão, falta de investimentos, diminuição da produção ou aumento do desemprego, tratando-se, assim, de circunstâncias desfavoráveis ligadas à economia (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 9).

Determinados direitos são especialmente afetados durante uma crise, mormente os direitos econômicos e sociais. Não raras vezes, durante uma crise, os indivíduos perdem seus empregos e sua moradia, comprometendo o seu padrão de vida e diminuindo o seu grau de satisfação e proteção social. Os direitos de primeira dimensão também são afetados: reduz-se o grau de transparência pública, há maior dificuldade no acesso às informações, a verba orçamentária dos três poderes é reduzida para se adequar à nova realidade, entre outros fatores.

Magalhães (2017), ao se referir à jurisprudência de crise, aduz que:

Em sentido estrito, o termo aduz ao conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade de medidas de austeridade, enquanto em acepção ampla contempla o rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica. (MAGALHÃES, 2017, p. 12)

Em Portugal, a expressão “jurisprudência de crise” começou a ser cunhada mediante diversas medidas de austeridade tomadas a partir da crise financeira de 2007/2008, que posteriormente foram levadas à análise do Tribunal Constitucional português.

A título de exemplo, no acórdão nº 396/2011 (PORTUGAL, 2011), o Tribunal Constitucional português enfrentou a questão da constitucionalidade da redução remuneratória de certas categorias de servidores públicos, na ordem de 3,5% a 10%. Até então, a manutenção do patamar remuneratório era assegurada

pelo princípio da proteção da confiança, ínsito ao Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 2º da Carta Política de Portugal (PORTUGAL, 2005)<sup>59</sup>.

Ao analisar o caso, o Tribunal entendeu ser prevalente o princípio do interesse público em detrimento do princípio da proteção da confiança. Observando a metodologia da proporcionalidade, a Corte entendeu que as reduções remuneratórias eram constitucionais para suprir um déficit orçamentário, ainda que não se ignorasse o sacrifício causado aos envolvidos. Justamente por ser sensível aos danos causados aos indivíduos afetados, o Tribunal Constitucional realizou ponderação, de maneira a não permitir a redução às pessoas que recebessem remuneração de até € 1.500,00 e, para quem recebesse acima desse valor, a redução seria progressiva, nunca ultrapassando o percentual de 10%. Finalmente, o Tribunal ainda considerou que tal medida era temporária, nada assegurando a sua validade para sempre.

No acórdão nº 353/2012 (PORTUGAL, 2012), o Tribunal Constitucional analisou a questão da suspensão do subsídio de férias e de Natal para quem auferisse renda mensal superior a € 600,00, mantendo-se as medidas de redução remuneratória já estabelecidas da lei orçamentária de 2011. A medida tinha como destinatários servidores públicos, pensionistas, reformados e aposentados, sendo que, nesta última categoria, estavam inclusos os aposentados do setor privado. Ou seja, a medida não se direcionava apenas ao setor público, como no caso anterior, abrangendo, agora, indivíduos da iniciativa privada.

Alegando que os servidores públicos já haviam sido atingidos pelas medidas de austeridade previstas na lei orçamentária de 2011, a Corte, realizando um juízo de ponderação, considerou excessiva a suspensão do pagamento de férias e de abono natalino para eles e resolveu estender o raciocínio aos reformados e aposentados do setor privado já que, para estes, a

---

<sup>59</sup> Constituição da República Portuguesa: Artigo 2.º: Estado de direito democrático: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

suspensão do pagamento de férias e de abono de Natal também representaria uma diminuição em sua remuneração total, considerada a periodicidade anual.

Assim, o Tribunal considerou inconstitucional a suspensão do pagamento de férias e abono natalino a todos os atingidos pela lei. Entretanto, utilizando o argumento de que a execução orçamentária de 2012 já estava em curso avançado, resolveu modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não a aplicando para o ano de 2012. Em termos práticos, portanto, permitiu a suspensão de pagamento dos subsídios de férias e de abono de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes ao 13º ou 14º meses relativos ao ano de 2012.

A decisão não foi prolatada à unanimidade. Declarar a inconstitucionalidade da suspensão do pagamento dos subsídios de férias e do abono natalino e prolongar no tempo os efeitos da aludida norma (ao menos para o ano de 2012) equivaleu a estender a situação de inconstitucionalidade.

No acórdão nº 187/2013 (PORTUGAL, 2013a), o Tribunal analisou a lei orçamentária para o exercício de 2013, a qual previa a suspensão do subsídio de férias ou de quaisquer prestações correspondentes ao 14º mês aos servidores ativos do setor público, além da instituição de uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES) para os beneficiários de pensões, aposentados e reformados, sejam do regime público de capitalização ou dos regimes complementares de iniciativa coletiva. Essa contribuição seria instituída de maneira progressiva, em percentuais que variam de 3,5% a 10%, de acordo com o valor da remuneração mensal.

Em termos práticos, essa suspensão do subsídio de férias (ou de prestação correspondente ao 14º mês) já havia sido realizada no ano de 2012, por conta da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida no acórdão nº 353/2012 (PORTUGAL, 2012), que permitiu a suspensão do pagamento desses direitos sociais naquele ano. Contudo, no caso em análise, o próprio Tribunal reconheceu que a declaração de inconstitucionalidade realizada nesse acórdão pode ter gerado um acréscimo na expectativa de que semelhante previsão contida agora na lei orçamentária de 2013 teria o mesmo

destino – ou seja, a sua declaração de inconstitucionalidade. Contudo, argumentou o Tribunal que:

[...] a suspensão do subsídio de férias – que já havia sido adotada, no anterior exercício orçamental, em cumulação com a suspensão do subsídio de Natal – integra-se, ainda, numa linha de atuação programada, de caráter plurianual, que visa a realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excepcionalidade, o que manifestamente configura a prossecução de um interesse público real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas e, por essa via, com as possibilidades de realização das tarefas fundamentais a seu cargo. (PORTUGAL, 2013a, não paginado)

No fim, o Tribunal considerou que tanto a suspensão do pagamento das férias quanto a instituição da contribuição extraordinária de solidariedade estavam inseridas em um contexto que visava financiar o sistema de segurança social, sendo meios presentes na conformação política do legislador para criar instrumentos para atravessar o período de crise econômica. Logo, ambas estavam inseridas dentro dos limites de sacrifício a todos exigidos.

Outros acórdãos ainda podem ser mencionados, a exemplo do acórdão nº 794/2013 (PORTUGAL, 2013b) – que considerou constitucional o aumento do horário de trabalho dos servidores públicos de 35 horas para 40 horas semanais – e acórdão nº 572/2014 (PORTUGAL, 2014) – que julgou constitucional a CES, inserida na lei orçamentária de 2014, por se tratar de medida excepcional e transitória, com validade para aquele ano. Em relação ao último caso, é de se recordar que a CES já havia sido declarada constitucional no ano anterior, ao analisar a lei orçamentária de 2013, por meio do acórdão nº 187/2013 (PORTUGAL, 2013a), já mencionado anteriormente.

Observa-se que, a partir da jurisprudência de crise, o Tribunal Constitucional português teve de prolatar decisões extraídas de um processo negocial entre a interpretação das normas constitucionais e a necessidade de se adequar a uma realidade fática de escassez de recursos. Ou seja, em um cenário temporário, excepcional e transitório de crise financeira, medidas legislativas e

executivas puderam ser tomadas, sendo classificadas via de regra como constitucionais.

Do estudo dos acórdãos acima colacionados, pode-se inferir que o Tribunal Constitucional português não utiliza apenas o texto da norma para analisar a sua (in)constitucionalidade, mas também as circunstâncias fáticas, ou seja, o contexto em que é inserida a norma questionada. Assim, pelo raciocínio *a contrario sensu*, é possível se afirmar que, caso a mesma norma declarada constitucional em um contexto de crise tivesse sido promulgada em um período de normalidade fiscal, ela provavelmente seria classificada como inconstitucional, apesar de a Constituição manter sua força normativa em ambas as situações. O que difere uma situação da outra é, justamente, a influência que as circunstâncias fáticas exercem na análise da questão. Com o passar do tempo e a eliminação da situação excepcional, o Tribunal Constitucional deixou claro nos acórdãos citados que sua tolerância com as medidas de austeridade seria menor.

Na mesma linha de entendimento do Tribunal Constitucional português, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos analisou o caso nº 13341/14, envolvendo a redução dos valores de pensão acima de € 1.500,00 (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, 2015). Tal fato se deu porque, em 2011, Portugal solicitou o auxílio financeiro da União Europeia. Como condição do empréstimo, houve a assinatura de um memorando de entendimento que estabelecia medidas econômicas e sociais a serem implementadas entre os anos de 2011 a 2014, entre elas, a ampliação da já mencionada CES para abarcar os pensionistas que recebiam benefício em valor superior a € 1.500,00. O Tribunal Constitucional português autorizou a implementação da CES nos anos de 2013 e 2014, entendendo que tais medidas eram excepcionais e temporárias, além de necessárias e proporcionais aos objetivos da sociedade portuguesa.

Em 2014, uma pensionista do regime geral português realizou uma reclamação ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sob o argumento de que a redução no valor de sua pensão representava ofensa ao direito de propriedade,

além do fato de que a CES não era uma medida temporária, uma vez que o redutor já havia sido aplicado em sua pensão no ano de 2013.

No fim do julgamento, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou, em unanimidade, que a instituição da CES era medida excepcional e temporária (limitada a um curto espaço de tempo), além de proporcional aos interesses em jogo da sociedade portuguesa. Isso porque o reconhecimento do cenário de crise do Estado português implicaria na tomada de medidas de restrições orçamentárias. Ademais, a redução no valor da pensão não privaria o titular de todo o seu benefício, mas sim apenas estabelecia uma diminuição da quantia mensal recebida, ou seja, não privaria o beneficiário do seu direito de subsistência. O direito de propriedade não se revestiria de amplitude ao ponto de abarcar o direito à pensão em determinado valor. Portanto, a acusação de violação aos direitos humanos por parte do Estado português foi considerada improcedente.

No Brasil, recentemente houve discussão semelhante. A Lei Complementar Federal nº 173/2020 (BRASIL, 2020b) estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-Cov-2 (Covid-19). Entre diversas ações ao enfrentamento da pandemia, o artigo 8º da referida lei preleciona sobre a proibição do reajuste de remunerações dos servidores públicos até 31 de dezembro de 2021, nos seguintes termos:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

I- conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública; [...] (BRASIL, 2020b, não paginado)

Referido artigo foi objeto de questionamento de sua constitucionalidade junto ao STF por meio do ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade números 6447, 6450 e 6525.

No julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), o relator ministro Alexandre de Moraes afirmou que o surgimento da pandemia da Covid-19 se tratava de condição superveniente absolutamente imprevisível que afetaria drasticamente a previsão orçamentária anteriormente planejada.

Ressaltou que essa previsão do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020 configura medida excepcional tendente a combater a pandemia do coronavírus, direcionada a todos os entes federativos, com limite temporal – válida apenas até o dia 31 de dezembro de 2021 – e objetivando um equilíbrio fiscal.

No fim, os pedidos contidos nas aludidas ADIs foram julgados improcedentes, ou seja, a norma impugnada foi declarada constitucional (BRASIL, 2021c).

É de se notar que essas decisões colacionadas trazem em comum o fato de terem sido proferidas em um cenário de crise econômica, marcado pela temporariedade e excepcionalidade e que exige uma adaptação por parte dos indivíduos.

Bauman e Bordoni (2016) esclarecem que a noção de crise não necessariamente carrega um viés negativo, como se poderia imaginar. Caso a noção de crise seja encarada como um momento de adaptação e transição para uma nova condição que permitirá o crescimento dos indivíduos, o termo incitará menos medo. Em suas palavras:

A noção de “crise” transmite a imagem de um momento de transição de uma condição anterior para uma nova – de uma transição que se presta necessariamente ao crescimento, como prelúdio de uma melhoria para um *status* diferente, um passo adiante decisivo. Por isso o termo incita menos medo. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 11).

Ao final, concluem os autores que, em seu sentido próprio, a crise expressa algo positivo, criativo e otimista, pois envolve mudança e pode ser um renascimento após uma ruptura. Certamente indica uma separação, mas também uma escolha e uma tomada de decisão que permite expressar uma opinião (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 11).

Diante da imposição de circunstâncias fáticas excepcionais e temporárias, emerge a necessidade de interpretação das possibilidades dispostas

constitucionalmente, em um processo negocial. Isso não significa que as questões de fato irão se sobrepor à normatividade constitucional, aniquilando o Estado de Direito, mas sim que a Constituição deve estar aberta à realidade, abarcando-a. Nos próprios acórdãos mencionados, verificou-se que o Tribunal Constitucional realizou a ponderação no caso concreto, ora limitando as medidas de austeridade, ora modulando os efeitos de sua decisão.

A necessidade de abertura da Constituição à realidade também foi objeto de percepção de Canotilho (2016, p. 1140), para quem “as constituições não são ‘sistemas fechados’, antes se apresentam como conjuntos estruturantes/estruturados abertos à evolução ou desenvolvimento”. Isso ocorre porque a Constituição deve estar sempre aberta à renovação, não representando um pacto político-social inflexível às mudanças sociais, o que pode ser compreendido, até mesmo, como forma de autoproteção contra a obsolescência. Em outras palavras, o grande problema da Constituição não é com o passado, mas sim com o futuro; mais precisamente, em como se adaptar a um futuro incerto. Para tanto, a Constituição funda e integra um sistema jurídico aberto de princípios e regras, em uma estrutura dialógica capaz de captar as mudanças do mundo fenomênico e da concepção de justiça.

Em um cenário de forte escassez orçamentária ou de crise, passou-se a admitir a restrição parcial ou total de direitos, de maneira temporária e excepcional, justamente como forma de sobrevivência durante o período de dificuldade. Esse fato fez com que a antiga lógica de proibição do retrocesso social fosse relativizada, mediante a ponderação entre o direito restringido e o(s) direito(s) a ser(em) salvaguardado(s).

Certamente há aqui um novo marco da interpretação constitucional, sob influência da análise econômica do Direito e das consequências práticas das decisões alocativas, sejam elas tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo ou pelo Poder Judiciário. Exalta-se, nesse novo modelo, o “pensamento do possível”, para utilizar uma expressão de Zagrebelsky (1999, p. 17, tradução livre), ou seja, a verificação de qual decisão é possível de ser tomada diante das circunstâncias e do contexto histórico.

Juridicamente, o pensamento do possível se traduz em uma interpretação constitucional aberta, voltada às diversas hipóteses possíveis admitidas constitucionalmente para a solução de determinada problemática. Para fazer frente às necessidades excepcionais em um dado momento, utiliza-se de soluções criativas, não previstas expressa e originalmente nas normas que regem o assunto, mas que necessariamente guardam assento constitucional, ainda que implicitamente.

A necessidade de soluções criativas e consensuais que não se resume aos aspectos jurídicos da questão também foi objeto de observância por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que elaborou a Recomendação nº 100, de 16 de junho de 2021 (BRASIL, 2021a), a qual estabelece em seu artigo 1º que os magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde deveriam priorizar, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por meio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação. Tal fato representa um novo paradigma na clássica concepção de julgamento lastreada apenas na subsunção fato-norma, sendo ainda o reconhecimento formal de que, em determinadas demandas, os aspectos jurídicos podem se revelar insuficientes à resolução satisfatória da controvérsia, exigindo uma solução negocial entre os envolvidos.

Verifica-se, pois, que a norma jurídica constitucional vai sendo descoberta a partir da influência do contexto econômico. Conforme aduz Hesse (1991, p. 24), a solução se encontra na vontade da Constituição, que é a maior garantia de sua força normativa. A Constituição será mais efetiva à medida que a convicção sobre sua inviolabilidade estiver fortemente presente entre os seus intérpretes, cabendo recordar que ela própria possui abertura normativa às novas realidades fáticas, até mesmo como forma de se adaptar para situações não previstas originalmente em seu texto.

#### **4.3 Processos coletivos ou estruturais como uma solução viável ao problema**

O juiz, ao analisar uma demanda individual pleiteando a concessão de um direito social, dificilmente conseguirá ter a dimensão global do problema.

Não se saberá, por exemplo, se o orçamento será suficiente para suportar as despesas daquela demanda, nem se o problema consistiu em um caso isolado ou se há escalonamento e massificação da ocorrência.

Ademais, conforme já se afirmou anteriormente neste trabalho, a entrega de prestação individual pelo Poder Judiciário a uma pessoa pode acentuar as desigualdades sociais, ao invés de diminuí-las, como é o escopo dos direitos sociais. Isso porque, em muitos casos, o indivíduo que busca judicialmente uma prestação material do Estado é culturalmente e, por vezes, financeiramente privilegiado em relação à grande massa da população que sequer conhece os seus direitos.

A crítica já foi elencada no presente trabalho. Mas cabe a repetição. Na esteira do afirmado por Torres, R. L. (2010, p. 335), “a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites [...]”. Certamente, o ajuizamento de ações individuais não tem solucionado a questão da implementação de direitos sociais.

Na expressão de Sarmiento (2010, p. 582), as demandas individuais causam uma visão de túnel no juiz, que fica impossibilitado de analisar a questão com maior amplitude. Em suas palavras, “o processo judicial tende a gerar uma ‘visão de túnel’, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem-informada são eliminados do cenário”.

Na lição de Horvath Júnior e Carreira (2016, p. 168), não é da competência do Poder Judiciário a concreção de reformas sociais, menos ainda quando sugestionadas em casos concretos/individuais; afinal, tais reformas pressupõem a discussão e análise de dados sob uma visão macro.

Tendo em vista que a repetição de demandas individuais não está se revelando suficiente para a resolução do problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais, uma das soluções viáveis apontada pela doutrina é a resolução dos conflitos por meio dos processos coletivos.

Para Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2007):

Os processos coletivos servem à “litigação de interesse público”; ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionalmente reconhecidos, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais polos destas demandas, credor/devedor). (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 35)

O processo coletivo permite que, por meio de um único processo levado ao Poder Judiciário, seja prolatada decisão que solucione o problema de diversas pessoas que se encontram na mesma situação fático-jurídica.

Assim, o processo coletivo traz como vantagens: (1) prevenção da multiplicidade de demandas judiciais versando sobre o mesmo problema; (2) uniformidade de decisão, amenizando os malefícios da existência de decisões judiciais conflitantes (conhecidas pela famosa expressão loteria judiciária) e exaltando a segurança jurídica; (3) existência de uma única demanda versando sobre a problemática, que traz a (4) possibilidade de o juiz ter uma visão global do tema (e não uma visão de túnel), além da inerente (5) economia processual que isso acarreta, evitando-se a repetibilidade de demandas; (6) facilitação na produção de provas, tanto para o autor quanto para o réu, que passariam a se concentrar em apenas um processo judicial; (7) diminuição dos custos financeiros para o acesso à justiça – afinal, as várias pessoas representadas pelas ações coletivas não teriam de arcar com as despesas processuais, além de o réu também evitar os gastos com várias demandas repetidas –; (8) o fato de a demanda coletiva poder abarcar interesses inclusive de pessoas que, individualmente, não se sentiam encorajadas a procurar o Poder Judiciário para a solução dos seus problemas, exaltando, assim, o amplo acesso à justiça; (9) por fim, com a ação coletiva, o juiz tende a analisar com maior zelo as consequências extra-jurídicas de sua decisão, afinal, a decisão ali tomada poderá afetar a vida de dezenas ou milhares de pessoas, o que estimula o Poder Judiciário a afastar a visão de túnel, possuindo visão mais ampla sobre o conflito (VINCI JÚNIOR, 2018, p. 375).

As vantagens na utilização do processo coletivo já foram identificadas pela doutrina há longa data. Confira-se, a esse respeito, o entendimento de Almeida (2012, p. 113), para quem “o processo coletivo reúne, numa só sentença de conhecimento, solução implícita de muitos interesses individuais, informado pela razão coletiva de interesse social”. Mais à frente, o mesmo autor esclarece que “subsumido no processo coletivo se identifica o interesse público da comunidade, com igual situação jurídica, que recebe as mesmas respostas à sua situação identificada na lide”.

Identificadas as vantagens pela doutrina, resta saber se o ordenamento jurídico ampara a utilização das ações coletivas na tutela de direitos fundamentais. E a resposta é afirmativa.

A Lei Federal nº 8.078/90 (BRASIL, 1990), conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), alterou o artigo 1º, inciso IV, da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública – LACP), para prever o cabimento de ação civil pública em relação a qualquer interesse difuso ou coletivo, prevendo, portanto, uma cláusula aberta em seu objeto.

Além disto, o CDC também alterou o artigo 21 da LACP, que passou a prever expressamente que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 1985, art. 21). Com isso, formou-se o chamado sistema processual coletivo, mediante a integração da LACP e do CDC.

Dessa maneira, os legitimados processuais para as ações coletivas podem ingressar com ação versando sobre qualquer objeto de interesse difuso ou coletivo, com exceção dos constantes no artigo 1º, parágrafo único, da LACP, a saber:

Art. 1º: [...]

Parágrafo único: não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (BRASIL, 1985, art. 1º)

É de se reparar ainda que o CDC adotou a expressão “ação coletiva” para proteger os direitos transindividuais, ao passo que a LACP adotou a expressão “ação civil pública” para tratar dos mesmos interesses. Tal fato pode induzir o estudioso a inferir a existência de duas ações distintas para tratar dos interesses transindividuais.

Todavia, para os fins do presente trabalho, essa distinção não tem cabimento. Justamente pelo sistema processual coletivo formado pela integração da LACP e do CDC, a tutela coletiva pode ser exercida em juízo tanto por meio da chamada ação civil pública ou da ação coletiva, ambas significando a invocação da tutela jurisdicional para a proteção de um direito transindividual. Ademais, é conhecida a máxima em ciência jurídica de que o *nomen juris* do instituto é menos relevante do que o seu conteúdo.

Adota-se, portanto, a posição externada por Benjamin, Marques e Bessa (2009), para quem:

Em síntese, apesar de haver alguma discordância doutrinária, as expressões ação civil pública e ação coletiva possuem o mesmo sentido, ou seja, demanda que, independentemente da qualificação do autor, veicula pretensões de direitos coletivos (*lato sensu*). (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 385)

É mister ainda não confundir essa relação processual com a titularidade material dos direitos fundamentais.

Conforme explicado em tópicos anteriores, todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais. Contudo, para se evitar a multiplicidade de demandas individuais versando sobre a efetivação de direitos fundamentais, os legitimados para as ações coletivas podem ajuizar essas ações (evidentemente desde que respeitados os demais requisitos), a fim de que a questão seja discutida coletivamente, e não mais individualmente.

Assim, a relação de direito material (titulares dos direitos fundamentais) é diversa da legitimidade processual (legitimados para as ações coletivas), o que não impede a possibilidade de proteção dos direitos fundamentais.

Esse entendimento é corroborado por Almeida (2012, p. 112), ao afirmar que “não se deve confundir relação de direito material com a de natureza

processual. O conflito, no plano processual, se faz entre autor e réu, mas pode produzir efeito sobre terceiro, no plano do direito material”.

A Lei Federal nº 7.347/85 estabelece quem são os legitimados para a ação civil pública:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I- o Ministério Público;

II- a Defensoria Pública;

III- a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV- a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V- a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1985, art. 5º)

Verifica-se que os legitimados processuais para o ajuizamento de ações coletivas possuem ampla responsabilidade na efetivação judicial dos direitos fundamentais, não devendo perder o momento ideal (*timing*) para a propositura das referidas ações.

Advoga-se, no presente estudo, a preferência pela utilização das demandas coletivas, caso a efetivação dos direitos fundamentais seja matéria judicializada. Para o referido ajuizamento, é necessária a movimentação por parte de algum dos legitimados processuais acima descritos, identificando eventual falha dos Poderes Legislativo e Executivo, elaborando a petição inicial e ajuizando a ação.

Ocorre que esse caminho procedimental não pode ser demasiadamente longo, sob pena de se perder uma das vantagens das ações coletivas: evitar o ajuizamento de dezenas ou centenas de ações individuais pleiteando a concessão de um direito fundamental.

Por isso foi destacada a relevância do momento ideal para o ajuizamento da ação coletiva: assim que for identificado o problema, a ação coletiva deveria

ser ajuizada o quanto antes, para se evitar a propositura de diversas ações individuais versando sobre a mesma questão.

Caso a ação coletiva seja ajuizada anos após o início da propositura das ações individuais, perder-se-á uma das suas principais vantagens, que é justamente encontrar a solução do problema por meio de uma única ação judicial, com amplo espectro probatório, que permita ao juiz ter uma visão global sobre a questão e proferir uma decisão válida igualmente para todos que estejam naquela situação fática.

A tese ora exposta encontra amparo na recente Recomendação nº 76, de 8 de setembro de 2020, proferida pelo CNJ, que em seu artigo 1º preconiza:

Art. 1º Recomendar a observância do art. 139, X, do Código de Processo Civil, que atribui ao juiz a incumbência de, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. (BRASIL, 2020a, p. 2)

Na mesma Recomendação nº 76/2020, o Conselho Nacional de Justiça reconhece “que as ações coletivas são um instrumento importante para realização do direito material, do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, com economia processual, efetividade, duração razoável e isonomia”, corroborando as vantagens elencadas nesta tese para se conferir primazia às ações coletivas. (BRASIL, 2020a, p. 2).

O processo coletivo ora descrito pode assumir, ainda, uma feição estruturante (ou estrutural), tema em voga atualmente.

O processo estrutural surgiu nos Estados Unidos, no famoso caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, em 1954, no qual a Suprema Corte Estadunidense julgou inconstitucional a segregação racial envolvendo as escolas públicas americanas. A partir da referida decisão, crianças negras puderam se matricular em escolas públicas até então dedicadas à educação de crianças brancas. Tendo em vista que a referida decisão implicou ampla mudança do sistema público de educação norte americano, diz-se que, por meio dela, surgiu a chamada *structural reform* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 340).

O processo estrutural envolve questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário com uma carga de hipercomplexidade, tal qual a efetivação dos direitos fundamentais. Essa hipercomplexidade gera duas consequências nos processos judiciais: (1) impossibilidade de compreensão integral do problema, mormente da fase de conhecimento e (2) necessidade de se deslocar parte do processo decisório para as etapas processuais posteriores (decisões em cascata) (SILVA NETO, 2019, p. 326).

Esse tipo de processo não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, inegavelmente pode ser apontado como uma das possíveis soluções para demandas hipercomplexas, que geram diversas consequências ou que necessitarão de verdadeira reforma na maneira de proceder do Estado.

Ademais, em que pese a falta de referência expressa no ordenamento jurídico brasileiro, há parcela da doutrina entendendo que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (BRASIL, 2015a) admite e possibilita o processo estrutural, em especial, pelos artigos 322, § 2º, que autoriza uma interpretação do pedido levando-se em conta a complexidade do litígio (“conjunto da postulação”), que por sua vez dará ensejo a uma interpretação da decisão judicial em razão da conjugação de todos os seus elementos (art. 489, § 3º), além do art. 493, que autoriza que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, interpretando-se a demanda e as manifestações das partes deduzidas no processo segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando, assim, a rigidez da regra da congruência (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 348).

O processo estrutural não se limita à clássica definição processual bipolar entre autor e réu. Ele possui uma multipolaridade/policentrismo envolvendo diversos atores processuais que participam do processo. Ademais, envolve objetos complexos, que demandam uma resolução e implementação progressiva, exigindo um “experimentalismo” processual, com a indispensável fiscalização do cumprimento da decisão para avaliar a sua eficácia.

Os processos estruturais também são marcados pela possibilidade de negociações diversas, sobre o todo ou parte do objeto posto em litígio, podendo

envolver, conforme já mencionado, múltiplas pessoas e entidades, inclusive não apenas as partes, mas também outros intervenientes processuais.

O processo estrutural envolve uma controvérsia prospectiva, que objetiva muito mais resolver o problema para o futuro do que ocupar-se com os efeitos pretéritos da questão. Para tanto, a cada mudança de situação fática, o objeto processual, a tutela jurisdicional e o procedimento devem se adaptar às modificações observadas.

O processo estrutural trabalha com a mudança de uma estrutura existente, seja pública ou privada, possuidora de repercussão social, econômica, política ou cultural.

A decisão judicial tomada em um processo estrutural é chamada de decisão estrutural (*structural injunction*), podendo, inclusive, concentrar na mesma sentença o desempenho de atividades de cognição e de execução.

Para Didier Júnior, Zaneti Júnior e Oliveira (2019):

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 341)

Essa técnica processual se traduz em uma das representações do chamado diálogo institucional, também chamado de ativismo dialógico, presente não apenas em ações coletivas, mas também em ações de controle concentrado de constitucionalidade. Representa a ideia de que a efetivação dos direitos fundamentais necessita da participação de todas as funções do Estado, além de vários órgãos públicos, mediante a abertura do processo de interpretação constitucional.

O ativismo dialógico pressupõe, portanto, que, no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculadas todas as funções

e órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos e grupos, não sendo possível se estabelecer um elenco fechado de intérpretes da Constituição (SANTOS, A B. C., 2019, p. 153).

Recentemente, em ações hipercomplexas versando sobre violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, as Cortes Constitucionais passaram a reconhecer o chamado estado de coisas inconstitucional (ECI), determinando soluções estruturais para a superação das omissões constatadas.

Um dos primeiros casos em que houve o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional de que se tem notícia é oriundo da Corte Constitucional colombiana, no julgamento proferido na *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 6 de novembro de 1997 (COLOMBIA, 1997). Tratava-se de demanda promovida por diversos professores que alegaram ter seus direitos previdenciários violados pelo Estado, a exemplo da dificuldade de filiação a fundo previdenciário estatal. No fim, a Corte colombiana determinou ao Estado a eliminação do quadro de inconstitucionalidades em prazo razoável.

Um dos casos mais famosos também ocorreu na jurisdição constitucional colombiana, no julgamento acerca do sistema carcerário daquele país (*Sentencia T-153/1998*). A alegação era de condições carcerárias indignas, como a superlotação, falta de espaço para dormir (com alguns presos dormindo no chão das celas e dos banheiros), falta de proteção para o frio, episódios de violência, extorsão, corrupção, rebelião de presos, dentre outras. Neste caso, a Corte igualmente reconheceu o estado de coisas inconstitucional, determinando diversas providências para diferentes autoridades públicas, na busca pela solução do problema estrutural. A Corte ainda afirmou ter ciência de que os problemas das prisões colombianas não se resolvem apenas com dinheiro e construções (COLOMBIA, 1998).

No julgamento do caso T-025/04, versando sobre população deslocada internamente por força de guerrilha, a Corte Constitucional da Colômbia assim sintetizou os requisitos para a verificação do estado de coisas inconstitucional: (1) violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais afetando um número significativo de pessoas; (2) omissão prolongada das autoridades na

garantia de direitos, constituindo esta sua obrigação; (3) não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (4) existência de um problema social cuja solução exija a intervenção de várias entidades, mediante a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, com um esforço orçamentário adicional importante; e (5) possibilidade de congestionamento judicial, caso todas as pessoas afetadas pelos problemas buscassem amparo do Poder Judiciário (COLOMBIA, 2004).

A utilização do diálogo institucional também foi verificada no caso *Grootboom*, julgado pela Corte Constitucional Sul-Africana, em 2000. Centenas de indivíduos despejados de uma área particular passaram a viver em barracas de plástico, em condições precárias de vida. Assim, reivindicaram do Estado o direito social à moradia. A Corte Constitucional entendeu que não poderia assegurar, de imediato, o gozo individual do direito social à moradia. Porém, identificou que a política pública sul-africana era falha ao não contemplar hipótese de medidas emergenciais relacionadas ao direito à moradia. O Poder Judiciário determinou, portanto, a reformulação da política pública, sem especificar quais providências deveriam ser adotadas. Para fiscalizar o cumprimento da decisão, a tarefa ficou a cargo da *Human Rights Commission*, órgão técnico independente de prestígio na África do Sul. Tal decisão foi elogiada justamente por tentar minimizar o déficit de competência do Poder Judiciário para lidar com a efetivação de políticas públicas (SARMENTO, 2016, p. 235-236).

No Brasil, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional se deu pelo STF na ADPF nº 347 (BRASIL, 2021d), que versa sobre o quadro de violações dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro. Ao deferir parcialmente a liminar em 9 de setembro de 2015, o STF determinou (1) a proibição de contingenciamento de valores ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e (2) que os juízes e Tribunais realizem a chamada audiência de custódia mediante o comparecimento pessoal do indivíduo preso em até 24 horas do momento da prisão. Como se observa, a utilização do estado de coisas inconstitucional não é matéria estranha à jurisprudência brasileira.

Todas as técnicas processuais mencionadas trazem em comum o fato de tentarem evitar a atuação solitária do Poder Judiciário, preservando-se, assim,

(1) a legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação e execução das políticas públicas e (2) a maior eficiência na promoção dos direitos fundamentais quando as decisões são chanceladas por todos os poderes, e não apenas impostas isoladamente por um deles.

Ainda, por cautela, deve ser consignada uma advertência: a primazia na utilização das ações coletivas, aqui defendida, também tem por lastro a concretização da segurança jurídica e da igualdade material entre as pessoas. É cediço que os próprios direitos sociais foram concebidos para trazer uma maior igualdade material entre os indivíduos. Assim, caso haja a necessidade de judicialização da questão para a efetivação dos direitos fundamentais (na hipótese de omissão/falha por parte dos Poderes Executivo e Legislativo), deveria ser conferida primazia à utilização das ações coletivas, afinal, pessoas em situações idênticas deveriam ter o mesmo tratamento por parte do Poder Judiciário. Em demandas individuais, não raro se observa que pessoas em idêntica situação fático-jurídica são agraciadas com decisões judiciais diametralmente opostas, em manifesta ofensa à igualdade, postura essa que acaba por corroborar a tese da chamada loteria judiciária.

Imagine-se a seguinte hipótese: dois indivíduos em idêntica situação fático-jurídica demandam o Estado por meio do ajuizamento de ações buscando o fornecimento do mesmo medicamento, sendo que um indivíduo obtém a procedência do pedido enquanto o outro obtém a improcedência. Na hipótese narrada – plenamente crível de ocorrência no mundo fenomênico – resta claro que não foi atingido um dos objetivos dos direitos sociais, que é justamente conferir uma maior igualdade material entre os membros do corpo social. Ao contrário: nesse exemplo, houve agravamento da desigualdade entre os indivíduos, afinal, pessoas que estavam na mesma situação fática e jurídica foram tratadas de maneira diversa, sem uma justificativa plausível que fundamentasse o *discrímén*<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Bandeira de Mello (2006, p. 21) elenca os requisitos para que se façam as diferenciações entre casos concretos, sem ofensa ao princípio da isonomia: (1) identificar o elemento tomado como fator de desigualação; (2) correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; (3) consonância da correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Contudo, essa preferência pela utilização das ações coletivas não significa a proibição da utilização das ações individuais para a efetivação dos direitos fundamentais. Não é, portanto, uma hipótese excludente – ou se utiliza a ação individual ou a coletiva.

Em um país carente de implementação de direitos como o Brasil, seria extremamente temerário sustentar uma posição como essa, que, sobretudo, não encontra amparo legal.

Assim, sustentar a primazia na utilização das ações coletivas, pelas vantagens expostas, não significa a eliminação das ações individuais, mesmo porque o artigo 5º, inciso XXXV, da CF consagra o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, dotado da qualidade de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF). Vale dizer: preferência na utilização das ações coletivas não se confunde com exclusividade.

Contudo, vale ressaltar que os próprios indivíduos afetados pela problemática já se sentiriam desestimulados a ajuizarem individualmente as demandas (com todas as externalidades que isso carrega – contratação de advogado, pagamento de custas e despesas processuais, demora na resolução do conflito, possibilidade de improcedência do pedido, entre outros fatores) caso soubessem, de antemão e estimulados por grande publicidade<sup>61</sup>, que já há ação coletiva ajuizada por algum legitimado visando à resolução do problema.

A posição ora defendida no presente estudo encontra coro doutrinário. Nesse diapasão, Sarlet 2012 (p. 217) esclarece que, sendo possível e adequado, deve existir uma opção preferencial pela tutela judicial coletiva, desde que não impeditiva da tutela individualizada. Acrescenta que isso não significa afastar a titularidade individual dos direitos sociais, mas sim otimizar a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas.

Ao discorrer especificamente sobre os processos estruturantes, Santos (2019, p. 154) ressalta a primazia da utilização dessa técnica processual. No seu

---

<sup>61</sup> Há alguns instrumentos processuais de padronização das decisões que já objetivam conferir a publicidade de sua instauração, a exemplo do que ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Nesse diapasão, observe-se o disposto no artigo 979 do CPC: “Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.

entender, as sentenças proferidas em ações individuais “acabam por se imiscuir no gerenciamento das políticas públicas, desorganizando-as, com impacto sobre orçamento e finanças, a interferir no planejamento e competências dos demais Poderes”, ao passo que as sentenças estruturantes propiciam o acompanhamento nas fases de implementação das medidas necessárias à solução do conflito, além da aferição do impacto da decisão judicial no atingimento dos fins pretendidos na realização dos direitos constitucionais desrespeitados, bem como a restauração das medidas que se revelarem ineficazes.

O STJ, ao julgar o tema nº 60, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, fixou a tese de que, ao ser ajuizada a ação coletiva referente à macrolide geradora de processos multitudinários, as ações individuais serão suspensas, no aguardo do julgamento da ação coletiva. Observe-se:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido. (BRASIL, 2009, p. 1)

O entendimento do STJ, contudo, contraria o regramento do ordenamento jurídico brasileiro, que possibilita aos indivíduos prosseguirem com as ações individuais na existência de ações coletivas, até mesmo como expressão da garantia contida no princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da CF).

Ademais, ainda que o interessado se valha de uma demanda individual para obter a efetivação do seu direito, há alguns instrumentos processuais aptos

a trazerem uma maior uniformidade nas decisões, a fim de se evitar que o resultado da demanda judicial dependa única e exclusivamente do entendimento de cada órgão jurisdicional. Assim, a título de exemplo, pode-se mencionar a existência dos recursos repetitivos, das súmulas vinculantes e do incidente de resolução de demandas repetitivas, espécies do gênero chamado técnicas de padronização das decisões, existentes para se conferir uniformidade no julgamento de questões com similitude fático-jurídica.

O recurso repetitivo é um mecanismo de regime diferenciado de julgamento das demandas dos tribunais superiores, previsto nos artigos 1036 a 1041 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a). É uma espécie de julgamento em bloco de recursos que tratam da mesma questão de direito, mediante a seleção por amostragem de casos que ficarão afetados para serem reconhecidos como de repercussão geral (no caso de recurso extraordinário) ou como representativo da controvérsia (no caso de recurso especial), apto a receber a decisão-quadro, que irá servir de parâmetro para os demais casos sobrestados na origem (PIZZOL, 2020, p. 424-425).

Publicada a decisão paradigma, os processos suspensos retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior. O presidente ou vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão coincidir com a orientação do tribunal superior. O órgão jurisdicional que proferiu o acórdão recorrido na origem reexaminará o processo, a fim de verificar se o acórdão recorrido contraria a orientação do tribunal superior (BRASIL, 2015<sup>a</sup>, art. 1040). Caso seja mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior (BRASIL, 2015a, art. 1041).

A CF de 1988 estabelece outra técnica de uniformização das decisões, consistente na denominada súmula vinculante, com previsão expressa no artigo 103-A, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria

constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 1998, art. 103-A)

A súmula vinculante tem como objetivo a interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processo sobre questão idêntica (art. 103-A, § 1º, CF).

Caso a súmula vinculante não seja observada pelo julgador, caberá reclamação ao STF, conforme art. 7º da Lei Federal nº 11.417/2006 (BRASIL, 2006). Se o STF julgar a reclamação procedente, ele anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, § 3º, CF).

Já o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é um mecanismo com natureza jurídica de incidente processual autônomo, com a finalidade de fixar uma tese jurídica que será aplicada aos processos que tratem da mesma matéria de direito, mediante um julgamento abstrato ou objetivo das questões de direito controvertidas comuns às múltiplas demandas individuais. Tem por objetivo agilizar a prestação jurisdicional e gerar uniformidade da jurisprudência, garantindo isonomia, previsibilidade e segurança jurídica (PIZZOL, 2020, p. 419). No incidente, é fixada a tese jurídica que será aplicada no momento do julgamento da demanda individual.

Seus requisitos estão dispostos no artigo 976 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a): (1) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (2) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Tem legitimidade para pedir a instauração do IRDR o juiz ou o relator de ofício, as partes do processo, por petição, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, também por petição (BRASIL, 2015a, art. 977).

O pedido de instauração do IRDR deve ser dirigido ao presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, cabendo frisar que não pode ser instaurado perante Tribunal Superior.

Admitido o incidente, o relator determinará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso (BRASIL, 2015a, art. 982). Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito na área de jurisdição do respectivo tribunal e aos futuros casos que versem sobre idêntica questão (BRASIL, 2015a, art. 985).

Cabe ainda consignar que deve haver o respeito às técnicas de padronização das decisões ora elencadas, sob pena de os institutos referidos serem considerados inócuos, não se atingindo a sua finalidade de uniformizar as decisões e de evitar a multiplicidade de demandas individuais. Nesse sentido, o artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil, estabelece hipóteses nas quais a decisão judicial não seria considerada fundamentada. Em verdade, a fundamentação existe, porém, ela é considerada deficitária, incapaz de suprir o ônus argumentativo e o dever de motivação. Para a presente tese, é relevante mencionar a hipótese existente no inciso VI do aludido preceito legal, que estabelece não ser considerada fundamentada a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL, 2015a, art. 489), sendo a sanção pela sua inobservância justamente a declaração de nulidade da decisão por deficiência na fundamentação.

É de se notar que a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente deverá demonstrar a distinção com o caso concreto (*distinguishing*) ou a sua superação (*overruling*). Essas são formas legítimas de não se aplicar o precedente jurisprudencial.

Conforme se observa, há instrumentos processuais no ordenamento jurídico brasileiro aptos a conferir uma maior segurança jurídica e uniformidade, destinados a diminuir ou ao menos atenuar a possibilidade de erros judiciários, mesmo quando são propostas milhares de demandas individuais. A utilização

desses instrumentos processuais deve, pois, ser incentivada, contribuindo para o tratamento uniforme dos indivíduos e a pacificação social.

Uma outra ressalva deve ser feita: o fato de o presente tópico se relacionar à resolução judicial dos conflitos – seja por meio de ações individuais ou coletivas – não tem o condão de infirmar a posição defendida no presente trabalho de que, antes mesmo de se recorrer ao Poder Judiciário para a implantação de um direito fundamental, o ideal seria que o indivíduo politizado e consciente do seu papel comunitário buscasse com primazia a efetivação do seu direito junto aos Poderes eleitos – o Executivo e o Legislativo –, demonstrando uma cobrança sadia e democrática daqueles que possuem a função típica para a implementação de políticas públicas.

A ideia subjacente à democracia participativa seria a associação de interesses de dois grupos: representantes e representados. Os representantes eleitos também fariam parte do povo (representado) e, dessa forma, sentiriam as agruras pelas quais passa o titular do poder (povo). Ademais, os representantes viveriam sob as mesmas leis que aprovaram, juntamente com os representados, de modo a desestimular os primeiros de aprovar leis opressivas. Por fim, após o cumprimento do mandato, os representantes voltariam ao seu *status* original, passando agora a fazer parte do grupo dos representados, fato este que os induziriam a ter uma certa cautela e zelo na aprovação das leis (ELY, 2010, p. 103).

Assim, nada mais natural que o povo exercer a cidadania com cobranças democráticas dirigidas em primeiro lugar aos seus representantes eleitos, sendo que, na falha destes, as reclamações seriam dirigidas a uma função imparcial e equidistante das partes – a função judiciária –, que exerceria seu *munus* legitimado pela Constituição, e não pelo voto popular.

Verifica-se, assim, que o Poder Judiciário possui instrumentos processuais para superar eventual incapacidade institucional na efetivação de direitos fundamentais, em que pese não ser o poder estatal com atribuição primária para a efetivação de políticas públicas. Ainda que tais instrumentos sejam relativamente recentes, significando verdadeira disrupção com os instrumentos processuais clássicos, o recurso à utilização de técnicas flexíveis

e baseadas no diálogo institucional já está à disposição do Poder Judiciário nas demandas revestidas de hipercomplexidade. Todavia, conforme já exposto, o Poder Judiciário não deveria assumir o protagonismo nessa questão, devendo, sempre que possível, ser conferida primazia às políticas públicas instituídas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Conforme restou demonstrado, o Poder Judiciário tem relevante papel na questão da efetivação dos direitos fundamentais, podendo ser um aliado ou um dificultador nesse processo.

Será um aliado caso se discuta eventual omissão/falha dos Poderes Legislativo ou Executivo de maneira global e uniforme para todos, fiscalizando a implementação de políticas públicas e, em um cenário de escassez, priorizando os interesses das pessoas carentes.

Contudo, caso o Poder Judiciário seja cooptado pelas elites e passe a se distanciar do controle das omissões administrativas e legislativas no âmbito das políticas públicas, “passando a distribuir casuisticamente bens públicos em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciários, então contribuirá para a perdição dos direitos humanos no Brasil” (TORRES, R. L. 2010, p. 339), sendo um dificultador nesse processo. Ao que se observa, esse cenário é o existente atualmente, o que demanda mudanças.

Caso o Poder Judiciário continue recebendo demandas individuais atomizadas para a efetivação dos direitos fundamentais, seria salutar que houvesse por parte dos magistrados a consideração acerca das consequências econômicas, sociais, políticas e jurídicas na tomada de decisão, a fim de maximizar os recursos públicos existentes, permitindo-se, com isso, a distribuição dos direitos fundamentais para um número maior de pessoas. Ou seja: não se levaria em consideração apenas o aspecto subjetivo do direito fundamental, mas também o seu aspecto objetivo.

Finalmente, vale esclarecer que não se ignoram as dificuldades práticas que os juízes possuem em seu dia a dia de judicatura. Excesso de trabalho, falta de estrutura material e de servidores, pressão social para bem desempenharem o seu papel, entre outros, são argumentos frequentemente utilizados para justificarem eventual equívoco ou má prestação jurisdicional. Não se exige a

postura de um juiz Hércules, na conhecida criação de Dworkin (2014a, p. 165), ou seja, um juiz que possua poucos casos para julgar e com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidades sobre-humanas. Por outro lado, a absoluta negligência no trato da problemática ora exposta não fará com que as externalidades simplesmente desapareçam. Sugerir um padrão ideal (o melhor) ou o segundo melhor (*second-best*) para as decisões judiciais pode fazer com que os juízes tentem se adaptar às necessidades de aprimoramento da atividade jurisdicional, gerando um ciclo virtuoso que, ao menos, minimiza as externalidades negativas ora apresentadas<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Galanter (2018, p. 85) explica que a sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário significa que existem mais compromissos no sistema formal do que recursos para honrá-los – mais direitos e regras teóricas do que é possível proteger ou executar. Para tanto, deveria existir uma prioridade na alocação de recursos, podendo-se esperar que juízes e administradores fossem responsivos aos demandantes, com maior organização e atenção.

## CONCLUSÕES

Após a exposição do presente tema, é lícito se concluir que, para a implementação de um direito fundamental, o administrador público ou o juiz deveria levar em consideração as consequências extrajurídicas da decisão, incluindo aí as consequências econômicas, pois elas certamente influenciam a efetivação dos direitos de uma maneira global.

Ressalte-se que não se está conferindo primazia à questão financeira em detrimento da efetivação de um direito fundamental. Porém, a análise isolada deste último pode, inclusive, levar a um enfraquecimento dos direitos fundamentais sob uma perspectiva mais ampliada (objetiva).

Por essa razão é que a questão acerca da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais é tão relevante: não se mostra viável a análise solitária sobre a implementação de um direito fundamental sem consideração sobre os demais direitos que são igualmente dotados de relevância para a concretização da dignidade da pessoa humana. Ademais, não cabe ignorar as reais condições orçamentárias existentes para a sua realização (circunstâncias fáticas).

A interação da ciência jurídica com outras ciências também é fator que otimiza a efetivação do direito, a partir da análise global da situação. Uma leitura da ciência jurídica a partir do seu aspecto econômico faz com que uma gama maior de direitos possam ser preservados, com eficiência na alocação de recursos. Uma política pública pode ser considerada eficiente quando ela maximiza as riquezas (financeiras ou não) do Estado, com um uso adequado de recursos públicos, produzindo os efeitos e impactos almejados.

Os direitos fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, devem se otimizar na maior medida possível, até o ponto em que não comprometam o orçamento disponível para a fruição de outros direitos de igual ou maior valor resultante da ponderação.

As previsões orçamentárias constantes nas leis orçamentárias anuais deveriam retratar com mais fidelidade e transparência a real situação econômica do Estado, a fim de não gerar falsas expectativas de implementação de direitos.

Ou seja, o orçamento público deve se aproximar ao máximo da realidade, para assim representar com melhor clareza os recursos disponíveis para a implementação das políticas públicas.

Se já há política pública aprovada pelos Poderes Legislativo e Executivo acerca de determinado assunto, o Poder Judiciário, em regra, deveria respeitar a política pública formulada pelos poderes eleitos, somente contrariando o assunto regulamentado em hipóteses absolutamente excepcionais, a exemplo de quando os planos de políticas públicas infringem algum dispositivo constitucional ou quando houver alguma falha ou omissão em sua execução. Portanto, não pode o Poder Judiciário, via de regra, fazer política pública (*courts as policy makers*).

Em não havendo política pública formulada pelos Poderes Legislativo e Executivo sobre determinado assunto estabelecido constitucionalmente, o Poder Judiciário poderia atuar, exatamente por conta da omissão e negligência dos primeiros em efetivar o comando disposto na Constituição Federal.

As demandas versando sobre a implementação de direitos fundamentais que possam ter o caráter de repetibilidade deveriam, preferencialmente, ser analisadas por meio dos processos coletivos, inclusive em sua modalidade estruturante. Isso porque o conflito seria resolvido garantindo-se a uniformidade da decisão para todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fático-jurídica, maximizando-se os resultados e respeitando os ideais de justiça distributiva.

A demanda individual que verse sobre a implementação de um direito fundamental possuidora de um caráter de repetibilidade deveria ser analisada considerando-se os aspectos econômicos, sociais, políticos e jurídicos, à semelhança do que hoje ocorre com o reconhecimento da repercussão geral por parte do STF. Tal proceder visa evitar que as diversas decisões judiciais prolatadas em demandas individuais atomizadas venham a agravar o problema da falta de implementação do direito fundamental em questão, ao invés de solucioná-la. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais deve ser conciliada judicialmente com a sua dimensão objetiva. O Poder Judiciário deve, portanto, estar ciente de que uma decisão alocativa de recurso pode implicar em

desorganização orçamentária e em falta de recursos para o atendimento de outra demanda.

Deve ser conferida primazia à efetivação das políticas públicas pelos poderes Executivo e Legislativo, que foram democraticamente eleitos justamente para realizarem as decisões alocativas de recursos. O Poder Executivo deve efetivamente assumir as rédeas da problemática, enfrentando-a corajosamente, até mesmo como forma de mitigar os efeitos colaterais da atuação judiciária em políticas públicas. Assim, o Poder Judiciário não deve se arvorar nas funções da Administração Pública quando esta vem desempenhando o seu papel a contento. Como foi apresentado na presente tese, apenas em casos de falhas e omissões legislativa e administrativa é que o Poder Judiciário teria legitimidade constitucional para atuar. A Administração Pública é assunto que deve se desenvolver, precipuamente, sob os olhos do Poder Executivo.

É cediço que o retorno da matéria ao seu *locus* original – ou seja, aos Poderes Legislativo e Executivo – não eliminaria as discussões que envolvem a temática; afinal, certamente continuariam existindo direitos não satisfeitos, seja por falha/omissão legislativa ou administrativa, seja por escolha do administrador público em satisfazer alguns direitos em detrimento de outros ou, até mesmo, por deficiência estrutural da Administração. Tais fatos seriam até esperados. Porém, em um cenário comprovado de escassez de recursos, a decisão política do administrador público de não realizar um direito fundamental de maneira ótima objetivando realizar outro direito fundamental de igual ou maior valor constitucional (apurado mediante o método da ponderação) deveria ser respeitada, mesmo porque o Poder Executivo possui a visão da universalidade da questão, comumente ausente no Poder Judiciário, ainda acostumado a lidar com demandas individuais que não conferem uma visão integral da problemática.

A autocontenção do Poder Judiciário é demonstração de deferência às escolhas efetuadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, enaltecendo a tripartição de poderes com o seu sistema de freios e contrapesos, bem como respeitando a vontade popular expressa por meio do voto.

Não se pretende conferir uma supervalorização ao custo dos direitos, ao ponto de torná-lo o principal requisito a ser observado na efetivação de um direito fundamental, mesmo porque a análise de custo-benefício transcende o aspecto meramente financeiro. Não se trata de um dogma, portanto. Todavia, a atenção ao custo dos direitos não deve ser ignorada, devendo ser considerada como um dos caminhos possíveis na compreensão da efetividade de um direito.

A consideração adequada sobre os custos dos direitos não exclui ou minimiza a proteção aos direitos fundamentais. A relação não é excludente, mas sim complementar. O desfrute de um Estado Social gera um custo, que não pode ser exorbitante a ponto de impedir a sua fruição, mesmo porque esse custo será repartido comunitariamente. Considerar o custo na implementação de um direito é essencial para discutir a fundamentalidade deste direito e a extensão de sua implantação, mediante o cotejo com outros direitos igualmente relevantes.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, Benedito Fonseca e Souza; CARVALHO, Daniela Gonçalves de. A análise econômica do direito aplicada em políticas públicas através da releitura de alguns dos seus principais institutos. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, ano 6, v. 1, n. 3, Edição especial: Dossiê Estado e Política Pública, 2021.

AGOSTINHO DE HIPONA. **A Trindade**. Tradução de Agustino Belmonte. São Paulo: Paulus, 1994.

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Jorge Luiz de. Tutela jurisdicional coletiva. *In*: KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). **Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade**. São Paulo: Verbatim, 2012.

ALVIM, Teresa Arruda. Consequencialismo e decisões judiciais. **Migalhas**, [S. l.], 21 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330959/consequencialismo-e-decisoes-judiciais>. Acesso em: 22 jun. 2021.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ARISTÓTELES. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores, v. 2).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.

BARROS, Sérgio Resende de. A difusão dos Direitos humanos fundamentais. *In*: KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). **Direitos fundamentais coletivos e difusos**: questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

BATISTA, Flávio Roberto. Reforma Previdenciária e Direitos Sociais Fundamentais. *In*: MARANHÃO, Ney; TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (coord.). **O mundo do trabalho no contexto das reformas**: análise crítica: homenagem aos 40 anos da Amatra 8. São Paulo: LTr, 2017, p. 46-52.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**. v. 3. Indianapolis: Liberty Fund., 2011. Disponível em: [http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/1922/Bentham\\_0872-03\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/1922/Bentham_0872-03_EBk_v6.0.pdf). Acesso em: 22 de jun. 2021.

BINENBOJM, Gustavo (coord.). Direitos Fundamentais. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XII, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira; VILHENA, Marlene dos Santos; SOUZA, Andreza Sibelle Holanda (orgs.). **A contemporaneidade dos direitos civis, difusos e coletivos**: estudos em homenagem à Professora Dr<sup>a</sup> Regina Vera Villa Boas. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituições Brasileiras**. Brasília, DF, 2005a. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/a-camara/visiteacamara/cultura-na-camara/copy\\_of\\_museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf](https://www2.camara.leg.br/a-camara/visiteacamara/cultura-na-camara/copy_of_museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf). Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 100, de 16 de junho de 2021**. Brasília, DF, 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1443552021061860ccb12b53b0d.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 76, de 8 de setembro de 2020**. Brasília, DF, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original170614202009255f6e23862be32.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 25 jun. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jun. 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm#view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm#view). Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 maio 2000a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 maio 2020b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp173.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm). Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 jan. 2004a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.835.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.835.htm). Acesso em: 6 ju. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm). Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2010a.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 abr. 2018a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 2019b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, edição 27, seção 1, p. 1, 7 fev. 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, edição 64-A, seção: 1 – Extra, p. 1, 2 abr. 2020d. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 2 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

Brasil. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 dez. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8952.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º fev. 1999a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. **Diretrizes curriculares do curso de Direito**. Brasília, DF, 2000b. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/dir\\_dire.pdf](http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/dir_dire.pdf). Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano nacional da operacionalização da vacinação contra a Covid-19**. Brasília, DF, 13 mar. 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/marco/23/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19-de-2021>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Estado é obrigado a fornecer medicamentos não previstos na lista do SUS, mas deve priorizar hipossuficientes, defende MPF**. Brasília, DF, 26 jun. 2017a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/estado-e-obrigado-a-fornecer-medicamentos-nao-previstos-na-lista-do-sus-mas-deve-priorizar-hipossuficientes-defende-mpf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Plenário Virtual. **Minuta de voto**: voto. Brasília, DF, 2021c. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/46908080501d23\\_voto-moraes.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/46908080501d23_voto-moraes.pdf). Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos**. 4. ed. Brasília, DF: Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/508144>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Mensagem nº 476**. Brasília, DF, 2020e. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8881286&ts=1598473840224&disposition=inline>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 188, de 2019**. Brasília, DF, 2019c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=8035580&ts=157299848 1684&disposition=inline.  
Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no agravo em recurso especial nº 522.657. Relator: ministro Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 dez. 2014a. Disponível em:  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41991424&num\\_registro=201401272017&data=20141205&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41991424&num_registro=201401272017&data=20141205&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1384088/RS. Relator: ministro Herman Benjamin, decisão monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 jun. 2014b. Disponível em:  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=35805710&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201301575762&data=20140616&tipo=0&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=35805710&tipo_documento=documento&num_registro=201301575762&data=20140616&tipo=0&formato=PDF). Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1824995/GO, Relator: ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 13 ago. 2019d. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 set. 2019d. Disponível em:  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=98401343&num\\_registro=201901642687&data=20190905&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=98401343&num_registro=201901642687&data=20190905&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.110.549**. Relator: ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 28 out. 2009. Disponível em:  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6888459&num\\_registro=200900070092&data=20091214&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6888459&num_registro=200900070092&data=20091214&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 16 ju. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.366.331. Relator: ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 dez. 2014c. Disponível em:  
[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201201255122&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201255122&dt_publicacao=19/12/2014). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.607.472. Relator: ministro Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 11 out. 2016. Disponível em:  
[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201601554318&dt\\_publicacao=11/10/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601554318&dt_publicacao=11/10/2016). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 maio 2018b. Disponível em:  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num\\_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.834.231. Relator: ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 18 dez. 2020f. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201902545680&dt\\_publicacao=18/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902545680&dt_publicacao=18/12/2020). Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510**. Relator: ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Brasília, DF, 2021d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº1049831**. Brasília, DF, 8 nov. 2017b. Disponível em:

[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%201049831%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%201049831%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 16 ju. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: min. Gilmar Mendes, Plenário. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2010b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 822882**. Brasília, DF, 6 ago. 2014d. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AI%20822882%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AI%20822882%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639337**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54**. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-Medida Cautelar (ADPF-MC) nº 45. Relator: Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 4 maio 2004b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22164**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1606388>. Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 273042. Relator: ministro Carlos Velloso. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 21 set. 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1828563>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 865.401**. Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 25 abr. 2018. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-223. Brasília, DF, 2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819**. Relatora: ministra Ellen Gracie, julgado em 11 out. 2005. Brasília, DF, 2005b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178**. Relator: ministro Luiz Fux. Julgado em 5 mar. 2015. Brasília, DF, 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 5.431/SP. Relator: ministro Luiz Fux. Decisão liminar. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, nº 253, 19 out. 2020g.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e a efetividade dos direitos sociais**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 91-113.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-179.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

COLOMBIA. **Sentencia SU.559/97**. Bogota, 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 6 jul. 2021.

COLOMBIA. **Sentencia T-025/04**. Bogota, 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 6 jul. 2021.

COLOMBIA. **Sentencia T-153/98**. Bogota, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 6 jul. 2021.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Décisions du 24 septembre 2015**. Strasbourg, 2015. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng->

press#{%22fulltext%22:[%2213341/14%22],%22itemid%22:[%22003-5179777-6408589%22]}. Acesso em: 28 jun. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2007a.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. *In*: CUNHA JÚNIOR, Dirley; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2007b. p. 71-112.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DECLARAÇÃO de direitos do bom povo de Virgínia – 1776. São Paulo: Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, c2021a. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 29 jun. 2021.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789. São Paulo: Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, c2021b. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 7 jul. 2021.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. São Paulo: Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, c2021c. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 7 jul. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. A atualidade do estado de bem-estar social. *In*: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. **O Estado de bem-estar no século XXI**. São Paulo: LTr, 2018. p. 21-32.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014a.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades Públicas**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. **Natureza humana**: justiça vs poder: o debate entre Chomsky e Foucault. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil & Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**: especulações sobre os limites da transformação no direito. Organizadora e tradutora: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2015.

GONÇALVES, Ionas Deda. **Seletividade e Distributividade no Sistema Único de Saúde**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Lógica do razoável**. São Paulo: Enciclopédia jurídica da PUC-SP, abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/62/edicao-1/logica-do-razoavel>. Acesso em: 22 jun. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jul. 2013.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2006.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel; CARREIRA, Daniele de Mattos. A efetivação do direito *versus* ativismo judicial: a proteção jurisdicional do direito social previdenciário. *In*: COSTA-CORRÊA, André L.; CORRÊA, Luiz Antonio Campos; SILVIO, Solange Almeida Holanda. **O Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 159-174.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel; MÉDICE, Fernando Henrique. Direitos Previdenciários e o princípio da justiça intergeracional. **Juris Plenum Previdenciária**, Caxias do Sul, ano VII, n. 28, 2019.
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- HUTZLER, Fernanda Souza. **O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014.
- JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subiettivi**. Milano: Societa Editrice Libreria, 1912.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 22 jun. 2021.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 2013a.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013b.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). **Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade**. São Paulo: Verbatim, 2012.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. *In*: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 565-578.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o governo: ensaio acerca do entendimento humano. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo, Martins Fontes, 2016.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise**: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Boulder, n. 73, p. 101-140, set. 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=330266>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MARTINS, Ives Granda da Silva. O poder judiciário e a não efetivação de direitos fundamentais. *In*: COSTA-CORRÊA, André L.; CORRÊA, Luiz Antonio Campos; SILVIO, Solange Almeida Holanda. **O Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 5-18.

MAUS, Ingeborg. **O Direito e a política**: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais**: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da corte

constitucional alemã. *In*: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (coord.). **Introdução ao direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1998.

MERRIEN, François Xavier. O novo regime econômico internacional e o futuro dos Estados de bem-estar social. *In*: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. **O Estado de bem-estar no século XXI**. São Paulo: LTr, 2018.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. New York: Dover Publications, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRÀNDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2008.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, ano 3, número 2, p. 9-30, 2002.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **FGV Direitos SP: Cadernos Direito FGV**, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/2779>. Acesso em: 22 jun. 2021.

NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PACTO Internacional dos Direitos Civis e Políticos – 1966. São Paulo: Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, c2021c. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-civis-e-politicos.html>. Acesso em: 7 jul. 2021.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei (orgs.). **Introdução à economia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Editora RT, 2020.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2005.

Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 14 jul. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 187/2013**. Lisboa, 2013a.

Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

Acesso em: 28 jun. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 353/2012**. Lisboa, 2012.

Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

Acesso em: 28 jun. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 396/2011**. Lisboa, 2011.

Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>.

Acesso em: 28 jun. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 572/2014**. Lisboa, 2014.

Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140572.html>.

Acesso em: 28 jun. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 794/2013**. Lisboa, 2013b.

Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130794.html>.

Acesso em: 28 jun. 2021.

POSNER, Richard. **A economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown, 1973.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002a.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002b.

REZENDE, Fernando. **A montanha mágica: uma breve história da formação e deformação de nosso orçamento**. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2015.

ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen da Silva. Acesso à justiça e saúde pública: os números e os contextos da judicialização da saúde no Brasil. *In*:

ACESSO À JUSTIÇA, 1., 2014, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis:

Conpedi, 2014. p. 219-245. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4766154cea472a15>. Acesso em:

22 jun. 2021.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SANDEL, M. J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SANTOS, Ana Borges Coêlho. **Direitos sociais pelo Poder Judiciário e seus reflexos em políticas públicas**: uma perspectiva através das lides estruturais. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**: filosofia humanista de direito econômico. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2011.
- SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. **A&C**: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./ dez. 2018.
- SCHLESINGER JUNIOR, A. M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, Houston, v. 35, jan. 1947.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Economia e Seguridade Social**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA NETO, Francisco Barros. Breves considerações sobre os processos estruturais. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 325-338.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and Institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 156, 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 22 jun. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313-339.

TORRES, Sílvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 22 jun. 2021.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

VINCI JÚNIOR, Wilson José. O processo coletivo como instrumento para a efetivação dos direitos sociais. *In*: BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira; VILHENA, Marlene dos Santos; SOUZA, Andreza Sibelle Holanda (orgs.). A contemporaneidade dos direitos civis, difusos e coletivos: estudos em homenagem à Professora Dr<sup>a</sup> Regina Vera Villa Boas. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2018. p. 363-381.

YALE LAW SCHOOL. **The Federalist Papers**: No. 78. New Haven, [2008?]. Disponível em: [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp). Acesso em: 22 jun. 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad. de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.