

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*  
EM DIREITO – MESTRADO

**BRUNA MORESCO SILVEIRA**

**A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA RESOLUÇÃO DE  
DEMANDAS JUDICIAIS INDIVIDUAIS QUE ENVOLVAM DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2021

**BRUNA MORESCO SILVEIRA**

**A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA RESOLUÇÃO DE  
DEMANDAS JUDICIAIS INDIVIDUAIS QUE ENVOLVAM DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.

**Orientador: Dr. Anizio Pires Gavião Filho**

PORTO ALEGRE

2021

## AGRADECIMENTOS

Neste momento tão especial da minha vida, não poderia deixar de agradecer a todos que me apoiaram e me ajudaram, de diferentes formas, ao longo do Mestrado.

Primeiramente, gostaria de agradecer ao meu pai Omar e à minha mãe Fabiana, assim como aos meus avós Olandir e Rejane e à minha tia Jane, por todo o apoio e por sempre estarem presentes, me auxiliando em todas as ocasiões, seja comemorando cada conquista, seja me apoiando naqueles momentos em que mais precisei de ajuda. Sem vocês, este projeto não teria sido possível.

Gostaria de agradecer à Dra. Fernanda Carravetta Vilande, não apenas pela amizade e pelo apoio incondicional, como também pelos valiosos ensinamentos e lições de vida. Obrigada por me dar a oportunidade de aprender todos os dias no Gabinete, do qual tanto me orgulho, e por me possibilitar descobrir o amor incondicional ao Poder Judiciário.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Dr. Anizio Pires Gavião Filho, por ter oportunizado a realização desta pesquisa, que compreende assuntos que há muito me fazem refletir. Obrigada pelos ensinamentos em sala de aula, no grupo de pesquisa e nas reuniões. Ter tido a oportunidade de aprender e refletir sobre diferentes assuntos, a partir de seus ensinamentos, representa para mim uma experiência transformadora e enriquecedora, que muito me marcou. Levarei comigo todo esse aprendizado, bem como as lições valiosas aprendidas durante essa trajetória.

Agradeço, ainda, às Professoras e aos Professores do Mestrado na FMP, pelos ensinamentos e reflexões durante o curso. Obrigada principalmente por transformarem o meu olhar (um tanto ingênuo no início do curso), permitindo que eu compreendesse a realidade e o Direito de outro modo. Sozinha, não teria tido condições de mudar a forma de enxergar e de pensar. Fica aqui o meu singelo agradecimento pela contribuição tão valiosa que me proporcionaram.

Agradeço às colegas e aos colegas do Mestrado pelo convívio e apoio durante o curso, principalmente nos momentos de maior dificuldade.

Agradeço à Fundação Escola Superior do Ministério Público pela oportunidade de cursar o Mestrado e pela qualidade excepcional do ensino.

Agradeço, por fim, por ter tido a oportunidade de tanto aprender e refletir no Mestrado, que foi e continua sendo intensamente transformador para mim.

Minha gratidão é eterna.

## RESUMO

Trata o presente trabalho da aplicação do princípio da proporcionalidade, no contexto da teoria de Robert Alexy, aos direitos sociais, especificamente em demandas judiciais individuais envolvendo o pedido de concretização de um direito a prestação em sentido estrito no Brasil. O problema reside na questão de saber se a proporcionalidade na perspectiva de Robert Alexy fornece critérios racionais que podem ser considerados pelo Poder Judiciário para que se obtenha uma decisão adequada às normas do ordenamento jurídico brasileiro em demandas judiciais individuais que envolvam direitos fundamentais sociais no modelo constitucional adotado pelo Brasil. O método de abordagem foi o dedutivo, o procedimento utilizado foi monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica, pois se buscou um estudo específico do tema, a partir da doutrina, em especial sobre a teoria de Robert Alexy, complementado por decisões do Supremo Tribunal Federal que abordam debates relacionados aos compreendidos no presente trabalho. Para o desenvolvimento da pesquisa, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, aborda-se o movimento de constitucionalização dos direitos sociais, no contexto do Estado Constitucional e do Estado Social, e as principais dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em ações judiciais individuais envolvendo pedidos de concretização de direitos sociais, como reflexo dos debates relacionados à constitucionalização dos direitos desta natureza. O segundo capítulo do presente trabalho é dedicado ao estudo da proporcionalidade, de forma específica à perspectiva da proibição da proteção deficiente, aplicada aos direitos sociais, buscando-se compreender a legitimidade da proporcionalidade e os princípios parciais que a integram. No terceiro capítulo, realiza-se uma abordagem sobre a aplicabilidade da proporcionalidade ao modelo constitucional brasileiro, no que diz respeito aos direitos sociais, bem como sobre os pressupostos e parâmetros de aplicação desta teoria, que incluem a forma de compreensão dos direitos sociais como princípios e direitos subjetivos e de solução da colisão de interesses verificada no caso concreto, a consideração da dogmática dos espaços e a definição dos limites de adjudicação a partir da reserva do possível e do núcleo essencial do direito fundamental social. As conclusões foram abordadas ao longo do texto e reunidas ao final.

**Palavras-chave:** Estado Constitucional. Direitos sociais. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

The present work focus on the debate related to the applicability of the Robert Alexy's thesis for proportionality on a judicial proceeding that aims the protection of a social right in Brazil. The matter is to know whether the Robert Alexy's thesis for proportionality is able to provide rational criteria that can be considered in the sentence so that the judgment obtained corresponds to the legal norms related to the social rights constitutional system given by the Brazilian Constitution. The approach method was the deductive one and the procedure was based on the relevant studies of the topics discussed, notably those ones linked to Robert Alexy's thesis. This works also discusses the main decisions of the Brazilian Supreme Court related to the topics discussed. The paper is structured in three chapters. The first chapter aims to analyze the constitutionalisation of the social rights in the context of the Rule of Law and the social welfare State. The first chapter also deals with the main difficulties dealt by the judges on judicial proceedings associated with the request for the protection of a given social right. In the mentioned chapter, the difficulties are understood as a reflection of the movement of the constitutionalisation of the social rights. The second chapter discusses the Robert Alexy's thesis for proportionality applied to social rights notably in the context of the forbiddance of deficient protection. The objective is to demonstrate the legitimacy of the proportionality test and its components. In the third chapter, the discussion is related to the applicability of the Robert Alexy's thesis for proportionality applied to social rights in Brazil. The third chapter embraces the conditions and the standards that are relevant to consider in order to apply this thesis in Brazil, such as the idea of the social rights as subjective rights and principles. It also discusses the Robert Alexy's thesis for the structural and epistemic discretion and the importance of the consideration of the conflict between the existential minimum and the "reserve of the possible" in the guarantee of the fundamental social rights. The conclusions were emphasized throughout the text and are aligned at the end of it.

**Keywords:** Rule of Law. Social Rights. Proportionality.

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS NAS AÇÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS ENVOLVENDO DIREITOS A PRESTAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO</b> .....	12
<b>2.1 A Constitucionalização dos Direitos Sociais</b> .....	13
2.1.1 A passagem do Estado formal de Direito ao Estado Constitucional .....	13
2.1.2 A consagração dos direitos a prestação em sentido estrito .....	22
<b>2.2 As Dificuldades Enfrentadas pelo Poder Judiciário em Ações Judiciais Envolvendo Direitos a Prestação em Sentido Estrito</b> .....	31
2.2.1 O debate sobre o sentido e a eficácia das disposições de direitos sociais .....	31
2.2.2 O debate sobre a atuação do Poder Judiciário no âmbito da proteção dos direitos sociais em ações judiciais individuais .....	42
<b>3. A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO METODOLÓGICO PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS ENVOLVENDO DIREITOS SOCIAIS: A TEORIA DE ROBERT ALEXY</b> .....	52
<b>3.1 A Legitimidade da Proporcionalidade</b> .....	52
3.1.1 A necessidade de solucionar a colisão de direitos fundamentais e o fundamento da proporcionalidade .....	52
3.1.2 A proporcionalidade como estrutura racionalizadora da decisão .....	67
<b>3.2 A Estrutura da Proporcionalidade na Perspectiva da Proibição de Proteção Deficiente</b> .....	72
3.2.1 Os princípios parciais da adequação e necessidade .....	72
3.2.2 O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito e a fórmula peso .....	80
<b>4. A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS ENVOLVENDO DIREITOS SOCIAIS NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO</b> .....	89
<b>4.1 A Aplicabilidade da Proporcionalidade aos Direitos Sociais no Modelo Constitucional Brasileiro</b> .....	89

4.1.1 O fundamento da possibilidade de aplicação da teoria de Robert Alexy no modelo constitucional brasileiro de proteção dos direitos sociais .....	90
4.1.2 A dogmática dos espaços .....	96
<b>4.2 Os Principais Parâmetros para a Aplicação da Proporcionalidade aos Direitos Sociais no Contexto Brasileiro .....</b>	<b>104</b>
4.2.1 A reserva do possível .....	104
4.2.2 O núcleo essencial do direito social .....	114
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>132</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988, na linha do modelo de constitucionalismo originado ao longo do século XX, em contraste com as demais Constituições brasileiras, adotou um significativo rol de direitos sociais no seu artigo 6º, inserido no mesmo capítulo dos direitos fundamentais, bem como conferiu ao Poder Judiciário o papel de dar efetividade a estes direitos e garantir a sua proteção. Desde então, observa-se um aumento significativo do número de casos que são levados ao Poder Judiciário, por meio de ações individuais, para a concretização dos direitos sociais.

A constitucionalização dos direitos sociais, a escassez de recursos públicos para a satisfação integral dos direitos a prestação em sentido estrito a todos os indivíduos e a forma de tutela processual individual, nos moldes da Constituição brasileira, acarretam o surgimento de diversos questionamentos em relação ao modo de solucionar racionalmente o conflito de interesses que marca as ações judiciais desta natureza.

As principais dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário, que são reflexo dos debates envolvendo a própria proteção dos direitos sociais, consistem (a) nos limites de atuação do julgador em ações judiciais desta natureza, remetendo aos problemas da competência e da forma de exercício da jurisdição; (b) no sentido e eficácia das disposições constitucionais de direitos sociais, considerando a possibilidade ou não de se reconhecer, diretamente a partir da norma constitucional que define o direito fundamental social, independentemente da atuação do legislador, um direito subjetivo individual ou coletivo a uma prestação concreta pelo Estado, o que influencia, de forma direta, a possibilidade de se exigir judicialmente, do Poder Público, a prestação correspondente ao direito fundamental; (c) nos efeitos da decisão judicial na ação individual, tendo em conta que pode representar uma interferência na esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, responsáveis pelo planejamento, criação e execução dos meios para a efetivação dos direitos sociais, bem como pela destinação de recursos públicos, e (d) no desenho do processo judicial, diante do contraste entre o modelo individualizado de autor e réu, relacionado a interesses particulares do demandante, e as peculiaridades dos direitos sociais, que envolvem interesses coletivos e a necessidade de promoção da isonomia entre os indivíduos em relação às prestações fáticas a serem realizadas pelo Estado.

O julgador, portanto, depara-se com diferentes e complexos debates ao atuar em ações individuais envolvendo direitos sociais no modelo constitucional brasileiro,



devendo solucionar racionalmente o conflito de interesses presente no processo. Para dar solução ao conflito verificado na demanda, necessita o julgador de critérios racionais de decisão, permitindo que a decisão judicial seja adequada ao modelo constitucional brasileiro, ao considerar todos os interesses em colisão.

Para a definição dos parâmetros, defende-se a possibilidade de utilização da proporcionalidade, na visão de Robert Alexy, como critério metodológico para a solução de colisão de normas envolvendo direitos fundamentais sociais, na perspectiva da proibição da proteção deficiente, e outros princípios e direitos. A proporcionalidade, inclusive, constitui um padrão de decisão adotado em muitos ordenamentos jurídicos, sendo apontada como um modelo de ampla utilização no contexto do constitucionalismo global.

Levando-se em conta que a teoria de Robert Alexy sobre a proporcionalidade se desenvolveu inicialmente no contexto alemão, a partir das decisões do Tribunal Constitucional Federal, revela-se necessário investigar, em primeiro lugar, a sua aplicabilidade ao modelo constitucional brasileiro, especificamente em relação aos direitos sociais, como uma das possíveis leituras da Constituição Federal de 1988, e, em segundo lugar, os parâmetros específicos de sua aplicação no contexto brasileiro, diante das peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio.

Questiona-se, neste contexto, se a proporcionalidade na perspectiva de Robert Alexy fornece critérios racionais que podem ser considerados pelo Poder Judiciário para que se obtenha uma decisão adequada às normas do ordenamento jurídico brasileiro em demandas judiciais individuais que envolvam direitos fundamentais sociais no modelo constitucional adotado pelo Brasil.

Como hipóteses, foram formuladas as seguintes proposições: (a) a Constituição brasileira de 1988, se compreendida no contexto do Estado Constitucional, abre espaço para a adoção da tese material que considera as disposições de direitos sociais como posições jurídicas *prima facie*, permitindo, ao lado da compreensão de que a proporcionalidade decorre do caráter de princípios dos direitos fundamentais, como essência do Estado Democrático de Direito, a aplicação da teoria de Robert Alexy, ainda que sem referência expressa sobre a aplicabilidade da proporcionalidade aos direitos sociais; (b) a aplicação da proporcionalidade aos direitos sociais, por ocorrer na perspectiva da proibição da proteção deficiente, apresenta especificidades em relação à perspectiva da proibição do excesso; (c) a aplicação da proporcionalidade aos direitos sociais permite a consideração dos espaços de atuação do legislador e administrador e

dos interesses da coletividade, e (d) a proporcionalidade fornece parâmetros racionais de decisão, ao indicar o que deve ser justificado em cada caso concreto, diante da colisão de direitos sociais com princípios formais e direitos de terceiros.

Utilizou-se, na pesquisa, a metodologia de abordagem do método dedutivo, mediante a identificação de premissas e a construção de hipóteses para o problema de pesquisa, e o método monográfico, por se visar um estudo específico do tema, em todos os seus ângulos e aspectos, a partir do conhecimento da ciência jurídica pertinente ao objeto de estudo, aplicado de uma forma contextualizada à realidade brasileira, e de decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas à temática.

Por conta da aplicação contextualizada da teoria geral dos direitos sociais e da proporcionalidade à realidade brasileira, de uma forma que observe o modelo constitucional adotado, a opção foi pelo estudo dos direitos sociais no seu conjunto, de uma forma geral, o que permitirá a identificação de critérios gerais para a resolução mais adequada e técnica de demandas judiciais individuais que tratem do tema caso o julgador opte pela aplicação da proporcionalidade no caso concreto.

O estudo desta temática justifica-se pela necessidade de se averiguar se, no contexto brasileiro, a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy possibilita ao julgador a definição de critérios racionais de solução do conflito de interesses verificado em cada caso concreto que envolva pedidos de concretização de direitos sociais a determinado indivíduo. O objetivo geral do presente estudo é realizar, neste contexto, uma verificação da aplicação da proporcionalidade, na visão de Robert Alexy, como uma ferramenta para a busca de uma solução adequada às normas do ordenamento jurídico brasileiro, no modelo constitucional adotado, em ações judiciais individuais em que se requer a efetivação de direitos sociais.

Para o desenvolvimento da pesquisa, o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, aborda-se o movimento de constitucionalização dos direitos sociais, no contexto do Estado Constitucional e do Estado Social, e as principais dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em ações judiciais individuais envolvendo pedidos de concretização de direitos sociais, como reflexo dos debates relacionados à constitucionalização dos direitos desta natureza.

O segundo capítulo do presente trabalho é dedicado ao estudo da proporcionalidade, de forma específica à perspectiva da proibição da proteção

deficiente, aplicada aos direitos sociais, buscando-se compreender a legitimidade da proporcionalidade e os princípios parciais que a integram.

No terceiro capítulo, realiza-se uma abordagem sobre a aplicabilidade da proporcionalidade ao modelo constitucional brasileiro, no que diz respeito aos direitos sociais, bem como sobre os pressupostos e parâmetros de aplicação desta teoria, que incluem a forma de compreensão dos direitos sociais como princípios e direitos subjetivos e de solução da colisão de interesses verificada no caso concreto, a consideração da dogmática dos espaços e a definição dos limites de adjudicação a partir da reserva do possível e do núcleo essencial do direito fundamental social.

## **2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS NAS AÇÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS ENVOLVENDO DIREITOS A PRESTAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO**

No presente capítulo, pretende-se abordar o movimento de constitucionalização dos direitos sociais (direitos a prestação em sentido estrito) em uma perspectiva geral, relacionada ao modelo do Estado Constitucional, e específica, referente ao modelo constitucional brasileiro. Compreende a primeira parte deste capítulo, ademais, o debate sobre o sentido e a eficácia das disposições constitucionais que estabelecem direitos desta natureza, representativo do reflexo do movimento de constitucionalização dos direitos sociais.

O movimento de constitucionalização dos direitos sociais igualmente se faz presente no Brasil, verificado principalmente a partir das inovações promovidas pela Constituição Federal de 1988, que consagrou um rol de direitos fundamentais desta natureza. Paralelamente ao debate sobre o sentido e a eficácia das disposições constitucionais de direitos sociais, a previsão de um amplo rol de direitos sociais e o estabelecimento de sua aplicabilidade imediata na Constituição Federal de 1988, assim como a crescente judicialização para a efetivação destes direitos em ações judiciais individuais, implicam, como reflexo, diferentes dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro em demandas judiciais com estas características.

As temáticas da constitucionalização e consagração dos direitos sociais e das dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em ações individuais que envolvam direitos a prestação em sentido estrito constituem um plano de fundo para o desenvolvimento dos demais capítulos do presente trabalho, no sentido de que acentuam a necessidade de utilização de critérios racionais para que seja prolatada uma decisão adequada nas ações judiciais individuais em que se pleiteia a efetivação de um direito social. Neste aspecto, há um debate sobre a aplicação da proporcionalidade, na visão de Robert Alexy, como um critério metodológico para a definição dos critérios racionais de decisão judicial nestes casos, temática que será objeto dos demais capítulos deste trabalho.

## 2.1 A Constitucionalização dos Direitos Sociais

No presente tópico, pretende-se destacar o tema da constitucionalização dos direitos sociais, tendo como plano de fundo a passagem do Estado formal de Direito ao Estado Constitucional e o movimento de consagração dos direitos a prestação em sentido estrito, com o objetivo de realizar uma contextualização das dificuldades enfrentadas pelo julgador em ações judiciais individuais em que são demandados direitos sociais, tema a ser abordado na segunda parte do presente capítulo.

### 2.1.1 A passagem do Estado formal de Direito ao Estado Constitucional

A abordagem do tema da constitucionalização dos direitos sociais requer, em um primeiro momento, a delimitação da passagem do Estado formal de Direito ao Estado Constitucional.

O Estado formal de Direito, identificado com o Estado liberal burguês, foi o modelo adotado no século XIX e na primeira metade do século XX na Europa Continental. O Estado de Direito<sup>1</sup>, nesta fase, identificava-se como um Estado legal, por meio da afirmação do princípio da legalidade como fonte exclusiva do Direito válido, de forma que a norma era válida por ter sido produzida pela autoridade investida de competência normativa, pressupondo a separação entre Moral e Direito (FERRAJOLI, 2007, p. 326-327). Como a ideia predominante era a de que a lei é a fonte principal do

---

<sup>1</sup> Apesar da utilização do termo Estado de Direito com um sentido próprio para a identificação de um modelo, debate-se, na doutrina, se esta concepção generalizada seria adequada, na medida em que, historicamente, foram construídas quatro concepções para o modelo em questão, a saber, *Rule of Law*, *État du Droit*, *Rechtsstaat* e econômico, que apresentam certas peculiaridades (COSSÍO, 2008, p. 101). No modelo inglês (*Rule of Law*), ressalta-se a sujeição das pessoas e autoridades de um Estado às leis, que determinamos direitos e as obrigações, e não às decisões de um sujeito socialmente poderoso ou de um governante que exerce o poder político (COSSÍO, 2008, p. 101-102). No modelo francês (*État du Droit*), a principal preocupação representa a limitação do poder das autoridades públicas, a fim de salvaguardar a liberdade dos indivíduos, e não a sujeição de todos ao império da lei, como no modelo inglês (COSSÍO, 2008, p. 102). Na concepção do *Rechtsstaat*, procurou-se consolidar o poder do Estado alemão, diante da existência de principados e outras formas de organização política que prevaleceram na segunda metade do século XIX, de modo que o modelo do Estado de Direito constituiu uma solução para o fortalecimento e legitimação do poder estatal, permitindo realizar as ações necessárias para os fins almejados (COSSÍO, 2008, p. 102). Para a última concepção, ressalta-se a necessidade, na década de 80, de estabelecer um regime jurídico que garantisse os direitos de propriedade e permitisse, assim, o desenvolvimento econômico, por meio de normas claras e construídas a partir dos critérios de eficácia e eficiência, no sentido de que o Direito serviria como um instrumento da Economia (COSSÍO, 2008, p. 104). No presente trabalho, optou-se por utilizar o termo Estado de Direito no seu aspecto mais geral, representativo de um modelo de sujeição do Estado à norma resultante da vontade geral do povo.

Direito, não oponível a nenhum outro direito, verifica-se que este modelo era baseado no princípio da legalidade (ZAGREBELSKY, 2011, p. 24).

As Constituições não eram entendidas como restrições rígidas ao legislador, e, sim, como meros documentos políticos ou leis ordinárias, considerando que a legislação era a fonte suprema e ilimitada do Direito (FERRAJOLI, 2007, p. 333). Diante da função macroestrutural e procedimental das Constituições neste modelo, bem como da limitação das disposições constitucionais a questões de preservação da esfera de liberdade dos indivíduos – sem um catálogo amplo de direitos fundamentais –, de organização do poder político e do processo de formação das leis, a compreensão predominante era a de que as leis definiam o conteúdo do Direito com uma liberdade quase irrestrita em termos materiais (MELLO, 2004, p. 25).

O modelo de Estado de Direito baseado no Estado liberal burguês contrasta com o modelo que surgiu após os eventos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), marcada pelo desrespeito sistemático aos direitos humanos. O novo modelo de Estado de Direito, denominado Estado Constitucional, caracteriza-se pela previsão, nas Constituições de diversos países europeus<sup>2</sup>, de um novo critério de reconhecimento da validade da lei, em função da necessidade do seu conteúdo estar de acordo com as disposições constitucionais, e da revisão da legislação por um Tribunal Constitucional (FERRAJOLI, 2007, p. 323).

A inclusão, nas Constituições, de um conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, dotados de força obrigatória, mesmo ao legislador, conferindo o parâmetro a partir do qual as leis serão interpretadas, acarretou, inclusive, mudanças significativas nos textos constitucionais, destacando-se o exemplo da Lei Fundamental da Alemanha de 1949. Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os autores da Lei Fundamental foram influenciados pelo descaso do regime nazista com os direitos fundamentais, que, apesar de estarem previstos em textos normativos no século XIX, eram vistos como programáticos, e não como normas, não tendo sido respeitados, motivo pelo qual a proteção destes direitos era a sua principal prioridade (GRIMM, 2016, p. 164-165). A mudança de paradigma refletiu-se, em essência, na modificação da posição das disposições de direitos fundamentais, do final

---

<sup>2</sup> Ante a preocupação com a violação de direitos, segundo Ferrajoli (2007, p. 334), não representa uma coincidência o fato de que a garantia da superioridade normativa da Constituição, bem como a intensificação da ideia de limitação do poder da maioria, foram reconhecidos primeiramente na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, países que vivenciaram períodos de ditadura e que negaram, nesta fase, as noções de garantia dos direitos fundamentais e de separação dos poderes previstas no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

para o início do documento; da declaração da dignidade humana como inviolável e dos direitos fundamentais como um direito aplicável e limitador da atuação estatal; da impossibilidade de supressão dos direitos fundamentais por emenda da Lei Fundamental e, principalmente, no estabelecimento do Tribunal Federal Constitucional, com competência para revisar a constitucionalidade de todos os atos estatais, incluindo os legislativos, e anular aqueles que violarem as disposições da Lei Fundamental (GRIMM, 2016, p. 165).

Os principais reflexos da mudança de paradigma verificada consistem, neste sentido, no papel destinado às Constituições e na previsão de Tribunais Constitucionais com competência para o exercício da jurisdição.

No novo modelo de Estado de Direito, adotado por vários ordenamentos jurídicos a partir da segunda metade do século XX, a vontade da Constituição se sobrepõe à vontade do legislador, no sentido de que as disposições constitucionais representam uma limitação do arbítrio do governante e do legislador, tanto do ponto de vista formal, quanto material, dado que não podem ser violados os princípios, as regras e as diretrizes constitucionais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 67). As normas de direito fundamental<sup>3</sup>, no referido modelo, são direitos que vinculam diretamente o legislador, o administrador e o julgador (ALEXY, 2015d, p. 520).

O Estado Constitucional pressupõe, portanto, não apenas a vigência de uma Constituição, como também um Estado em que a Constituição distribui formalmente o poder entre os órgãos estatais e apresenta um rol de direitos fundamentais que limitam ou condicionam a produção, interpretação e aplicação do Direito, bem como estabelece mecanismos de controle de constitucionalidade das leis (ATIENZA, 2000, p. 10). Superou-se, assim, a supremacia da lei, baseada na soberania parlamentar, característica do Estado formal de Direito, e adotou-se a concepção de que os direitos fundamentais e os valores morais, políticos e sociais incorporados na Constituição devem ser observados pelo legislador (MELLO, 2004, p. 84).

---

<sup>3</sup> Na visão de Alexy (2015a, p. 45-49), direitos fundamentais são direitos do homem transformados em direitos positivos por meio da Constituição, apresentando cinco características peculiares, considerando ser universais (são atribuídos a todos os indivíduos, sem distinção); morais (são direitos válidos independentemente de positividade, por poderem ser justificados a partir de uma fundamentação racional); preferenciais (dado que o direito positivo, para ser legítimo, deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem); fundamentais (devem ter por objeto carências e interesses que podem ser protegidos juridicamente por serem realmente essenciais, fundamentando a sua prioridade em todos os graus do sistema jurídico) e abstratos (por carecerem de limitação ou restrição, que somente pode ser determinado pela ponderação).

Outra importante mudança consiste na visão de que as Constituições devem ser pluralistas, porquanto não compreendem uma ideologia ou concepção única, representando um produto do acordo e do consenso gerado na sociedade “alcançados por forças distintas a partir de muitas concessões, documentos integradores e, por isso, conteúdos materiais tendencialmente contraditórios entre os quais não cabe estabelecer uma hierarquia, e, sim, uma aplicação conjunta” (SANCHÍS, 2009, p. 213). O resultado foi acentuar o papel da Constituição de articular os valores morais, políticos e sociais dos diferentes grupos sociais e garantir um projeto de vida em comum, na medida em que, para além da inclusão do sistema amplo de direitos fundamentais, outros grupos sociais passaram a integrar o processo legislativo, tornando-o mais plural, e, com isso, se percebeu uma multiplicação das leis de carácter setorial e uma pulverização do direito legislativo, bem como uma heterogeneidade dos valores e interesses expressados pelas leis (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13-14).

O Estado Constitucional, por consequência, representa um marco que permite o estabelecimento e desenvolvimento de diferentes e contraditórias concepções ideológicas, desde que os direitos das minorias sejam preservados, ensejando a integração de indivíduos e grupos (SANCHÍS, 2009, p. 210). Uma das funções mais importantes das Constituições, para este modelo, é a de promover um consenso em questões de importância especial na vida política e jurídica, por meio do estabelecimento de procedimentos e de conteúdo normativo substantivo (KLEMENT, 2012, p. 187-188).

A supremacia da Constituição neste modelo permite compreender os direitos fundamentais como o fundamento e o limite da atuação estatal, tendo em conta que restringem a atuação e definem a legitimidade do exercício do poder político do Estado (PULIDO, 2014, p. 324). Cria-se “um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político (que Ferrajoli chama de esfera do indecível): a sua própria forma de exercício – submetida ao Direito, democrática, de garantia – e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais” (CADEMARTORI, 1999, p. 29).

Ao Estado, por consequência, é reconhecido o dever de conferir uma proteção adequada dos direitos fundamentais, que não representa uma faculdade, a fim de que esta proteção não ocorra de modo insuficiente, sob pena de se violar as disposições constitucionais (LEAL, 2015, p. 151).

A posição dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, de acordo com Robert Alexy (2015b, p. 127), deve ser compreendida por seu papel de regular, com o



grau mais elevado, com a maior força executória, os objetos de maior importância e com maior medida de abertura. O grau mais elevado se refere ao fato de os direitos fundamentais estarem previstos nas Constituições, que detêm uma posição hierárquica superior no ordenamento jurídico, e a maior força executória decorre do fato de vincularem, como direito imediatamente válido, a legislação, o executivo e a jurisdição; a regulação dos objetos de maior importância, por sua vez, resulta da relação entre os direitos fundamentais e a estrutura fundamental da sociedade, e a maior medida de abertura resulta da linguagem utilizada nas disposições de direitos fundamentais, marcada pela utilização de conceitos vagos, de modo que os direitos fundamentais são aquilo que são sobretudo por meio da interpretação (ALEXY, 2015b, p. 129-130).

O direito fundamental, segundo Robert Alexy (2015c, p. 249), estrutura-se como um feixe de posições e normas, vinculadas interpretativamente a uma disposição de direito fundamental, sendo as disposições de direito fundamental os enunciados da Constituição que tipificam os direitos fundamentais e as normas, o conjunto de significados prescritivos das disposições de direito fundamental. Este conjunto de significados se expressa mediante proposições prescritivas que estabelecem que algo está ordenado, proibido ou permitido, ou atribuem a um sujeito uma competência de direito fundamental, fundamento pelo qual as normas de direito fundamental são um conjunto de proposições que prescrevem o dever ser estabelecido pelas disposições fundamentais da Constituição (ALEXY, 2015c, p. 249). A posição de direito fundamental ou direito fundamental em sentido estrito são relações jurídicas entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado, que, na sua forma mais comum, apresentam uma estrutura com sujeito ativo, sujeito passivo e objeto, representativo de uma conduta de ação ou omissão, prescrita por uma norma (ALEXY, 2015c, p. 249). A estrutura do direito fundamental, portanto, envolve posições, que são relações entre indivíduos ou indivíduos e Estado, e normas, que são o resultado da interpretação das disposições constitucionais (ALEXY, 2015c, p. 249).

Para além de representarem o fundamento e o limite do exercício do poder político do Estado, os direitos fundamentais compreendem um sistema de valores no ordenamento jurídico. De acordo com Alexy (2015c, p. 199-200), no Estado Constitucional, caracterizado pelos princípios que se referem aos direitos fundamentais da dignidade humana, liberdade, igualdade, Estado de Direito, democracia e Estado Social, os direitos fundamentais, pela dimensão objetiva, passam a ter um duplo significado: direito de defesa dos cidadãos contra o Estado e ordenamento de valores,

que, como decisão fundamental jurídico-constitucional, vale para todos os âmbitos do Direito.

A Constituição compreendida neste modelo abarca direitos fundamentais que atuam como limites ao exercício do poder político pelo Estado, que somente será justificado se respeitar este espaço limitado pelos direitos fundamentais, bem como apresenta a pretensão de adotar um viés plural, refletindo diferentes concepções presentes na sociedade. Como reflexo destas mudanças, em especial da pluralidade de concepções e ideologias, o modelo deve abranger a superação da visão de democracia (na concepção formal) como a soberania absoluta e incondicional da maioria, diante dos direitos fundamentais, e o desenvolvimento da noção de que a deliberação democrática deve se dar de acordo com os direitos fundamentais e com os valores constitucionalmente previstos (GRIMM, 2016, p. 216). O Estado constitucional democrático deve promover uma livre configuração ao legislador, desde que reserve uma esfera inacessível à maioria (SANCHÍS, 2009, p. 210).

O constitucionalismo contemporâneo, em resumo, é marcado por três axiomas teóricos, como explica Barcellos (2008, p. 115):

A) As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio, são dotadas de normatividade, isto é: são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais que isso, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico.

B) Os direitos fundamentais têm um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, *a fortiori*, do sistema jurídico como um todo. Fala-se da centralidade dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa, de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz.

C) Os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção do Estado de Direito, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios de deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções do texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.

A visão da democracia não mais como a soberania absoluta e incondicional da maioria permite a instituição, em diferentes ordenamentos jurídicos, de Tribunais Constitucionais com a função de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade, e atuar, assim, como guardiões da Constituição (BEATTY, 2014, p. 5-6). Para este modelo, explica Zaffaroni (1995, p. 37) que o

Tribunal Constitucional, além de resolver o conflito entre as pessoas, também possui a competência de “controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana”.

A instituição de Tribunais Constitucionais pode ser inserida no contexto da jurisdição constitucional, conceituada como “um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim justamente garantir o exercício regular das funções estatais”, tendo como função a de garantir que as disposições constitucionais, detentoras de um *status* diferenciado, sejam respeitadas, permitindo que os interesses das minorias, constitucionalmente previstos, não sejam desconsiderados pela maioria que compõe o Parlamento (KELSEN, 2003, p. 123-124). Refere Bonavides (2021, p. 2) que a jurisdição constitucional, em uma versão contemporânea, pressupõe a necessidade de ser estabelecida uma “instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais”, sendo moderadora de tais conflitos em “sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder”.

A Constituição, neste viés, não concebe uma relação rígida e formal entre legislador e juiz e política e justiça, porquanto promove um equilíbrio e uma flexibilidade (SANCHÍS, 2009, p. 213). Para Robert Alexy (2007, p. 301-302), a relação de equilíbrio depende da compreensão da jurisdição constitucional como forma de representação do povo, ao conter excessos da maioria, combinando democracia majoritária com a argumentativa. O Tribunal Constitucional, nesta linha de raciocínio, deve ser concebido como uma representação do povo, ao lado do Parlamento e da representação política, podendo se dirigir contra os representantes políticos quando for necessário para a maioria não se impor de forma ilegítima, de modo a atuar em nome do povo, e não contra o povo (ALEXY, 2015a, p. 54).

De acordo com Alexy (2007, p. 301), o Tribunal Constitucional, assim como o Parlamento, representa o povo; a representação, contudo, se dá apenas por meio de argumentos, em contraste com a representação do povo pelo Parlamento, caracterizada por ser volitiva ou decisional, já que baseada em decisões expressas nas eleições e no voto, e argumentativa ou discursiva, por se fundamentar em argumentos:

[...] Por essa razão, a conexão entre o povo e o parlamento não deve ser unicamente determinada por decisões expressas em eleições e votos, mas também por argumentos. Nesse sentido, a representação do povo pelo parlamento é, ao mesmo tempo, volitiva ou decisional e argumentativa ou discursiva. A representação do povo por uma corte constitucional é, em

contraste, puramente argumentativa. O fato de a representação pelo parlamento ser volitiva tanto quanto discursiva demonstra que representação e argumentação não são incompatíveis. Pelo contrário, um conceito adequado de representação deve se referir – como Leibholz salienta – a alguns valores ideais. Representação é mais do que – como Kelsen propõe – “atuação em vezou no lugar de” (*Vertretung*) e mais do que – como Carl Schmitt sustenta – fazer o *repraesentandum* existente. Para ser certa, ela inclui elementos de ambos, ou seja, ela é necessariamente tanto normativa como real, mas esses elementos não exauremo conceito. A representação necessariamente sustenta uma pretensão de correção. Assim, um bem amadurecido conceito de representação deve incluir uma dimensão ideal, que conecte decisão e discurso. A representação é, assim, definida pela conexão de dimensões normativas, factuais e ideais.

A mudança de paradigma proporcionada pelo Estado Constitucional produziu efeitos também no Brasil, em que verificada, a partir das mudanças promovidas pela Constituição de 1988, a influência do constitucionalismo desenvolvido a partir da superação do Estado Liberal formal, representativo do Estado Constitucional do período posterior à Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elaborada no período da redemocratização, além de ser a mais avançada na história constitucional do país, constitui um símbolo de transição de um Estado autoritário a um Estado Democrático de Direito, sendo importante a influência recebida da teoria constitucional do pós-guerra (BARROSO, 2009, p. 38). A influência pode ser percebida pelo fato de que a Constituição de 1988 é a primeira da história do Brasil a dedicar um capítulo específico para direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2008, p. 182).

Para Sarmiento e Souza Neto (2012), a Constituição de 1988 representa, do ponto de vista histórico, o “coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia”, que permitiu a elaboração de um texto marcado pelo compromisso significativo com a democracia e com os direitos fundamentais e pela busca de uma sociedade mais inclusiva, sendo inovadora a localização dos direitos e garantias fundamentais no início do texto, em contraste com as demais Constituições brasileiras, do que se denota a importância conferida aos direitos fundamentais na sociedade democrática. A Constituição de 1988 representa um marco legal da transição democrática verificada no Brasil e do movimento de institucionalização de direitos humanos, sendo marcada pela consolidação de direitos fundamentais e garantias e representativa do documento mais avançado da história constitucional do país (PIOVESAN, 2008, p. 182).

Sobre a influência da passagem do período autoritário ao democrático na Constituição, afirma Sarlet (2015, p. 76):

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais. Também neste aspecto é possível traçar um paralelo entre a nossa Constituição vigente e diversas das Constituições do segundo pós-guerra. Dentre os exemplos mais remotos, merecem referência a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Mais recentemente, há que destacar a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978, ambas igualmente resultantes da superação de regimes autoritários e que, a exemplo das primeiras, exerceram grande influência sobre a Constituição de 1988.

No tocante aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 se diferencia pelo seu caráter analítico, diante do significativo número de artigos que se referem aos direitos fundamentais ao longo de todo o texto constitucional, por seu pluralismo<sup>4</sup>, em face do seu caráter compromissário de “acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte”, e pelo seu cunho programático e dirigente, decorrente “do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos”, ainda que mitigado pela aplicação imediata das normas que definem os direitos fundamentais, autorizada pela Constituição (SARLET, 2015, p. 75-76).

O sistema de direitos fundamentais da Constituição se caracteriza por um amplo rol de direitos civis, políticos e sociais; pela previsão, no artigo 5º, § 1º, da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; pela proteção dos direitos fundamentais do poder reformador, por meio da sua inclusão como cláusula pétrea; pelo estabelecimento de diferentes remédios constitucionais para a tutela destes direitos fundamentais e pelo

---

<sup>4</sup> Não obstante a pretensão de ser uma Constituição plural, não se desconhece o fato de que, na prática, a representação na Assembleia Nacional Constituinte não foi totalmente proporcional em relação a determinados grupos. Sarmento e Souza Neto (2012) apontam que a Assembleia Nacional Constituinte, reunida em fevereiro de 1987, com duração de vinte meses, era composta por 487 deputados federais e 72 senadores, totalizando 559 membros, com predominância dos partidos do “Centro”, e detinha caráter significativamente plural, do ponto de vista ideológico e partidário. Na perspectiva de gênero, contudo, apenas 26 congressistas eram mulheres (4,6% do total) e 11 eram afrodescendentes (2%), não tendo a Assembleia Nacional Constituinte contado com a participação de congressistas indígenas.

reforço institucional do Poder Judiciário, concebido como um guardião dos direitos constitucionais (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012). A Constituição de 1988, ademais, ao prever um rol de direitos sociais e deveres aos entes federados de destinar percentuais definidos de recursos públicos para o cumprimento das prestações de direitos socioeconômicos, ensejou uma expansão dos deveres do Estado de assegurar os direitos sociais, indicando que a política não é um campo de liberdade plena (PIOVESAN, 2008, p. 184).

A Constituição brasileira de 1988 fortaleceu, ainda, a jurisdição constitucional, por meio da ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal, agora na condição de Tribunal Constitucional, previstas no artigo 102 da Carta<sup>5</sup>, em especial o de dar a última palavra acerca da interpretação constitucional, e da possibilidade de proposição de ações constitucionais diretas por diferentes órgãos e entidades, possibilitando que decida grandes questões do “debate político, social e moral contemporâneo” (BARROSO, 2009, p. 71). O papel do Poder Judiciário é acentuado pela possibilidade de exercício da jurisdição também por meio do controle difuso de constitucionalidade, referente à atuação dos tribunais ordinários, e não apenas pelo controle concentrado de constitucionalidade, relativo à atuação do Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Constituição, nos termos do *caput* do artigo 102 deste diploma legal (BRASIL, 1988).

### 2.1.2 A consagração dos direitos a prestação em sentido estrito

A mudança de paradigma promovida pelo Estado Constitucional, marcada por movimentos reivindicatórios e reconhecimento progressivo de direitos, acarretou também a consagração dos direitos a prestações por parte do Estado, responsável pela promoção da justiça social, no contexto do que se denomina Estado Social (SARLET, 2015, p. 55). Em complementação à interpretação liberal clássica, que compreendia que os direitos fundamentais teriam por finalidade a proteção da esfera de liberdade dos indivíduos contra as intervenções do Poder Público, como uma forma de defesa do cidadão contra o Estado (direito a ações negativas), passou-se a reconhecer que há

---

<sup>5</sup> As competências especificadas no artigo 102 da Constituição Federal envolvem a jurisdição ordinária, quando o Supremo Tribunal Federal atua como os demais órgãos jurisdicionais ao aplicar o direito infraconstitucional aos casos, e a jurisdição constitucional, quando a Corte interpreta e aplica a Constituição, por meio da aplicação direta do texto, da declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e da solução de lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais por parte do Estado (BARROSO, 2015, p. 35-36).

direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao *status* positivo (ALEXY, 2015d, p. 433).

Acentua-se a visão de que a democracia pressupõe mais do que eleições livres, sufrágio universal e alternância no poder, porquanto “pressupõe também a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de modo a permitir que cada um forme livremente as suas opiniões e participe dos diálogos políticos travados na esfera pública”, o que deve englobar, ao lado dos direitos individuais clássicos, como liberdade de expressão e direito de associação, os “direitos às condições materiais básicas de vida, que possibilitem o efetivo exercício da cidadania” (SARMENTO, 2008, p. 560-561).

Verifica-se, neste modelo, que a posição jurídica fundamental pode ser um direito a algo, que tem como objeto uma ação negativa (direito de defesa) ou positiva (direito à prestação) do Estado, como salienta Toledo (2013, p. 82):

Direitos a algo têm como objeto a ação (positiva ou negativa) do destinatário/Estado. São então direitos a ações negativas (direitos de defesa) e direitos a ações positivas. Todo direito a uma ação positiva é um direito a prestação. A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito à prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos (normas de direito penal), passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e alcança até dinheiro e outros bens. O direito a prestações vai então de prestações normativas (normas penais e organizacionais) até prestações fáticas (direito a algo que o titular do direito poderia obter se dispusesse de meios financeiros suficientes).

O objetivo dos direitos sociais consiste em assegurar, “mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva”, que pressupõe um comportamento ativo por parte do Estado, para que implemente a igualdade material (SARLET, 2015, p. 219).

Para José Afonso da Silva (2009, p. 286-287), os direitos sociais permitem realizar a igualdade, ao criarem condições materiais para igualizar as situações sociais desiguais e, assim, promoverem a liberdade efetiva de todos:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Acerca do surgimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, resume Courtis (2008, p. 487):

Direitos sociais, ou direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) não são uma ideia nova. Notam-se experiências de reconhecimento dos DESC em estatutos legais desde o último terço do século XIX. Os DESC ingressaram na linguagem do direito constitucional no período entre guerras – exemplos mais precoces foram as constituições mexicana de 1917, a alemã de 1919 e a espanhola de 1931 –, e se tornaram parte da constituição na maior parte do mundo a partir do final da II Guerra Mundial. Os DESC também fazem parte do rol internacional de direitos humanos desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 – e, talvez, até antes disso, desde a adoção da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e da Carta da Liga das Nações.

Os direitos sociais, para serem realizados de forma efetiva, requerem um determinado modelo de organização estatal, que se encontra presente em ordenamentos jurídicos compreendidos no paradigma do neoconstitucionalismo, podendo este pressuposto ser agrupado conceitualmente na noção de Estado Social, considerando que o seu surgimento e a sua expansão são uma condição essencial para a existência dos direitos sociais com eficácia prática (CARBONELL, 2009, p. 56). Segundo Bernal Pulido (2014, p. 440-443), o Estado Social se define como um modelo de organização política produto da simbiose entre Estado e sociedade e surge a partir da tomada de consciência, após Revolução Industrial, de que o mercado é incapaz de cumprir as suas promessas de bem estar geral, pois era fruto do liberalismo burguês, sendo o objetivo deste modelo a busca por uma igualdade real entre todos os membros da comunidade, para que, a partir das prestações materiais do Estado, o exercício da liberdade possa ser universal.

Diferentemente do Estado liberal, o Estado Social avocou para si “a tarefa de realização da justiça social, de tal sorte que, juntamente com os direitos sociais, pode ser considerado ao mesmo tempo produto, complemento e limite do Estado Liberal de Direito” (SARLET, 2015, p. 222). No modelo do Estado liberal, a noção era a do Estado mínimo, ideia modificada no modelo do Estado Social, porquanto a sociedade passou a exigir do Estado uma postura ativa na garantia dos direitos sociais dos cidadãos, por meio da intervenção direta nas questões sociais (MAAS; LEAL, 2014, p. 1128-1129).

No modelo formal de Estado liberal, que se baseava na ideia de um Estado abstencionista, não intervencionista, em contraste com o novo modelo político, não se verificou um movimento de constitucionalização das disposições de direitos de



prestação, embora não se negasse a existência de direitos de tal natureza, movimento este que teve como marco a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimer de 1919, que foram precursoras na inclusão de disposições de direitos de prestação, a exemplo do direito ao trabalho (PULIDO, 2014, p. 444).

Neste contexto, apesar da ideia de direitos sociais como direitos constitucionais ser prévia ao surgimento do Estado Social, foi somente no modelo do Estado Social que foi possível efetivar, de forma completa e coerente, a possibilidade de reconhecer estes direitos sociais como direitos que devem ser tutelados pelo sistema constitucional (CARBONELL, 2009, p. 56). O Estado Social, por sua vez, se consolida e se expande no contexto do Estado Constitucional, em função da mudança de paradigma que marca o constitucionalismo neste modelo, principalmente no que diz respeito à maior proteção conferida aos direitos fundamentais e aos valores essenciais da sociedade moderna (CARBONELL, 2009, p. 65).

As teorias que justificam o surgimento do Estado Social, que podem ser compreendidas como perspectivas teóricas que se complementam, a depender do processo histórico de cada país, consistem nas pluralistas e marxistas (CARBONELL, 2009, p. 57). As teorias pluralistas compreendem a teoria funcionalista, que entende que o Estado Social surge como resposta a necessidades objetivas decorrentes da modernização socioeconômica, e a teoria do conflito, que defende que o Estado Social é produto da pressão política exercida por grupos sociais desfavorecidos, por meio da ampliação do direito ao voto e do direito de associação (CARBONELL, 2009, p. 57). As teorias marxistas também podem ser divididas em teoria funcionalista, que entende que o Estado Social é uma resposta a determinadas exigências estruturais do capitalismo, como a necessidade de se evitar revoluções por parte do movimento dos trabalhadores, e a teoria do conflito, baseado na visão de que o Estado Social é resultado das conquistas do proletariado, no contexto da luta de classes (CARBONELL, 2009, p. 57).

Independentemente da teoria adotada para o surgimento do Estado social, três condições estão presentes no contexto histórico, a saber, a presença de indivíduos que, sozinhos, não conseguem satisfazer as suas necessidades básicas; o surgimento de riscos sociais que não podem ser enfrentados pela via tradicional da responsabilidade individual, a exemplo dos fatores de vulnerabilidade do desemprego e da pobreza, e o desenvolvimento da ideia de que o Estado deve assumir a responsabilidade de garantir a

todos os cidadãos um mínimo de bem estar, sob pena de não ser legítimo (CARBONELL, 2009, p. 58).

Refere Gosepath (2013, p. 67-68) que os direitos sociais são direitos do indivíduo perante uma comunidade, por meio do Estado, que garante os direitos fundamentais, a prestações ou bens sociais, econômicos e culturais, integrando, em geral, um modelo específico:

Então, os direitos sociais são geralmente considerados e fundamentados, na maior parte das vezes, como direitos civis. Com isso, os direitos sociais são interpretados como direitos (e correspondentes deveres) que os cidadãos de uma coletividade política devem entre si em virtude da justa distribuição do ônus na cooperação nacional conjunta e, além disso, em virtude da solidariedade. Isso corresponde à concepção dominante da evolução histórica dos direitos civis, os quais se estenderam em direção à progressiva inclusão dos cidadãos na coletividade desde os direitos negativos à liberdade, que prevaleciam sobre os direitos positivos à participação, até os direitos sociais de participação. Ao mesmo tempo e também devido a essa tradição, o mero alcance estatal dos direitos (fundamentais) sociais corresponde ao senso de justiça compartilhado e ao sentimento de solidariedade em muitos Estados. Logo, em um âmbito estatal, esses direitos são preferencialmente positivados através do Direito posto, garantidos através de um mecanismo de sanção e suficientemente especificados através de determinações de cumprimento de normas. Finalmente, dessa maneira, dentro de uma coletividade política, determinam e delimitam não apenas os titulares de direito, aos quais corresponde o direito social a prestações da comunidade, mas também os destinatários dos deveres jurídicos, que têm de cumprir as prestações exigidas.

Os direitos sociais implicam, além de obrigações positivas, obrigações negativas ao Estado, tendo em conta que o Estado tem a obrigação de se abster de praticar condutas que afetem o direito em questão, não podendo, por exemplo, privar os titulares do exercício deste direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2009, p. 5). Os direitos sociais, como os direitos civis, apresentam um complexo de obrigações ao Estado, consistentes nas obrigações de respeitar (referente ao dever de não interferir, obstaculizar ou impedir o acesso aos bens constitucionais que são objeto do direito), proteger (relativa à conduta de impedir que terceiros interfiram ou impeçam o acesso a estes bens), assegurar (correspondente a assegurar que o titular de direito possa ter acesso a estes bens quando não pode fazê-lo por conta própria) e promover (referente a garantir condições para que os titulares tenham acesso aos bens) o direito em questão (ABRAMOVICH; COURTIS, 2009, p. 6-7).

Levando-se em conta a consagração dos direitos a prestação, importante que se compreendam as características peculiares dos direitos que apresentam esta natureza.

Os direitos positivos são direitos que exigem atuação estatal, em vez de abstenção, ou seja, exigem que o Estado faça algo, por meio de prestações fáticas ou jurídicas (KLATT, 2015, p. 216). Para Rogério Luiz Nery da Silva e Daiane Garcia Masson (2015, p. 195), “o direito a prestações em sentido amplo corresponde a todo direito a uma prestação positiva do Estado, ao contrário dos direitos de defesa que reclamam uma ação negativa, vale dizer, uma omissão ou abstenção estatal”, podendo as prestações ser fáticas ou normativas.

Os direitos a prestações se diferenciam dos direitos de defesa em determinados aspectos, mesmo que se considere uma mútua complementação entre ambos, como aponta Sarlet (2015, p. 221):

Da mesma forma, não há como falar de uma dicotomia ou de um dualismo absoluto entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais em nosso ordenamento constitucional, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo caráter nitidamente complementar, e não excludente, de acordo com a unanimidade da doutrina. [...] Por outro lado, coloca-se a questão da existência de um dualismo relativo entre ambos os grupos de direitos, discussão esta que encontra sua vertente já na esfera do direito internacional, onde desde o reconhecimento dos primeiros direitos sociais prestacionais no pacto internacional da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, já ficou consagrado o ponto de vista de que existem certas diferenças vinculadas ao problema da efetivação, de modo especial no que concerne à constatação de que os direitos sociais (a prestações materiais), ao contrário dos direitos de defesa, dependem de efetivação progressiva, não sendo passíveis de dedução em Juízo. Importa, neste contexto, reconhecer que, inobstante o caráter complementar de ambas as categorias de direitos fundamentais e sua idêntica dignidade como tais, existem diferenças sensíveis entre os direitos de defesa e os direitos a prestações materiais, distinções estas que não se limitam ao seu objeto (abstenções ou ações estatais), mas que também se revelam na esfera de densidade normativa e da eficácia das normas que os consagram e que desembocam, entre outros aspectos, no problema crucial do reconhecimento de um direito individual subjetivo a prestações materiais estatais [...].

Os direitos a prestações, em sentido amplo, podem ser direitos a proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais (ALEXY, 2015d, p. 444).

Os direitos a proteção conceituam-se como “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”, abrangendo as formas de proteção por meio de normas e ações fáticas (ALEXY, 2015d, p. 450-451). A ideia base, neste aspecto, é a de que o Estado, em função do dever de efetivar os direitos fundamentais, deve zelar pela proteção destes direitos “não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões

provindas de particulares e até mesmo de outros Estados”, motivo pelo qual se verifica a obrigação do Estado de “adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 211-212).

Os direitos a organização e procedimento se relacionam com a ideia de “realização e asseguarção dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento”, compreendendo direitos “à criação de determinadas normas procedimentais” e “à uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais” em conformidade com a Constituição, assumindo maior relevância, por conta da identificação como direito a prestações normativas, o direito à emissão de normas procedimentais (ALEXY, 2015d, p. 473-474).

Sobre os direitos a organização e procedimento como direitos prestacionais em sentido amplo, salienta Sarlet (2015, p. 213-214):

Como ponto de partida, vamos retomar a concepção que constata uma íntima ligação entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais, admitindo-se, neste contexto, uma influência recíproca entre as três categorias, no sentido de que, se os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes de organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais.

Tal a relevância desta interpenetração entre direitos fundamentais, organização e procedimento, que P. Häberle, procedendo a uma releitura da teoria dos quatro *status* de Jellinek, agregou ao *status activus* aquilo que denominou de *status activus processualis*, o qual justamente se refere à dimensão procedimental dos direitos fundamentais, que também pode ser qualificada de um autêntico devido processo (*due process*) dos direitos fundamentais. Nesta mesma linha, K. Hesse sustentou a tese de que a organização e o procedimento podem ser considerados em muitos casos até mesmo o único meio para alcançar um resultado conforme aos direitos fundamentais e de assegurar a sua eficácia. Como consequência desta concepção, e partindo-se de um “casamento” do *status activus processualis* com a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais e sua função como direitos a prestações (*status positivus*), chegou-se a conceber a existência até mesmo de autênticos direitos subjetivos (fundamentais) de proteção por meio da (e participação na) organização e do procedimento.

Os direitos a prestação em sentido estrito, por sua vez, são definidos por Alexy (2015d, p. 499) como os “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”, a exemplo do direito à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia. O direito a prestações sociais estatais representa a segunda dimensão dos direitos fundamentais, de cunho positivo,

caracterizada pela atuação positiva do Estado e pela fundamentalidade formal, correspondente à previsão destes direitos nas Constituições, e material, relativa ao conteúdo destes direitos, que tratam das decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade (SARLET, 2015, p. 55).

Os direitos a ações positivas podem ser direitos a ações positivas fáticas, relacionados aos direitos a prestação em sentido estrito, ou direitos a ações positivas normativas, referentes a direitos a prestação em sentido amplo, como explica Alexy (2015d, p. 201-203):

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa.

Trata-se de um direito a uma ação positiva fática quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades. O fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática. É indiferente para a satisfação do direito de que forma ela ocorre. Decisivo é apenas o fato de que, após a realização da ação, os proprietários de escolas privadas disponham de meios suficientes, que os necessitados disponham do mínimo para sua existência e que exista uma vaga na universidade para aquele que quer estudar. A irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas. [...] Um outro exemplo é o direito de um titular do direito fundamental à liberdade científica “àquelas medidas estatais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida”.

Quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a prestações em sentido estrito. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a prestações em sentido amplo.

A consagração dos direitos sociais, como direitos a prestação em sentido estrito, foi verificada também no Brasil, diante da inclusão destes direitos no capítulo próprio dos direitos fundamentais, como uma forma de equiparação com estes direitos, em contraste com as demais Constituições, em que os direitos sociais estavam positivados no capítulo da ordem econômica e social e detinham, salvo algumas exceções, “caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria das normas de eficácia limitada” (SARLET, 2015, p. 77). O compromisso com a efetivação dos direitos sociais, como concretização da justiça social, relaciona-se com os objetivos fundamentais da

República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição Federal, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e marginalização; na redução das desigualdades sociais e regionais e na promoção do bem de todos (BRASIL, 1988).

Os direitos e garantias fundamentais estão previstos no Título II da Constituição Federal, cujo primeiro capítulo se refere aos direitos e deveres individuais e coletivos e o segundo, aos direitos sociais (BRASIL, 1988). Na Constituição de 1988, os direitos sociais estão incluídos no mesmo capítulo dos direitos fundamentais, em contraste com as demais Constituições, em que estes direitos foram incorporados em capítulo separado (PIOVESAN, 2008, p. 183). Os direitos sociais<sup>6</sup>, de forma geral, estão listados no artigo 6º da Constituição Federal, que estabelece que “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”, ressaltando-se que, por meio da emenda constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, o transporte foi incluído como direito social (BRASIL, 1988).

A inserção dos direitos fundamentais sociais em um capítulo próprio, dentro do título referente a direitos e garantias fundamentais, representa uma inovação da Constituição Federal de 1988, em consideração com as constituições anteriores, que ou não contemplaram direitos sociais ou assim procediam por meio da previsão de dispositivos esparsos, inseridos no rol de direitos individuais ou no título da ordem econômica e social. Na Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), por exemplo, foram incluídos direitos sociais em artigos esparsos, como a assistência social e a saúde pública e o direito à educação, previstos nos artigos 138 e 149. No mesmo sentido, as Constituições de 1937 (BRASIL, 1937), 1946 (BRASIL, 1946) e 1967 (BRASIL, 1967) previram direitos sociais ao longo do seu texto, sem um rol específico em capítulo próprio.

Levando-se em conta que os direitos sociais estão inseridos no mesmo título dos direitos fundamentais, deve ser aplicada a disposição do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, no sentido de que o rol de direitos sociais pode abranger também direitos e

---

<sup>6</sup> Não se desconhece a ressalva de que, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal não limita os direitos fundamentais sociais à dimensão prestacional, porquanto abrange as liberdades sociais, como o direito de liberdade sindical e o direito de greve, a concretização do princípio da isonomia e da proibição a discriminações e as posições jurídicas vinculadas ao direito do trabalho, que não são todas direitos prestacionais (SARLET, 2015, p. 218-219). O presente trabalho tem por objeto, contudo, os direitos a prestação em sentido estrito, identificados com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

garantias de caráter implícito, direitos positivados fora do rol do Título II e direitos previstos em tratados internacionais (BRASIL, 1988).

## **2.2 As Dificuldades Enfrentadas pelo Poder Judiciário em Ações Judiciais Envolvendo Direitos a Prestação em Sentido Estrito**

O movimento de constitucionalização dos direitos sociais, no contexto da mudança de paradigma promovida pelo Estado Constitucional, que abrange a jurisdição constitucional, enseja diferentes debates sobre o sentido e a eficácia das disposições constitucionais que positivam direitos com esta natureza, bem como sobre a atuação do Poder Judiciário na proteção destes direitos, em especial em ações judiciais individuais.

Os debates relacionados aos direitos a prestação em sentido estrito são também verificados no Brasil, diante do reflexo desta mudança de paradigma também no ordenamento jurídico pátrio, como mencionado na primeira parte do presente capítulo.

Os referidos debates são enfrentados pelos julgadores no âmbito das ações judiciais individuais em que se pretende a tutela de direitos sociais pelos indivíduos, fundamento pelo qual influenciam a decisão judicial e devem ser considerados para a aplicação da proporcionalidade, tema que será desenvolvido nos dois próximos capítulos deste trabalho.

### **2.2.1 O debate sobre o sentido e a eficácia das disposições de direitos sociais**

A consagração de direitos a prestação em sentido estrito, por meio da constitucionalização de direitos desta natureza, principalmente no modelo do Estado Constitucional, enseja o debate sobre o sentido e a eficácia das disposições constitucionais que os estabelecem, principalmente pelo fato de que impõem ao Estado uma atuação positiva de realização de uma prestação fática.

Para Borowski (2013, p. 26), podem ser apontadas três diferentes concepções acerca da natureza dos direitos sociais, a saber, a que os “direitos fundamentais sociais são, sem que expressamente se façam restrições, posições jurídicas meramente objetivas”; a de que os “direitos fundamentais sociais são, basicamente, posições jurídicas meramente objetivas, mas, em casos evidentes, direitos subjetivos exigíveis judicialmente”, e a de que os “direitos fundamentais sociais são, na medida do alcance do seu conteúdo, direitos completamente subjetivos”.

No contexto do debate sobre o caráter jurídico dos direitos sociais, a dúvida recai acerca da possibilidade de exigência destes direitos sociais em juízo, diante da dependência de determinação do seu conteúdo pela ação do legislador e da necessidade de recursos econômicos para a sua satisfação, sendo possível apontar quatro principais modelos de normatização, a saber, (a) o modelo dos direitos sociais como normas programáticas, que pressupõe que há programas constitucionais que serão concretizados com o tempo, não sendo exigíveis originariamente, embora ensejem uma atuação legiferante concretizadora e orientadora da atuação do Estado no âmbito socioeconômico; (b) o modelo dos direitos sociais como normas de organização, ao imporem ao legislador a criação de medidas que regulamentem o seu conteúdo, tendo a Constituição o papel de definição de seu conteúdo mínimo; (c) o modelo dos direitos sociais como garantias institucionais, que geram ao legislador o dever de respeito e proteção, sendo parâmetro do controle de constitucionalidade, e (d) o modelo dos direitos sociais como direitos subjetivos públicos (DE ANDRADE, 2008, p. 71-73).

Diante das diferentes possibilidades, revela-se importante o estudo do sentido jurídico das disposições constitucionais dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais).

As principais teorias que buscam explicar o sentido jurídico das disposições dos direitos prestacionais são as que consideram que as disposições são programáticas, as que entendem que as disposições são fins do Estado, as que concebem estas disposições como deveres estatais objetivos e as que descrevem as posições que englobam a estrutura triádica de sujeito passivo, sujeito ativo e objeto em caráter objetivo, ou *prima facie* (PULIDO, 2014, p. 460).

As diferenças entre estas teorias apontam, em essência, para uma significativa divergência, na doutrina, em relação ao próprio papel do Estado, do Direito, da Constituição e dos direitos fundamentais, sendo um dos principais problemas o de saber “se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos” (ALEXY, 2015d, p. 441-444).

A primeira concepção (disposições programáticas) compreende que as disposições fundamentais prestacionais não podem resultar em normas vinculantes para o legislador, tampouco posições jurídicas de estrutura com sujeito passivo, sujeito ativo e objeto, tendo sido dominante na época de Weimer, na Alemanha, e adotada por Carl Schmitt, para quem as disposições de direitos a prestações não poderiam ser consideradas fontes de deveres ao legislador, e sim programas a serem desenvolvidos de



acordo com o seu arbítrio e discricionariedade (PULIDO, 2014, p. 462). Na época da República de Weimer, na Alemanha, antes da Lei Fundamental (1949), com efeito, os direitos fundamentais estavam previstos em textos normativos, mas eram vistos como disposições programáticas, e não como normas (GRIMM, 2016, p. 164-165).

O conteúdo que se atribuía ao legislador por conta destes direitos a prestações, em um primeiro momento, portanto, era o de que as disposições de direitos fundamentais sociais eram apenas cláusulas de índole programática, que não vinculavam diretamente o legislador, no sentido de que seriam apenas declarações de princípios, sem implicar deveres ao Estado, o que representa uma influência significativa da concepção liberal dos direitos fundamentais, que compreendia não ser possível a derivação de posições de direito fundamental que tivessem como objeto uma prestação a cargo do Estado (PULIDO, 2014, p. 454).

A compreensão dos direitos sociais como normas programáticas não é imune a críticas. Para Sarmiento (2008, p. 566), “conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas”. Sustenta Camila Paula de Barros Gomes (2011, p. 22) que “a partir do momento em que as Constituições deixam de ser vistas como textos dotados de superioridade apenas política, sem efetividade jurídica, superando-se o antigo paradigma da legalidade positivista em busca de uma aplicação mais substancial do direito, não se pode admitir a existência de normas constitucionais dissociadas de força normativa”.

De acordo com a segunda concepção (fins do Estado), os direitos a prestações possuem a estrutura de normas que prescrevem ao Estado um determinado fim, mas não os caminhos ou meios, que são assunto da arena política, por uma exigência do princípio democrático, posição adotada por Sommermann, que entendia que, se uma lei for contrária ao conteúdo essencial deste fim, sem que a regulação possa ser justificada por outros valores constitucionais, então a norma seria inconstitucional, sendo também inconstitucional a omissão estatal (PULIDO, 2014, p. 469-470). Os direitos sociais como normas desta natureza significam que a sua concretização depende de leis infraconstitucionais, sendo normas impositivas de legislação, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (DE ANDRADE, 2008, p. 74-75).

Nesta concepção, os direitos sociais possuem eficácia imediata em parte, porquanto “revogam atos normativos anteriores contrários aos direitos fundamentais em análise”, “são imposições vinculantes face ao legislador que tem o dever de legislar e respeitar os parâmetros estabelecidos pela Constituição à norma programática”, “acarretam a inconstitucionalidade de normas posteriores contrárias às suas disposições programáticas”, “são parâmetros interpretativos, integrativos e de aplicação das normas jurídicas tanto para a Administração quanto para o Poder Judiciário”, “é direito negativo de abstenção do Estado em violar seu conteúdo programático” e “geram deveres *erga omnes* e não apenas para o legislador” (DE ANDRADE, 2008, p. 77). Na hipótese de se compreender as normas definidoras dos direitos fundamentais com tal característica, com efeito, adota-se a posição de que possuem uma determinada carga eficaz, na medida em que ensejam “a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental”, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade; “contêm imposições que vinculam o legislador”, porquanto está obrigado a concretizar programas, tarefas, fins e ordens, bem como a observar os parâmetros constitucionalmente estabelecidos; acarretam a inconstitucionalidade dos atos normativos que colidirem com o conteúdo do direito fundamental; constituem parâmetro para a “interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas”, e consagram a dimensão negativa do direito fundamental, no sentido de que possibilitam ao indivíduo “que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma” (SARLET, 2015, p. 296-299).

Para Pulido (2014, p. 473-474), esta segunda concepção (fins do Estado) apresenta vantagens em relação às disposições programáticas, considerando que garante o caráter efetivo das disposições constitucionais, ao menos para reconhecer que delas emana o dever de buscar o fim prescrito, de modo que o legislador deve adotar alguma medida para a consecução deste fim, sendo a inatividade legislativa total um princípio incompatível com a Constituição, embora não apresente respostas plausíveis para saber quais os meios de atuação devem ser prescritos por conta da obrigação de realizar o fim constitucional.

A preocupação com a identificação dos meios ou instrumentos que obrigam o legislador a partir dos fins constitucionais serviu de base para a teoria dos mandados objetivos, preconizada especialmente por Böckenförde, que entendia que as disposições de direitos prestacionais se concretizam normativamente em mandados jurídicos objetivos dirigidos ao legislador e à Administração Pública, caracterizados pela abertura

e indeterminação semântica, razão pela qual sempre necessitam de uma concreção por meio de políticas legislativas e, por tal motivo, não podem fundamentar pretensões jurídicas concretas em favor dos particulares, ou seja, não atribuem ao sujeito ativo um direito subjetivo (PULIDO, 2014, p. 474).

Para uma linha de argumentação contrária à plena vinculatividade dos direitos a prestação em sentido estrito, as normas de direitos sociais enquadram-se na categoria de normas de eficácia limitada, porquanto “os direitos sociais prestacionais carecem de uma *interpositio legislatoris* pelo fato de ser extremamente difícil e, em certas situações, inviável, precisar, em nível constitucional, o conteúdo e alcance da prestação que constitui seu objeto”, podendo ser ressaltando, ainda, que a norma constitucional, em alguns casos, transfere expressamente ao legislador ordinário a tarefa de concretizar o direito fundamental, a fim de que a prestação se torne exigível (SARLET, 2015, p. 310).

As normas de eficácia limitada integram a classificação realizada por José Afonso da Silva (2004, p. 82), que distingue as normas constitucionais de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada, baseando-se na ideia de que as normas constitucionais devem ter alguma força normativa no contexto de superação do paradigma de legalidade positivista. Para José Afonso da Silva (2004, p. 82), as normas de eficácia limitada representam as normas constitucionais que, por si só, não são capazes de produzir todos os seus efeitos, por dependerem de uma regulamentação pelo legislador ordinário, sendo normas declaratórias de princípios institutivos ou normas programáticas, diferenciando-se das normas de eficácia plena, que são aquelas que podem produzir efeitos imediatos, independentemente da atuação do legislador ordinário, e das normas de eficácia contida, que, mesmo podendo ser aplicadas de modo imediato, podem ter o seu conteúdo restringido pelo legislador ordinário.

Conforme Pulido (2014, p. 481), a tese dos mandados objetivos enseja um inconveniente, qual seja, impossibilitar que alguém esteja legitimado a tornar efetivo o cumprimento do mandado objetivo, dado a relação entre o legislador e o objeto (prestação) não é uma relação jurídica, sendo inexistente alguma forma de sanção ou coação jurídica e impossibilitado o controle do dever pelos tribunais.

A quarta teoria (posições jurídicas definitivas) compreende os direitos a prestações como posições jurídicas definitivas, compostas pela relação tridimensional entre sujeito ativo (titular do direito subjetivo à prestação), sujeito passivo (legislador) e objeto (prestação), sendo diversa da tese do mandado objetivo justamente por

reconhecer um sujeito ativo dotado de direitos e pretensões, além das posições de obrigação de abstenção, do direito contra uma extrema inércia legislativa, dos direitos de igual participação nos direitos prestacionais derivados, do direito de satisfação de um mínimo existencial e do direito ao não retrocesso social (PULIDO, 2014, p. 486). As normas jusfundamentais definitivas são aquelas aplicadas mediante subsunção, compreendendo normas jusfundamentais diretamente estatuídas e normas atribuídas que claramente resultam das disposições jusfundamentais (PULIDO, 2014, p. 718).

A teoria, contudo, acarreta dificuldades, a exemplo da eliminação, por completo, da competência do legislador para decidir sobre a oportunidade da ação de satisfação dos direitos prestacionais, desconsiderando que, em determinados casos, pode ser politicamente aconselhável, por questões econômicas ou do mundo da política, uma atividade legislativa neste sentido, bem como da determinação do que seria o mínimo existencial e de quais as melhores estratégias legislativas para a consecução da essência do fim pretendido pelas disposições, e da possibilidade de aplicação da reserva do possível (PULIDO, 2014, p. 492-496). A consideração dos direitos sociais como direitos subjetivos definitivos, inclusive, iria de encontro às constatações de que há escassez de recursos e de que existem diferentes formas de realização dos direitos sociais, sendo primazia do legislador a adoção das decisões sobre definição de prioridades e formas de realização de cada direito (SARMENTO, 2008, p. 567).

De acordo com a quinta teoria (normas de prestação como normas que estabelecem posições jurídicas *prima facie*), os enunciados de direitos fundamentais a prestações estabelecem normas e posições *prima facie*, que permitem restrições legislativas sempre que estas sejam proporcionais, podendo ser fundamentadas em razão de limitações econômicas e de exigências de outros direitos e bens constitucionais, de forma que a proporcionalidade atua como um critério definidor da vinculatividade que emana dos enunciados constitucionais (PULIDO, 2014, p. 496). Para o modelo dos direitos subjetivos garantidos *prima facie*, “os direitos sociais são direitos subjetivos que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo”, de forma que a possibilidade de tutela judicial e a delimitação do conteúdo do direito dependem da proporcionalidade (SARMENTO, 2008, p. 567).

Os direitos a ações positivas *prima facie* podem ser classificados, segundo Leivas (2008, p. 201), como mandados de ações universais:

[...] focalizando os direitos a ações positivas como princípios, ou seja, como obrigações a serem otimizadas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, eles exigem *prima facie* o cumprimento de todas as ações que favorecem a sua realização. Nesse sentido, os direitos a ações positivas *prima facie* podem ser classificados como mandados de ações universais.

Mandado de ação universal é uma das formas com que se apresentam as ordens de ações. O mandado para todas as ações segue para ordens de ações universais e o mandado para pelo menos uma ação segue para ordens de ações existenciais.

Os mandados de ordem universais, como princípios que *prima facie* ordenam todas as ações que promovam o objeto de otimização (*Optimierungsgegenstandes*), apresentam a seguinte estrutura teleológica:

- a) O alcance ou promoção do objetivo Z é ordenado.
- b) Se o meio M não é utilizado, não é alcançado o objetivo Z ou seu alcance não é promovido.
- c) A utilização do meio M é ordenada.

Os direitos a prestações possuem, para a referida concepção, um caráter *prima facie*, por terem natureza de princípios, fundamento pelo qual admitem uma cláusula de restrição e garantem direitos definitivos, sendo a proporcionalidade o modo para se passar da dimensão de direitos *prima facie* para direitos definitivos (ALEXY, 2015d, p. 446).

Ao adotar a perspectiva da teoria material das normas de prestação como normas que estabelecem posições jurídicas *prima facie*, Robert Alexy (2015d, p. 445) argumenta que os direitos a prestações, enquanto direitos subjetivos, consistem em uma estrutura triádica de relações entre o titular do direito fundamental e o Estado, tendo por objeto a ação estatal positiva, de modo que este titular do direito fundamental tem um direito a que o Estado realize a ação positiva, como uma contraposição ao dever do Estado de realizar esta prestação, o que atribui ao titular do direito fundamental a competência para exigir este direito no âmbito judicial.

Sobre o conceito de direito subjetivo, afirma Robert Alexy (2015d, p. 203):

Um direito subjetivo a algo é uma relação de três variáveis entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Rigorosamente, então, quando o titular, perante o destinatário, tem um direito a uma determinada atuação, é o destinatário, perante o titular, obrigado a fazer essa atuação. Tais deveres relacionais e direitos subjetivos de conteúdo igual são dois lados da mesma matéria. Um resulta logicamente do outro. Pelo contrário, uma norma obriga um sujeito de direito só objetivamente nesta medida, na qual ela fundamenta deveres que não existem perante outros sujeitos de direito. Aqui, devem ser consideradas somente normas de direitos fundamentais. Das normas de direitos fundamentais deve ser dito, que elas obrigam o estado só

objetivamente quando os deveres, por elas fundados, não existem perante alguns titulares de direitos fundamentais, portanto, quando elas não concedem direitos subjetivos em forma de direitos subjetivos.

Não obstante as diferenças entre os direitos sociais e os direitos de defesa, notadamente em relação aos objetivos e estrutura, observa-se que ambas as categorias possuem em comum, nos termos da teoria de Robert Alexy (2015d, p. 499), o caráter *prima facie* que decorre da sua natureza de princípios, de modo que, como direitos fundamentais, são direitos *prima facie* a que correspondem deveres *prima facie*, sendo estes deveres “deveres estatais *prima facie* de zelar para que às liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais correspondam liberdades fáticas”.

Do estudo das diferentes concepções do sentido dos direitos sociais, depreende-se que, a partir da metade do século XX, passa-se, cada vez mais, a se defender que as disposições de direitos fundamentais sociais são vinculantes e que, em certos casos, esta vinculação se relacionava com um conjunto de pretensões exigíveis do ponto de vista jurídico (PULIDO, 2014, p. 455), embora não se exista consenso sobre a extensão da vinculatividade dos direitos sociais. A existência de pretensões exigíveis juridicamente, por sua vez, influencia a possibilidade de judicialização dos direitos sociais pelos indivíduos, indicando a importância do debate para a definição da forma de tutela destes direitos consagrados constitucionalmente.

O debate é fomentado por haver uma consideração de que os direitos sociais de natureza prestacional possuem uma estrutura jurídico-normativa própria, se contrastados com os direitos de defesa, considerando que, por vezes, precisam de concretização legislativa e dependem de circunstâncias de natureza socioeconômica, enquadrando-se, nesta concepção, como direitos relativos:

Em razão de reclamarem, em regra, uma concretização legislativa, a doutrina – especialmente alienígena – costuma qualificar os direitos sociais prestacionais de direitos relativos, já que geralmente colocados sob uma reserva do possível, que os coloca na dependência da conjuntura socioeconômica, havendo até quem tenha falado de uma relatividade fática dos direitos sociais. Constituem – para além disso – direitos relativos por desencadear sua plena eficácia e se tornarem exigíveis tão somente após concretizados pelo legislador, razão pela qual também foram denominados – e não de forma completamente destituída de razão – de direitos na medida da lei (*Massgabegrundrechte*), ou mesmo – como que não podemos concordar –, de *leges imperfectae*. Já os direitos de defesa, em face da sua imediata aplicabilidade e por desencadear, desde logo, sem necessidade de uma *interpositivo legislatoris* (servindo a lei tão somente para eventual restrição ou regulamentação), todos os seus efeitos, costumam ser qualificados como direitos fundamentais absolutos (SARLET, 2015, p. 291-292).

Outro aspecto que acentua a divergência doutrinária é o de que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos pelo Estado, sendo tarefa do legislador decidir sobre a aplicação e destinação destes recursos públicos, de modo que não poderia o Poder Judiciário concretizar estes direitos à revelia do legislador (SARLET, 2015, p. 311). O debate é acentuado pela constatação de que, de um lado, há a efetivação dos direitos sociais, que não está constitucionalmente condicionada aos recursos destinados a pastas orçamentárias, e, de outro lado, o controle de políticas públicas<sup>7</sup>, relacionadas diretamente ao orçamento público e a realização de escolhas e alocações pelos Poderes Legislativo e Executivo em um primeiro momento (BITENCOURT, 2014, p. 221- 222).

A adoção de um modelo que compreende os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos ou como normas meramente objetivas influencia a proteção processual conferida aos indivíduos pelo ordenamento jurídico:

É fato que, na doutrina, muitas vezes, se reconhece um dever vinculante do Estado em fomentar a liberdade fática, mas ela acaba, muitas vezes, sendo interpretada apenas como jurídico-objetiva. Qualquer norma de direitos fundamentais é parte do direito objetivo. A questão só é se direitos fundamentais sociais, além disso, também conferem direitos subjetivos, quer dizer, dão ao indivíduo o poder jurídico de, perante a justiça e afinal, reclamar da violação de direitos protetores de direitos fundamentais com uma ação constitucional. Se, pelo contrário, no caso delas se tratar de normas meramente objetivas, a violação só poderá ser constatada em processos de proteção do direito objetivo – como, por exemplo, em especial, processos de controle de normas ou processos prejudiciais. O debate em torno de direitos fundamentais como direitos subjetivos se parece, basicamente, com aqueles dos casos de direitos fundamentais de defesa, só que, nos casos de direitos fundamentais sociais, há claramente mais cautela no reconhecimento de direitos subjetivos. (BOROWSKI, 2013, p. 26).

Existem plúrimas possibilidades, portanto, de se compreender os direitos sociais e, por consequência, a possibilidade de judicialização, a depender da tese adotada.

Robert Alexy (2015d, p. 502), ao tratar do tema sobre o conteúdo emanado das disposições de direitos fundamentais sociais, refere de que as normas de direitos fundamentais sociais, do ponto de vista teórico-estrutural, podem ser vistas sob

---

<sup>7</sup> O conceito de políticas públicas apresenta múltiplos significados na doutrina, compreendendo, em um sentido mais amplo, “todos os instrumentos de ação de um governo, através dos quais haverá a realização de direitos e os preceitos constitucionais se transformarão em utilidades para os governados”, ou seja, representando meios para a atuação política de realização dos objetivos socialmente relevantes, de acordo com a previsão orçamentária (BITENCOURT, 2014, p. 223). A expressão políticas públicas, entretanto, representa “não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado”, porquanto abrange “a sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas” (BARCELLOS, 2008, p. 112).

diferentes aspectos, dependendo da tese teórico-normativa sustentada, na medida em que podem constituir normas que garantam direitos subjetivos ou normas que obriguem o Estado tão somente de forma objetiva; podem ser vinculantes (quando a sua violação pode ser analisada na esfera judicial) ou não-vinculantes (quando são programáticas), e podem fundamentar direitos e deveres definitivos (se forem regras) ou *prima facie* (se forem princípios). Em outras palavras, como salienta Robert Alexy (2015d, p. 500), as normas atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sociais podem ser compreendidas como de diferentes tipos, baseados em três critérios, a saber, normas que garantam direitos subjetivos ou que obriguem o Estado apenas de modo objetivo; normas vinculantes ou não vinculantes (enunciados programáticos), ou normas do tipo regra ou princípio.

Sustenta Robert Alexy (2015d, p. 501) que a proteção mais intensa dos direitos fundamentais sociais ocorre por meio de “normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações” e a proteção mais fraca, “pelas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações”, podendo as possibilidades de proteção ser ilustradas no quadro que segue, sendo o (1) a proteção mais forte e o (8) a proteção menos forte, e os demais números uma posição intermediária, conforme tabela que segue:

VINCULANTE				NÃO-VINCULANTE			
SUBJETIVO		OBJETIVO		SUBJETIVO		OBJETIVO	
DEFINITIVO	<i>PRIMA FACIE</i>	DEFINITIVO	<i>PRIMA FACIE</i>	DEFINITIVO	<i>PRIMA FACIE</i>	DEFINITIVO	<i>PRIMA FACIE</i>
1	2	3	4	5	6	7	8

Fonte: Alexy (2015d).

A compreensão de que as disposições de direitos fundamentais sociais dão origem a normas vinculantes impede que uma maioria parlamentar simples elimine as prestações sociais segundo ponderações de oportunidade política, na medida em que há uma maior proteção constitucional, derivada da ideia de que estão em posição tão importante que a sua concessão não pode ser entregue a uma maioria parlamentar simples (BOROWSKI, 2013, p. 26).

O debate sobre o sentido das disposições constitucionais de direitos sociais encontra-se presente também no Brasil, considerando que o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, aplicável aos direitos sociais, refere que “as normas definidoras



dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988), existindo um debate acerca de se saber o sentido desta aplicabilidade imediata, assim como se o Poder Judiciário poderia ou não atribuir direitos individuais ainda não regulamentados pelo legislador ordinário. Como ressalta Sarlet (2015, p. 308), debate-se até que ponto os direitos sociais carecem de plena justiciabilidade, “razão pela qual, segundo alguns, são merecedores do qualificativo *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, ser considerados como direitos relativos, porquanto geram direito subjetivo apenas com base e nos termos da legislação concretizadora”.

Sobre a questão, explica Sarlet (2015, p. 281-282):

Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa, razão pela qual a razão está com Canotilho ao enfatizar a necessidade de “cimentar juridicamente” o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais. É precisamente em função do objeto precípuo destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema da sua aplicabilidade, eficácia e efetividade. Dentre as diversas questões que suscitam estes direitos fundamentais, há que se destacar três [...]. Assim, pergunta-se: a) em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de, por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica? b) quais os diversos efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídico-normativa dos direitos fundamentais a prestações? c) é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais? d) caso afirmativa a resposta à pergunta anterior, em que situações e sob que condições um direito subjetivo a prestações poderá ser reconhecido?

O problema a ser considerado se relaciona ao debate, especificamente em relação ao modelo constitucional brasileiro, sobre a possibilidade ou não de se reconhecer, diretamente a partir da norma constitucional que define o direito fundamental social, independentemente da atuação do legislador, um direito subjetivo individual ou coletivo a uma prestação concreta pelo Estado. Verifica-se que este debate influencia, de forma direta, a possibilidade de se exigir judicialmente, do Poder Público, a prestação correspondente ao direito fundamental social.

### 2.2.2 O debate sobre a atuação do Poder Judiciário no âmbito da proteção dos direitos sociais em ações judiciais individuais

O debate sobre o sentido e a eficácia das disposições de direitos sociais relaciona-se com o debate sobre a atuação do Poder Judiciário em ações judiciais individuais, tendo em vista que, como mencionado, há diferentes visões doutrinárias acerca da possibilidade de judicialização de direitos com tal natureza, o que enseja a discussão, por sua vez, sobre a forma de atuação do julgador em demandas judiciais com estas características. O debate, como mencionado no tópico anterior, também se faz presente no contexto brasileiro, indicando que as discussões atinentes à atuação do Poder Judiciário em ações judiciais individuais que envolvam direitos sociais no modelo constitucional brasileiro são igualmente relevantes.

O movimento de constitucionalização dos direitos sociais acarretou um aumento significativo do número de casos que são levados ao Poder Judiciário, por meio de ações individuais, para a efetivação dos direitos fundamentais, ensejando o fenômeno da judicialização. Para Barroso (2015, p. 30), na judicialização, as decisões de cunho político dos Poderes Legislativo e Executivo são transferidas ao Poder Judiciário, que atua para a definição de normas de comportamento a serem adotadas para a resolução do conflito de acordo com o modelo constitucional, sendo decorrente do modelo de constitucionalização abrangente e analítico presente no ordenamento jurídico, incluindo o brasileiro.

De acordo com Gargarella (2013, p. 62-63), o aumento da demanda judicial para a efetivação de direitos sociais, na América Latina, incluindo no Brasil, a contar do final do século XX, se deu por conta de diferentes fatores:

Os fatos que explicam as mudanças que foram se produzindo na matéria parecem diversos: a crescente internacionalização do Direito; o maior peso adquirido, então, por exigentes tratados internacionais de direitos humanos; o desenvolvimento de uma complexa e densa reflexão dogmática na matéria (crítica sobre o estado de coisas anterior); o surgimento de maiores demandas sociais, canalizadas exteriormente aos órgãos políticos, desconsiderados em virtude de sua prática decepcionante; a aparição de reformas legais (em particular, cláusulas relativas aos requisitos sobre o *standing legal*), destinadas a facilitar o acesso dos mais desfavorecidos aos tribunais (Gargarella et al., 2006). Todos esses elementos, entre outros, se combinaram para dar forma a uma realidade inconstante, em que os direitos sociais já não apareciam, necessariamente, como direitos de segunda classe. Confrontados a esse novo contexto, os juízes foram reconhecendo, além disso, que tinham diante de si diversas alternativas de ação que se afastavam da dicotomia que parecia dominante até então: implementar ou deixar de implementar um

direito (por exemplo, uma demanda por acesso a uma moradia). Os juízes podiam optar por dar ordens aos demais poderes; deixar claro, simplesmente, que os demais poderes estavam violando a Constituição; sugerir-lhes opções de caminhos a seguir na matéria; convocar audiências públicas para discutir coletivamente como resolver situações de litígio complexo; definir prazos dentro dos quais o poder político deveria encontrar soluções aos problemas a serem examinados etc. (Fabre, 2000; Gløppen, 2004).

Importante apontar que, a partir da reintrodução da democracia e do estabelecimento de uma ordem constitucional nova, baseada no constitucionalismo do pós-guerra, verifica-se que os processos judiciais, no âmbito não coletivo, se transformaram em uma estratégia usual dos ativistas e reclamantes dos direitos sociais, produzindo um aumento significativo das demandas por direitos sociais em determinadas áreas e reforçando a judicialização (FERRAZ, 2017, p. 219).

O fenômeno da judicialização, presente nas democracias ocidentais contemporâneas, fundamenta-se por diferentes argumentos, baseados no princípio da dignidade da pessoa humana como meta-princípio absoluto – acima das considerações de ordem econômica ou de eficiência –, na efetividade das normas constitucionais, na ideia de direito subjetivo público dos cidadãos aos direitos fundamentais e na impossibilidade de se dar preferência aos interesses financeiros do Estado, em detrimento dos direitos sociais (ENGELMANN; CUNHA FILHO, 2013, p. 57-72).

Segundo Barcellos (2002), existem três axiomas incorporados à prática jurídica brasileira para a legitimação da intervenção judicial na condução das políticas públicas, consistentes nas ideias de que as disposições constitucionais são dotadas de normatividade e superioridade hierárquica, produzindo efeitos imediatos no plano fático, bem como de que o Estado existe para a proteção dos direitos fundamentais, que possuem *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional, e que os poderes públicos estão subordinados à Constituição, pois os agentes públicos devem promover as normas constitucionais. O Poder Judiciário, na condição de intérprete da Constituição Federal, para esta concepção, deve garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o mínimo existencial indispensável para a dignidade da pessoa, razão pela qual, ante a eficácia imediata dos direitos sociais, poderia interferir diretamente nas políticas públicas, ainda que a decisão envolva aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa.

No caso específico brasileiro, igualmente se observa o fenômeno da judicialização. Verifica-se que a Constituição brasileira de 1988, na linha do modelo de constitucionalismo originado ao longo do século XX, em especial no período do pós-

guerra, adotou um amplo rol de direitos sociais, no seu artigo 6º (BRASIL, 1988), bem como conferiu ao Poder Judiciário o papel de conferir efetividade a estes direitos e garantir a sua proteção também por meio de demandas judiciais individuais, para além da tutela coletiva. Destaca-se, ademais, que foi desenvolvido o reconhecimento da força normativa às normas constitucionais no Brasil, por meio da denominada doutrina brasileira da efetividade, baseada na ideia de aplicação direta e imediata das normas constitucionais e na possibilidade de proteção dos direitos fundamentais por meio da tutela processual individual ou coletiva, passando o Poder Judiciário a ter um papel ativo na concretização da Constituição (BARROSO, 2013, p. 162).

A judicialização dos direitos sociais por meio de ações individuais, entretanto, acarreta diferentes dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário.

Uma primeira questão a ser debatida relaciona-se aos limites da atuação do Poder Judiciário para dar efetividade aos direitos sociais, principalmente ao se ter em conta a necessidade de disponibilidade de recursos materiais e humanos e a previsão orçamentária pelos demais Poderes, dentro do contexto da reserva parlamentar em matéria orçamentária e do princípio democrático, vinculado à separação de poderes, representando um problema de competência. Conforme salientado por Klatt (2015, p. 218-220), um sistema que adota os direitos sociais como direitos subjetivos enfrenta o problema da competência, que se relaciona ao papel adequado dos Tribunais na tarefa de efetivação dos direitos a prestações positivas, para além dos problemas relacionados à justificação, que diz respeito a questões políticas, no sentido de se os direitos a prestações positivas podem ser incluídos em um catálogo de direitos, e em que medida, e ao conteúdo, que se refere à extensão das obrigações positivas do Estado e aos meios que devem ser empregados para a sua efetivação, o que envolve os interesses colidentes de disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado e os direitos de terceiros.

O problema da competência relaciona-se ao fenômeno antes apontado de que, no contexto brasileiro, o Estado por vezes não possui recursos suficientes para a efetivação dos direitos fundamentais sociais ou não realiza o planejamento e a execução das políticas públicas definidas, resultando no fenômeno da judicialização da política, em que o cidadão postula, na esfera judicial, a promoção dos direitos fundamentais sociais, como titular de um direito subjetivo, por ser papel do Poder Judiciário a interpretação e a aplicação do texto normativo constitucional e infraconstitucional e a proteção dos direitos fundamentais. No aspecto, há um conflito entre o dever do Estado de efetivar as normas constitucionais e prestar serviços sociais e a carência de recursos para o

atendimento aos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo o Poder Judiciário acionado para a resolução dos conflitos de interesses decorrentes.

Robert Alexy (2015d, p. 175-176) refere justamente que, por serem os direitos fundamentais sociais financeiramente significativos, em grande medida, há uma discussão “sobre qual o papel que as possibilidades financeiras do Estado exercem quanto a ponderar direitos sociais”. Menciona Matthias Klatt (2015, p. 219) que, ainda que se reconheçam os direitos sociais como direitos subjetivos a prestações, há um debate sobre a extensão das obrigações positivas do Estado e aos meios que devem ser empregados para efetivá-las, considerando os interesses colidentes da disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado e os direitos de terceiros.

Acerca da escassez de recursos públicos, salienta Ana Paula de Barcellos (2002, p. 117-118):

A doutrina registra, em geral, que os direitos sociais diferentemente dos individuais e políticos (embora este ponto seja altamente discutível), dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação, enfrentando assim o problema da escassez dos recursos públicos, sempre menores que as necessidades. Como consequência disso, afirma-se, grosso modo, que as normas que preveem tais direitos não têm a capacidade de torná-los exigíveis diante do Estado, pois o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público. Em suma: tais direitos não seriam direitos subjetivos; não haveria um dever jurídico do Estado de prestá-los.

Os direitos sociais, em geral, são “positivados de forma vaga, por meio de cláusulas abertas, que deixam a cargo do legislador a função de concretizá-los levando em consideração a disponibilidade orçamentária e as decisões políticas, que definem as metas prioritárias em cada setor social” (GOMES, 2011, p. 24). Muitos direitos a prestação, por conta do modo pelo qual foram enunciados na Constituição e do seu objeto específico, com efeito, dependem da interposição do legislador para a produção plena dos seus efeitos, de modo que a exigência de satisfação destes direitos “é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade” (MENDES, 2008, p. 260).

A supremacia das normas constitucionais, ademais, exige a efetivação de políticas públicas pelo Estado, a fim de que promova e garanta os direitos sociais, implicando a necessidade de planejamento e direcionamento do orçamento público, além da definição das metas constitucionais que devem ser atendidas preferencialmente.

Os direitos econômicos, culturais e sociais, “em sua grande maioria, são

realizáveis por (e dependentes) de políticas públicas, as quais se destinam à coletividade, objetivando a concretização de um direito cujo titular é um sujeito que, em um primeiro momento, é indeterminado, mas que, ao exercê-lo, torna-se determinado”, de modo que o Estado realiza uma política pública para toda a coletividade (sujeito indeterminado), ocorrendo a personificação do sujeito e o exercício individual do direito no momento em que o indivíduo necessitar da prestação (LEAL; ALVES, 2016, p. 998-999). Neste contexto, “cada direito (subjetivo) corresponde a uma meta política (objetiva), e nesse ponto reside a relação sujeito-Estado” (LEAL; ALVES, 2016, p. 999).

A materialização do direito social, com efeito, depende de uma atuação positiva estatal, sendo a eficiência dependente da vivência democrática do Estado e do desenvolvimento da economia, motivo pelo qual há a necessidade de uma compatibilização dos diferentes interesses presentes naquela situação, tanto do sujeito individualmente considerando, como da sociedade como um todo:

Os direitos fundamentais sociais, por requererem atuação positiva estatal, são tanto mais efetivos quanto mais sólida é a vivência democrática de um Estado e quanto mais desenvolvida é sua economia. Isto por dois motivos especiais: (i) um Estado apenas pode ser, de fato, democrático, se seu povo tiver instrução formal mínima e uma esfera pública minimamente plural para definir, ainda que basicamente, suas ambições e, portanto, suas exigências; (ii) um Estado somente pode satisfazer pretensões materiais de sua população, que demandam ações de forte impacto econômico, se dispuser de condições econômicas factíveis para tanto. Para que o ser humano possa não apenas gozar formalmente, mas viver faticamente os direitos fundamentais individuais que lhe foram atribuídos já desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, é preciso não só ser titular de direitos fundamentais sociais, mas ser capaz de concretamente exercê-los. Não obstante, como ressaltado, a satisfação das pretensões dos indivíduos, mediante ações positivas estatais, demanda do Estado montante vultoso de recursos financeiros. É então irrefutável o conflito entre as duas situações, ambas igualmente verdadeiras: tanto os direitos fundamentais existem, porque foram constitucionalmente positivados, quanto as dificuldades materiais para seu cumprimento são empiricamente presentes (TOLEDO, 2013, p. XVI).

A atuação judicial, como consequência, pode representar uma interferência na esfera de atuação do Poder Legislativo e Executivo, como explica Barroso (2013, p. 166):

O princípio democrático, por sua vez, se expressa na ideia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são

escolhidos pelo voto popular e são os componentes majoritários do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos, e não eletivos. A ideia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isso ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

A decisão judicial pode, inclusive, promover uma mudança na alocação dos recursos públicos, a fim de conceder um benefício ao indivíduo autor da ação judicial, em detrimento dos interesses dos demais indivíduos considerados pelo legislador e administrador quando da destinação destes recursos, como aponta Mendes (2008, p. 261):

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas – tudo a apontar para o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração.

Aponta Scaff (2008, p. 152), no aspecto, que os problemas decorrentes deste tipo de atuação do Poder Judiciário consistem na sua transformação em ordenador de despesas públicas, “o que dificulta o planejamento governamental, exercido pelo Executivo e pelo Legislativo, no que tange às políticas públicas aprovadas por lei, e com recursos dirigidos para sua implementação através do sistema orçamentário”.

Os efeitos da decisão judicial acarretam outra dificuldade na atuação do Poder Judiciário em ações individuais, consistente na possibilidade do julgador considerar

questões da coletividade e da natureza dos direitos sociais em um processo civil moldado para autor e réu com interesses particulares.

A dificuldade decorrente do desenho do processo judicial é apontada por Sarmiento (2008, p. 581):

O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial. Este, com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos.

A decisão judicial pode, assim, promover a solução no contexto da micro-justiça, desconsiderando a macro-justiça, dado que os direitos sociais se relacionam com questões da coletividade, diante da escassez de recursos públicos e da interferência gerada nos direitos dos demais indivíduos, como aponta Ana Paula de Barcellos (2008, p. 32):

O fato é que nem o jurista, muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça – o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.

O problema se refere, em outras palavras, à forma de tratamento dos direitos sociais, já que envolvem interesses coletivos e prestações materiais do Estado, o que influencia a própria aplicação do desenho do processo judicial individual, pensado num modelo de autor e réu, com interesses particulares, para direitos com tais peculiaridades. A desconsideração dos efeitos, para a coletividade, da decisão judicial pensada para aquele caso concreto específico pode inviabilizar o próprio direito de todos os cidadãos de igual participação nos direitos prestacionais derivados, fundamento do próprio Estado Social, que busca a igualdade material.



Acerca desta colisão de interesses conflitantes, em especial no que diz respeito a questões orçamentárias e aos direitos sociais de todos os indivíduos, e não apenas daquele que exige a prestação por parte do Estado, explica Borowski (2013, p. 35-36):

Que direitos fundamentais sociais definitivos representam o resultado de ponderação de diversos direitos e bens colidentes, em geral e incontestavelmente reconhecidos ao indivíduo, pode ser explicitado com base na clássica posição mínima definitiva: o mínimo existencial. Como Rüdiger Breuer enfatiza com acerto, a solução, no caso dos direitos fundamentais sociais, não pode consistir na recusa completa ou no reconhecimento irrestrito, mas tão somente numa “solução conciliada”. De um lado está o princípio da liberdade fática. Ele exige urgentemente a concessão do mínimo existencial, já que, sem o fundamento material para a vida, não há como exercer a liberdade jurídica. Um indispensável fundamento mínimo para a vida é extraordinariamente importante para o indivíduo. Do outro lado, estão os diversos direitos e bens. Tudo o que o Estado concede em prestações precisa ser primeiro obtido através do recolhimento de impostos. Isso não é de fato nem juridicamente possível sem restrições. Além disso, a competência de decidir sobre a utilização dos recursos levantados, fundamentalmente, cabe ao parlamento democrática e diretamente legitimado para tanto.

Além do mais, pelo cumprimento de um direito fundamental social dificulta-se o cumprimento dos direitos fundamentais sociais de outros, porque os recursos financeiros, já em si escassos, estarão disponíveis em medida ainda menor. Esses direitos e bens levam a que, via de regra, tenha de ficar por conta da iniciativa do indivíduo criar, por meio de um empenho próprio, os pressupostos para o exercício de liberdades jurídicas.

A interferência judicial nas políticas públicas, na realidade brasileira, corre o risco de desconsiderar aspectos relevantes da natureza dos direitos sociais, na medida em que, diferentemente dos direitos civis individuais, envolvem, em alguma medida, uma apreciação entre os bens individuais e os bens coletivos, por conta dos demais interesses igualmente protegidos no âmbito jurídico, que potencialmente podem ser afetados na decisão judicial, privilegiando uma determinada parte e não a coletividade. Importante ponderar que a desconsideração de tais aspectos gera ainda mais desigualdades na sociedade, pela ofensa à isonomia derivada do tratamento desigual entre os cidadãos que ajuizaram a ação e aqueles que não ingressaram em Juízo, podendo implicar prejuízos à realização das políticas públicas<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Há, em geral, uma idealização quanto às condições fáticas e objetivas para que a Administração Pública realize os direitos e finalidades sociais constitucionalmente estabelecidos, sendo um dos exemplos o que ocorre no fenômeno de judicialização da saúde, em que se defende, por vezes, que as dificuldades orçamentárias são juridicamente irrelevantes, resultando na determinação de fornecimento de medicamentos com custo elevado, para casos individuais, e, com isso, afetando o orçamento governamental de modo significativo (SUNDFELD, 2014, p. 237).

Ao referir a crítica relacionada aos efeitos da decisão judicial, menciona Scaff (2008, p. 153):

Sabe-se por definição econômica que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Acresça-se a este fato a característica de que os recursos são públicos, isto é, decorrentes da arrecadação dos tributos pagos por toda a sociedade, e que as necessidades sociais são igualmente infinitas, em especial aquelas referentes à população de menor poder aquisitivo.

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível e em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar estes recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira “captura” dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.

Julgar que uma única pessoa tem direito à saúde, conforme prescrito na Constituição, e determinar que o Estado despenda vários milhões em seu tratamento não implementa este direito social, mas apenas o atribui a uma única pessoa, ou grupo de pessoas, que teve acesso àquele magistrado e àquela decisão. O exercício de um direito social que gera benefícios apenas a um indivíduo ou a um pequeno grupo certamente não foi aplicado de forma adequada. É confundir o sentido do que é um direito social, tratando-o como um direito que possa ser fruído de forma individual ou coletiva, e não pelo conjunto dos cidadãos que dele necessitem.

Pode haver, nesta linha de raciocínio, um risco ao princípio da isonomia, tendo em vista que a tutela judicial conferida aos direitos sociais em casos concretos nem sempre poderia ser universalizada, como aponta Sarmento (2008, p. 23), para quem, por conta do princípio da isonomia, “pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições”.

A crítica é sintetizada por Fernando Gomes de Andrade (2008, p. 165) da seguinte forma:

Outra crítica à atuação judicial defende que o princípio da isonomia estaria sendo ferido todas as vezes que uma decisão judicial determinasse a concretização de um direito fundamental social prestacional de modo casuístico (caso concreto, microjustiça) e esta decisão não pudesse ser estendida a todos por falta de recursos; ademais, os recursos financeiros dispendidos para apenas um indivíduo desfalaria os cofres públicos, não permitindo a realização de uma política pública de caráter geral e universal. Nesses casos o Judiciário estaria ferindo de morte o princípio igualitário, conferindo não um direito no caso concreto, mas sim privilégios que não podem ser estendidos a todos. Logo, uma crítica recorrente na doutrina

repousa no argumento que o controle judicial resultaria, na decisão de casos concretos, prejuízo ao princípio igualitário e democrático.

A mencionada situação pode ser constatada no âmbito do direito social à saúde, como aponta Barroso (2013, p. 160):

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

O julgador, portanto, ao se deparar com uma demanda individual em que se pretende a realização de um direito social enfrenta diferentes dificuldades relacionadas ao debate sobre os limites de atuação do Poder Judiciário no âmbito da proteção dos direitos a prestação em sentido estrito e sobre os efeitos da decisão judicial em relação à atuação dos demais Poderes e aos direitos de outros indivíduos, principalmente ao se ter

em conta o contraste entre o desenho processual e a necessidade de consideração de todos os interesses em conflito, incluindo questões da coletividade.

### **3. A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO METODOLÓGICO PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS ENVOLVENDO DIREITOS SOCIAIS: A TEORIA DE ROBERT ALEXY**

As dificuldades decorrentes do tratamento conferido aos direitos sociais no modelo constitucional brasileiro ensejam a necessidade de adoção de um critério metodológico que possibilite a resolução da demanda judicial individual por meio de uma decisão adequada. No presente capítulo, será abordada a teoria de Robert Alexy para a proporcionalidade, como uma estrutura que pode resolver, de forma racional, a colisão de princípios e bens constitucionais.

#### **3.1 A Legitimidade da Proporcionalidade**

No presente tópico, busca-se realizar uma abordagem dos aspectos gerais da proporcionalidade, de acordo com a teoria de Robert Alexy, notadamente o fundamento que permite a aplicação da proporcionalidade como critério metodológico de resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, e o seu papel na racionalização da decisão.

##### **3.1.1 A necessidade de solucionar a colisão de direitos fundamentais e o fundamento da proporcionalidade**

Para a compreensão do fundamento da proporcionalidade, importante considerar que, a partir da mudança de paradigma promovida pelo modelo de Estado de Direito surgido no período que sucede a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), em especial da ordem hierárquica ocupada pela Constituição, que deve ser respeitada por todos, depreende-se que aos direitos fundamentais pode ser atribuída uma vinculatividade normativa, dependendo da concepção adotada, pois a eles deve ser outorgada a máxima eficácia, não sendo meros programas ou objetivos estatais.

De acordo com Robert Alexy (2015d, p. 249), o direito fundamental se estrutura como um feixe de posições e normas, vinculadas interpretativamente a uma disposição

de direito fundamental, sendo as disposições de direito fundamental os enunciados da Constituição que tipificam os direitos fundamentais e as normas, o conjunto de significados prescritivos das disposições de direito fundamental. O conjunto de significados se expressa mediante proposições prescritivas que estabelecem que algo está ordenado, proibido ou permitido, ou atribuem a um sujeito uma competência de direito fundamental, fundamento pelo qual as normas de direito fundamental são um conjunto de proposições que prescrevem o dever ser estabelecido pelas disposições fundamentais da Constituição (ALEXY, 2015d, p. 249).

A posição de direito fundamental ou direito fundamental em sentido estrito são relações jurídicas entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado, que, na sua forma mais comum, apresentam uma estrutura com sujeito ativo, sujeito passivo e objeto, representativo de uma conduta de ação ou omissão, prescrita por uma norma (ALEXY, 2015d, p. 249). A estrutura do direito fundamental, portanto, envolve posições, que são relações entre indivíduos ou indivíduos e Estado, e normas, que são o resultado da interpretação das disposições constitucionais (ALEXY, 2015d, p. 249).

No contexto do modelo de Estado Constitucional, verifica-se, além da vinculatividade normativa dos direitos fundamentais, que se reflete na sua estrutura e posição, a positivação de um rol de direitos fundamentais. A previsão de um rol de direitos fundamentais nas Constituições, como aponta Robert Alexy (2015a, p. 56-60), implica necessariamente uma colisão entre os direitos fundamentais, que podem ser colisões em sentido restrito, “quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”, ou colisões em sentido amplo, quando envolvem direitos fundamentais e bens coletivos.

A colisão verificada no âmbito das Constituições enseja a necessidade de conferir uma solução adequada ao caso concreto, permitindo que os direitos fundamentais sejam efetivamente tratados como normas vinculantes, tema que representa o ponto de partida para a compreensão da teoria de Robert Alexy sobre a proporcionalidade. A necessidade de solucionar a colisão de direitos fundamentais é acentuada pelo fato de que, na maior parte das Constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, não há a previsão de direitos absolutos, diante de cláusulas de restrição que permitem a limitação do direito fundamental por outro valor constitucional (MATHEWS, SWEET, 2008, p. 91).

Para a solução da colisão dos direitos fundamentais na específica visão de Robert Alexy, inicialmente deve ser reconhecida a sua “força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade”, de forma a não tratá-los como meras proposições programáticas (ALEXY, 2015a, p. 62). De acordo com Alexy (2015a, p. 62), também deve ser considerado que “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”.

A ideia central da ponderação consiste na diferenciação das normas entre regras e princípios, no sentido de que há normas que se realizam com o caráter de tudo ou nada – regras – ou com maior ou menor intensidade, a depender das possibilidades fáticas e legais – princípios (JESTAEDT, 2012, p. 154).

A distinção entre princípios e regras revela-se importante no contexto da adjudicação de direitos, considerando que a solução à colisão de direitos fundamentais será diversa se estes direitos forem tratados como regras ou como princípios. A referida distinção influencia, ademais, a forma pela qual será vista a estrutura do direito fundamental, tendo em conta que, se for tratado como regra, não será distinto dos demais dispositivos legais, em termos de estrutura, mesmo que seja hierarquicamente superior (WEBBER, 2009, p. 69).

Como salienta Robert Alexy (2015d, p. 87), os princípios e as regras são tipos de normas, porquanto ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados “por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”, de forma que os princípios e as regras são “razões para juízos concretos de dever ser”. Existem diferenças relevantes, contudo, entre regras e princípios.

As regras são mandamentos definitivos, no sentido de que representam normas que, sempre, só podem ser cumpridas ou não cumpridas, não mais e não menos, por conter “fixações no espaço do fática e juridicamente possível”, aplicando-se por subsunção (ALEXY, 2015a, p. 64). As regras são normas que “ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente”, de forma que ou a regra é aplicada ou é declarada inválida, criando-se uma nova regra se houver uma exceção no caso (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 31).

Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão de peso e representam um dever ideal e, por isso mesmo, não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima facie* (ALEXY, 2015a, p. 68-69). Alexy, ao contrário de Dworkin, define os princípios como mandamentos de otimização, no sentido de que “o grau de realização do interesse

legal desejado depende não apenas das condições fáticas e legais do caso concreto, como também das condições de realização máxima ou ótima do princípio” (JESTAEDT, 2012, p. 154-155).

A norma será uma regra quando apresenta conteúdo determinado para decidir o caso, ou seja, quando a norma define a conduta e o comportamento que está ordenado, proibido ou permitido, contendo um dever ser real aplicável por subsunção, que não depende das razões do que é ordenado por outro direito fundamental (PULIDO, 2014, p. 749). Os princípios, em contraste, apresentam um dever ser ideal, que “não pressupõe que o que deve ser realizado seja possível fática e juridicamente em toda a sua dimensão, por exigir um cumprimento na maior extensão de acordo com o que é possível” (PULIDO, 2014, p. 749). No caso dos princípios, não existem determinações definitivas do seu conteúdo, e, sim, determinações *prima facie* que devem ser harmonizadas com as determinações *prima facie* que derivam de princípios contrários (PULIDO, 2014, p. 749-750).

Sobre os princípios conter um mandamento *prima facie*, em contraste com o mandamento definitivo, explica Alexy (2015a, p. 104):

Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem de extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

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

Na teoria de Robert Alexy (2015a, p. 68-69), os princípios possuem uma dimensão de peso e representam um dever ideal e, por isso mesmo, não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima facie*, tendo a proporcionalidade a função de transformar o dever *prima facie* ideal ao dever real e definitivo, configurando as posições fundamentais jurídicas e de deveres definitivos, passíveis de exigibilidade judicial. Importante considerar, ainda, que a direitos *prima facie* correspondem deveres *prima facie* do Estado, que são vinculantes e devem ser considerados na ponderação, no sentido de que devem existir razões aceitáveis para que o dever não seja satisfeito, de modo que “caso não existam razões aceitáveis para sua não-satisfação, um dever *prima facie* pode levar a um dever definitivo” (ALEXY, 2015d, p. 518).

As disposições de direito fundamental determinam regras ou princípios, a depender se apresentam determinações definitivas em relação a princípios colidentes, sendo a definição de sua natureza uma questão de interpretação (PULIDO, 2014, p. 750).

A solução da colisão entre direitos fundamentais, se forem tratados como regras, será dada a partir da primazia de uma das regras em colisão, da invalidação de uma das regras ou do estabelecimento de alguma exceção para uma destas regras, de modo que o conflito se resolve no campo da validade (MATHEWS, SWEET, 2008, p. 95). A solução do conflito supracitado por meio da consideração dos direitos fundamentais como princípios, em contraste, pode ser dada a partir da ponderação no caso concreto, a fim de se averiguar se um dos princípios tem maior peso na específica situação debatida, de forma que o conflito entre princípios se resolve na dimensão do peso de cada um no caso concreto (MATHEWS, SWEET, 2008, p. 95).

Os conflitos entre regras somente podem ser resolvidos por meio da não aplicação de uma delas, pela declaração de alguma das regras como inválida ou pela aplicação de uma exceção à regra que elimine o conflito, em contraste com a forma de resolução do conflito entre princípios, que parte da ideia de ser estabelecido o princípio que prevalece no caso concreto, dando origem a uma regra (JESTAEDT, 2012, p. 155).

A solução da colisão entre direitos fundamentais a partir de sua consideração como regra, para Robert Alexy, não constitui a opção mais adequada. Caso fosse adotada a construção em regras, o legislador, diante da possibilidade de interferir no direito fundamental com base em uma lei, a partir do enunciado do dispositivo constitucional, poderia interferir livremente no direito fundamental autorizado pela cláusula de restrição, ensejando a conclusão de que a disposição de direito fundamental não vincularia o legislador, situação que acarretaria o esvaziamento, em razão de regras, destes direitos constitucionalmente previstos, que não vinculariam o legislador (ALEXY, 2015d, p. 148). Ainda que fosse prevista, na mencionada hipótese, a proibição de ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental, seria possibilitada ao legislador uma liberdade de definir o conteúdo ou núcleo essencial, suprimindo o seu vínculo com o direito fundamental (ALEXY, 2015d, p. 148).

A construção dos direitos fundamentais como princípios, e não regras, em contraste, promove uma interpretação sistemática e uma maior vinculatividade dos direitos fundamentais, que pode ser verificada, por exemplo, no âmbito das restrições aos direitos fundamentais (ALEXY, 2015d, p. 148). Como consequência da resolução



da colisão nestes moldes, nenhum dos princípios ou direitos fundamentais será excluído totalmente na aplicação da disposição normativa ao caso concreto ou declarado “vitorioso” (BARAK, 2012, p. 235).

A partir desta constatação, Robert Alexy (2015a, p. 64) assevera que o problema da colisão será melhor resolvido se for considerado que os direitos fundamentais têm caráter de princípios, sendo estes princípios normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas, representativos de mandamentos de otimização, aplicando-se por ponderação. A medida ordenada do cumprimento do princípio, destarte, depende das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2015a, p. 123).

A consideração dos direitos fundamentais como princípios e a aplicação da proporcionalidade se relacionam, deste modo, à exigência de otimização destes direitos fundamentais, que ensejam a realização dos fins na maior medida do possível (KLATT, MEISTER, 2012, p. 10). A transformação do dever *prima facie* ideal ao dever real e definitivo, configurando as posições fundamentais jurídicas e de deveres definitivos, passíveis de exigibilidade judicial, ocorre, portanto, pela proporcionalidade, que se deixa formular pela lei da ponderação (ALEXY, 2015a, p. 68-69).

Partindo-se do pressuposto de que o direito positivado na Constituição enseja uma pretensão de seu exercício, conclui-se que a validez de um direito impõe limites a excessos de intervenção ou restrição destes direitos e enseja uma regulamentação suficiente ou a realização de atos positivos que possibilitem a concretização de seu exercício (CLÉRICO, 2009, p. 25). Pela proporcionalidade, revela-se possível determinar se um direito afetado pode ser realizado da forma mais ampla possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (CLÉRICO, 2009, p. 25).

O modelo da ponderação pressupõe que aquilo que é devido *prima facie* é mais amplo do que aquilo que é devido definitivamente (ALEXY, 2015d, p. 514). Isso porque o dever ser ideal pode ser entendido como o dever ser *pro tanto*, representativo de um dever ser abstrato ainda não relacionado às limitadas possibilidades dos mundos empírico e normativo (ALEXY, 2015c, p. 202).

A restrição aos direitos fundamentais deve ser, por sua vez, compatível com a Constituição, como ressalta Alexy (2015d, p. 281):

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos

de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. Nesse sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental.

[...] Então, é possível indagar o que faz com que normas sejam restrições a direitos fundamentais.

É recomendável iniciar a resposta com uma observação geral. Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição.

Ao tratar dos direitos fundamentais, neste sentido, Robert Alexy (2015b, p. 210-211) defende que, “para a relação entre a dimensão subjetiva e a objetiva dos direitos fundamentais”, “existe uma presunção em favor da dimensão subjetiva”, tendo os direitos fundamentais caráter de princípio, pois “eles pedem que eles sejam realizados em medida, tão alta quanto possível, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”, de modo que a subjetivação das normas de direitos fundamentais é ordenada *prima facie*. O princípio da proporcionalidade está fundado, neste contexto, na ideia de que os direitos constitucionais são princípios que precisam ser otimizados, pois são normas que exigem que algo seja realizado na maior extensão possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, pois as regras da adequação e necessidade se referem às possibilidades fáticas e a legitimidade e a proporcionalidade em sentido estrito, às possibilidades jurídicas (KLATT; MEISTER, 2012, p. 9-10).

A natureza *prima facie* do direito fundamental não significa que não seja vinculante, porquanto o direito, enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante, não somente um enunciado programático (ALEXY, 2015d, p. 515). A natureza *prima facie* vinculante, com efeito, implica que “a cláusula de restrição desse direito – a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode levar a um esvaziamento do direito” (ALEXY, 2015d, p. 515).

O objeto de controle judicial, por sua vez, não é “saber se foi satisfeito tudo aquilo que o dever *prima facie* exige”, e, sim, “se foi satisfeito aquilo que lhe resta, como dever definitivo, em face dos deveres *prima facie* colidentes” (ALEXY, 2015d, p. 518). No controle judicial, revela-se possível avaliar, ainda, se “à luz dos princípios

colidentes, o dever *prima facie* foi satisfeito em grau suficiente” (ALEXY, 2015d, p. 519).

A adoção desta teoria, com base na teoria dos princípios, permite um caminho intermediário entre a vinculação e a flexibilidade, podendo ser aplicada como uma forma de promover a vinculatividade das disposições constitucionais, sem exigir o impossível:

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais a ser tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validez ou não validez. Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declarada as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação (ALEXY, 2015a, p. 68-69).

O conflito entre direitos fundamentais, a partir da teoria de Alexy, se resolve, portanto, a partir da sua consideração como princípios, o que enseja aos julgadores uma obrigação de realizar uma ponderação e uma otimização no caso concreto (MATHEWS, SWEET, 2008, p. 95). Nos casos em que uma regra colide com um princípio, a resolução do caso por meio da proporcionalidade deve ocorrer pela ponderação entre o princípio que sustenta a regra e o outro princípio colidente (PULIDO, 2014, p. 742).

Compreender os direitos fundamentais como princípios enseja uma relação necessária entre direitos e ponderação, tendo em vista que os princípios, como valores, devem ser redefinidos quando da sua aplicação em casos concretos, possibilitando a otimização dos fins definidos e o delineamento de seu conteúdo por meio da proporcionalidade (YOUNG, 2014, p. 46). O caráter definitivo dos princípios depende da medida em que será aplicado ao caso concreto, após ser oposto a outras disposições legais, com caráter de regras ou de princípios (JESTAEDT, 2012, p. 154). Neste aspecto, defende Pulido (2014, p. 734-735) que apenas mediante o princípio da proporcionalidade se pode estabelecer o grau em que um princípio pode ser realizado na

maior medida, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, raciocínio que será realizado não apenas pelo julgador, como também pelo legislador e administrador.

A partir da resolução da colisão de direitos fundamentais por meio da proporcionalidade, deriva-se uma regra constitucional que limita, em cada caso específico, o escopo constitucional dos princípios em conflito (BARAK, 2012, p. 239). A lei da colisão, de fato, enseja a formulação de regras a partir dos enunciados de preferências condicionadas, indicando as regras, diante de determinadas condições, a consequência jurídica do princípio prevalente (ALEXY, 2015, p. 165).

A proporcionalidade, assim, representa um método para delimitar os conteúdos normativos definitivos de cada disposição constitucional:

O princípio da proporcionalidade desenvolve as exigências dos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática. Esta circunstância deriva porque, na estrutura do princípio, são levados em consideração todos os enunciados constitucionais relevantes para a decisão do caso, assim como a própria lei que intervém no direito fundamental afetado. Entre tais enunciados constitucionais há uma colisão, que afeta somente as suas normas e posições *prima facie*. A solução das colisões entre normas e posições *prima facie* mediante o princípio da proporcionalidade constitui um método para delimitar os conteúdos normativos definitivos de cada enunciado constitucional, tal como um processo por meio do qual se fazem prevalecer as exigências definitivas de um direito ou bem constitucional sobre as exigências definitivas de outro (PULIDO, 2014, p. 774).

A proporcionalidade, ademais, “cumprir a função de estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais que resulta vinculante ao legislador”, de forma a operar como um critério metodológico “mediante o qual se pretende estabelecer quais os deveres jurídicos são impostos ao legislador pelas disposições de direitos fundamentais tipificadas na Constituição” (PULIDO, 2014, p. 100).

A própria delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais depende da ponderação, sendo possível considerar que, mesmo se fossem compreendidos somente como regras, deveriam ser aplicados na lógica do tudo ou nada ou a partir de uma redefinição de seu conteúdo que possibilitasse a sua aplicação ou não a uma situação particular, dado que haveria um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais, resolvido pela definição do escopo de cada direito, indicando que, mesmo na aplicação dos direitos como regra, a definição de seu conteúdo dependeria, em alguma medida, da ponderação (YOUNG, 2014, p. 47).

Diante da necessidade de se resolver a colisão a partir da teoria dos princípios, a fim de conferir uma maior proteção aos direitos fundamentais, principalmente no modelo do Estado Constitucional, a proporcionalidade adquire um *status* também constitucional, na medida em que é inerente à colisão de direitos fundamentais (BARAK, 2012, p. 235). A proporcionalidade tem como fundamento, por consequência, o caráter de princípio dos direitos fundamentais, no sentido de que pode ser deduzida a partir da compreensão da colisão como uma colisão entre princípios (ALEXY, 2015d, p. 407).

Ao abordar a teoria de Robert Alexy de que entre o princípio da proporcionalidade e as normas jusfundamentais com caráter de princípio existe um nexo de implicação recíproca, ou seja, o caráter jurídico dos princípios jusfundamentais, como mandamentos de otimização, implica o princípio da proporcionalidade, Pulido (2014, p. 734-735) menciona que se pode deduzir ou fundamentar o princípio da proporcionalidade a partir do caráter de mandamento de otimização de algumas normas de direito fundamental.

O fundamento para a proporcionalidade, neste sentido, reside no caráter jurídico dos direitos fundamentais, de modo que “os subprincípios da proporcionalidade são o correlato do caráter jurídico dos mandamentos de otimização das normas de princípio” (PULIDO, 2014, p. 760). Em outras palavras, o “princípio da proporcionalidade resulta logicamente da definição de princípios” e a “definição de princípios resulta logicamente do princípio da proporcionalidade”, de forma que “o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquele”, considerando que o princípio da proporcionalidade representa a essência dos direitos fundamentais e está “enraizado no Estado de Direito democrático constitucional” (GAVIÃO, 2011, p. 239).

O princípio da proporcionalidade pode ser deduzido do caráter de mandamento de otimização de algumas normas de direito fundamental, na medida em que as possibilidades fáticas e jurídicas dos princípios dependem, para a sua realização, das razões que derivam de outras normas, como outros direitos fundamentais e bens constitucionais em colisão (PULIDO, 2014, p. 739).

Interessante apontar que a visão de se entender a proporcionalidade como inerente ao conflito de direitos fundamentais não é o único modelo formulado para justificar o fundamento da proporcionalidade aplicada a questões constitucionais, tendo em conta a existência de outras concepções, como as que entendem que a

proporcionalidade deriva da noção de democracia; resulta da concepção do Estado de Direito ou se relaciona com a interpretação da Constituição na sua totalidade.

Para a primeira concepção, a proporcionalidade representa um critério necessário em uma sociedade democrática para realizar a ponderação entre a regra majoritária (aspecto formal da democracia) e os direitos humanos (aspecto substantivo da democracia), no sentido de que as limitações aos direitos fundamentais, que são relativos, se justificam pela necessidade de proteção do interesse público ou dos direitos dos demais indivíduos (BARAK, 2012, p. 214-226). Para a segunda concepção, o Estado de Direito representa uma das razões para se considerar a proporcionalidade como um critério de limitação dos direitos fundamentais, que também adota como parâmetro a necessidade de limitação da decisão da maioria em prol dos direitos fundamentais (BARAK, 2012, p. 226-234). De acordo com a terceira concepção, a interpretação harmônica e integrada da Constituição acarreta a necessidade de se buscar uma harmonia entre os princípios em colisão, o que pode ser realizado por meio da proporcionalidade, mantendo uma unidade da Constituição (BARAK, 2012, p. 238-239).

O modelo de solução da colisão entre direitos fundamentais, considerados como princípios, igualmente se aplica aos direitos a prestação em sentido estrito, principalmente ao se ter em conta que a possibilidade de limitação dos direitos sociais deriva da noção de que os direitos constitucionais não são absolutos (YOUNG, 2012, p. 186). Para a resolução do problema da consideração dos direitos sociais como direitos subjetivos ou não, Alexy compreende que não se pode adotar o modelo de que a Constituição estabelece direitos sociais definitivos e indiscutíveis, na medida em que as exigências prestacionais entram em conflito com outros princípios e direitos, como a competência legislativa, de modo que, para determinar, em cada caso concreto, se uma prestação está justificada, é necessária a aplicação da proporcionalidade entre razões contraditórias que concorrem em maior ou menor medida (SANCHÍS, 2009, p. 205-206).

Como os direitos sociais geralmente se relacionam com obrigações estatais positivas, a sua limitação frequentemente ocorre pela omissão e falha na proteção e promoção destes direitos, privando os indivíduos do seu exercício (YOUNG, 2012, p. 188). Os direitos fundamentais, neste aspecto, podem ser violados por omissões ou ações insuficientes ou defeituosas (CLÉRICO, 2009, p. 321).

A omissão absoluta ou relativa, por constituir uma intervenção em um direito social, por sua vez, deve ser justificada para não ser inconstitucional (PULIDO, 2008, p. 171). Isso decorre do fato de que o Estado, no contexto de obrigação de respeitar, tem o dever de utilizar os recursos disponíveis pela adoção de meios adequados para que os titulares dos direitos sociais possam exercer estes direitos (CARBONELL, 2009, p. 76).

Neste sentido, “Alexy ressalta que a satisfação por parte do Estado das necessidades conexas aos direitos sociais representa um meio indispensável para o exercício da liberdade jurídica”, no sentido de que “a liberdade jurídica se amplia e inclui os direitos sociais em seu âmbito garantidor, ou seja, que os direitos sociais devem ser considerados como direitos fundamentais em virtude de sua função a favor da liberdade” (PULIDO, 2008, p. 147-148). A fundamentação liberal dos direitos sociais, relacionada à sua função como meios para o exercício efetivo das liberdades, pode ser complementada pela ideia de que os direitos sociais, no marco do Estado Social, pretendem satisfazer as necessidades básicas dos indivíduos (PULIDO, 2008, p. 148-149).

O caráter *prima facie* dos direitos sociais permite defender que as intervenções do poder público somente serão constitucionalmente admissíveis se observarem as exigências do princípio da proporcionalidade (PULIDO, 2014, p. 1028). A ideia guia, em relação aos direitos sociais, é também a de que “a todos são conferidas posições no âmbito dos direitos a prestações, na forma de direitos fundamentais sociais que, do ponto de vista constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples” (ALEXY, 2015d, p. 511-512).

A questão sobre quais os direitos sociais que o indivíduo definitivamente tem representa uma ponderação entre princípios, estando de um lado o princípio da liberdade fática e, de outro, os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e da separação de poderes, bem como os princípios materiais referentes sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, a outros direitos sociais e a interesses coletivos (ALEXY, 2015d, p. 512):

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida

relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.

No processo de ponderação, consideram-se, de um lado, o direito social em jogo, e, de outro, os princípios como a democracia e a separação de poderes, bem como direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto (SARMENTO, 2008, p. 567).

As normas de direito fundamental vinculam o Poder Legislativo ao definir as proibições e os deveres que restringem a liberdade do que o legislador democraticamente legitimado pode decidir, limitando as suas competências, o que indica, segundo Alexy (2015d, p. 447), necessariamente uma colisão entre o princípio da democracia, que representa um princípio formal, e os direitos fundamentais.

Acerca do conceito de princípio formal, explica Alexy (2015d, p. 138):

Um princípio formal ou procedimental é, por exemplo, o princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático. Esse princípio formal pode, junto com um princípio substancial que sirva a interesses apenas secundários da sociedade, ser sopesado contra um princípio constitucional garantidor de um direito individual.

O princípio formal, como o da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, não determina nenhum conteúdo, porquanto “apenas diz quem deve definir conteúdos” (ALEXY, 2015d, p. 615). Os princípios formais, que dizem respeito a decisões como a obrigação de seguir a legislação e a discricionariedade política do legislador, diferenciam-se dos princípios substantivos, que “otimizam interesses legais substantivos, como a vida, a propriedade ou a liberdade religiosa” (JESTAEDT, 2012, p. 156).

Ao abordar a necessidade de ponderação de princípios formais, ressalta Klatt (2015, p. 239):

A decisão judicial de casos que envolvem direitos a prestações positivas não é uma tarefa que se resume a garantir o correto equilíbrio entre princípios materiais colidentes, tal como proteger o direito e também a estabilidade do orçamento público. Julgar tais casos implica, igualmente, o dever de estabelecer o correto equilíbrio entre os princípios formais colidentes. Quero dizer com isso que a pretensão de correção, inerente a qualquer decisão judicial, deve abarcar a correção material – que reclama equilíbrio entre



interesses materiais – e também a correção formal, que demanda equilíbrio entre as competências em jogo.

Os direitos sociais, por outro lado, afetam direitos fundamentais de terceiros, como explica Alexy (2015a, p. 61), ao apontar que os direitos sociais implicam redistribuição, nos seguintes moldes:

O cumprimento dos postulados do estado de direito social causa poucos problemas quando um equilíbrio econômico cuida disto, que todos os cidadãos mesmos ou por sua família esteja dotados suficientemente. Quanto menos isso é o caso, tanto mais os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição. Disso existem duas formas fundamentais. A primeira existe quando o estado, por impostos ou outros tributos, proporciona o dinheiro que é necessário para cuidar do mínimo existencial dos carecidos. O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade de atuação geral. Como o estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais não é oportuno citar imediatamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção. Ao contrário, a cobrança de impostos serve imediatamente só à produção da capacidade de atuar financeira do estado. A capacidade de atuar financeira do estado é, bem genericamente, um pressuposto de sua capacidade de atuar. O estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada.

A segunda forma de redistribuição estatal-social não sucede por tesouros públicos, que antes por impostos ou outros tributos foram enchidos, mas diretamente de um para outro cidadão. Assim, trata-se de uma redistribuição direta de um cidadão para outro cidadão [...]. O artigo 7 da constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988, faz uso fortemente de uma tal redistribuição direta ao, por exemplo, o inciso I prescrever uma proteção de rescisão, o inciso IV um salário mínimo, o inciso XIII um horário de trabalho máximo e o inciso XVII férias anuais pagas.

Destaca Leivas (2008, p. 293-295) que a aplicação da proporcionalidade deve levar em conta os direitos fundamentais de terceiros, considerando a possibilidade dos direitos fundamentais sociais de terceiros atuarem como restrições a outros direitos fundamentais sociais:

Tenho que, na apreciação da exigibilidade de uma prestação jus fundamental, há de se ter em vista a escassez de recursos para o custeio das prestações demandadas. Essa escassez obriga o julgador a atentar para o princípio da igualdade no momento de decidir pela demanda posta sob julgamento.

Uma violação do princípio da igualdade ocorreria se, por exemplo, houvesse uma decisão que determine ao poder público a prestação de determinado atendimento de saúde em detrimento de outra pessoa mais necessitada do mesmo tratamento.

Exemplifico com um caso concreto: uma determinação judicial que obrigue um hospital a internar paciente em UTI viola o princípio da igualdade se, para cumprir a decisão, o administrador hospitalar ver-se obrigado a retirar do leito uma outra pessoa que já estava internada.

Portanto, os recursos escassos exigem a observância de um tratamento igualitário. Do contrário, direitos fundamentais sociais de outras pessoas poderiam ser violados.

[...] É função primeira do Legislativo, do Executivo e das instâncias colegiadas a fixação dos critérios de prioridade de atendimentos. Entretanto, o Poder Judiciário pode e deve atuar, quando provocado, para avaliar a proporcionalidade dos critérios ou quando esses critérios inexistem ou são desconhecidos.

No caso dos direitos sociais, a proporcionalidade adquire importância na versão da proibição de proteção deficiente, em contraste com a proibição do excesso, representativa de um critério estrutural para determinar se o ato estatal, por omissão, ofende um direito fundamental de proteção (PULIDO, 2014, p. 1028). A análise da aplicação do exame da proporcionalidade concentra-se na proibição do excesso de restrição, embora seja possível a sua aplicação para os casos de proteção insuficiente, hipótese aplicável aos direitos sociais (CLÉRICO, 2009, p. 320).

Neste contexto, para além dos direitos de defesa, a proporcionalidade é aplicada no sentido da proibição da não suficiência, que “exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos” (LEIVAS, 2008, p. 283).

A proibição de proteção insuficiente e a proibição de excesso representam perspectivas diferentes da proporcionalidade, embora não constituam regras distintas (KLATT; MEISTER, 2012, p. 97-98). A proibição da proteção deficiente, como variação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, contudo, apresenta certas peculiaridades, como destaca Pulido (2008, p. 170-171):

A primeira particularidade da proibição de proteção deficiente consiste em que, geralmente, as intervenções do Estado nos direitos sociais não se concretizam em atuações, mas em omissões. O objeto do controle de constitucionalidade na proibição de proteção deficiente é uma omissão legislativa ou administrativa absoluta ou parcial. Uma omissão parcial é uma atuação estatal que não protege o direito social ou que o protege deficientemente por não favorecer a satisfação da necessidade básica implícita no direito na maior medida possível. Trata-se da execução de uma prestação deficiente por parte do Estado, como, por exemplo, uma prestação precária dos serviços de saúde, que não cubra sequer os serviços de urgência. Neste sentido, produz-se uma intervenção no direito social se a atuação estatal não consegue satisfazer por completo as necessidades básicas protegidas pelo direito.

A proporcionalidade na visão de Robert Alexy, deste modo, constitui a essência dos direitos fundamentais, podendo ser aplicada aos direitos sociais, na perspectiva da proibição da proteção deficiente, considerando ser violados por omissão. A colisão que

envolve direitos sociais, por sua vez, abrange princípios formais, relacionados à competência do legislador e do administrador para a realização das prestações fáticas, e aos direitos de terceiros ou outros interesses coletivos.

### 3.1.2 A proporcionalidade como estrutura racionalizadora da decisão

No modelo do Estado Constitucional, a argumentação jurídica adquiriu importância significativa, porquanto o poder estatal, ao ser limitado pela Constituição e, especificamente, pelos direitos fundamentais, deve ser justificado de um modo muito mais exigente, a indicar uma maior demanda para a argumentação jurídica das decisões do Estado, que se limitam pelas disposições constitucionais (ATIENZA, 2000, p. 11). O Estado carece de fins próprios e existe apenas para salvaguardar os direitos, o que enseja a necessidade de uma justificação racional de qualquer medida que objetive limitar os direitos fundamentais (SANCHÍS, 2009, p. 214). Como resultado, a validade dos direitos impõe limites em relação ao excesso de restrição e à omissão ou ação insuficiente que impossibilite, de forma injustificada, o seu exercício (CLÉRICO, 2009, p. 319).

A proporcionalidade encontra-se inserida, de acordo com Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat (2011, p. 59) na cultura da justificação, representativa da superação da cultura da autoridade, porquanto requer que o Estado apresente uma justificativa substantiva para todas as suas ações, de modo que ter sido o ato autorizado não é uma condição necessária para a sua legitimidade e legalidade.

A ponderação consiste em um modelo de justificação, no sentido de que as preferências condicionadas podem ser justificadas racionalmente por meio deste modelo<sup>9</sup>, indicando a existência de uma relação entre a teoria da argumentação jurídica e o modelo da ponderação (CLÉRICO, 2009, p. 198). A proporcionalidade acentua a necessidade de justificação racional da limitação do direito protegido constitucionalmente, ao impor que a limitação do direito seja decorrente de uma justificativa jurídica (BARAK, 2012, 458).

O efeito racionalizador promovido pela proporcionalidade não se aplica somente ao Poder Judiciário, porquanto o legislador, ao estabelecer uma lei que limite o direito

---

<sup>9</sup> De acordo com Alexy (2015a, p. 131), a legitimidade da ponderação no Direito depende de sua racionalidade, que pode ser buscada por meio da fórmula peso, consistente em um modelo matemático que permite verificar a ponderação entre dois princípios colidentes, a saber,  $P_i$  e  $P_j$ , assunto que será abordado no tópico atinente à estrutura da proporcionalidade.

constitucional, deve considerar que a limitação pode ser justificada, e o administrador, ao atuar, deve considerar que a ação estatal pode afetar o direito fundamental apenas se houver uma justificativa para tanto (BARAK, 2012, p. 459). A proporcionalidade, no ponto, pode ser responsável pela criação de pautas argumentativas “que impõem ao intérprete/aplicador do direito uma série de tarefas para o enfrentamento de questões ou condições jurídicas e fáticas que podem conduzir à racionalidade, afastando ou minimizando a participação de motivos não controláveis no momento da determinação do sentido e extensão da norma no caso” (SCHIER, 2015, p. 294).

Para Alexy (2015d, p. 165), não se pode adotar um modelo decisionista de ponderação, baseado única e exclusivamente nas concepções subjetivas do julgador, em que o enunciado de preferência condicionada é resultado de um processo psíquico que não pode ser controlado racionalmente, sendo o mais correto adotar o modelo fundamentado, que “distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação”, permitindo relacionar o postulado da racionalidade da ponderação à fundamentação do enunciado de preferência, no sentido de que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”.

A aplicação da proporcionalidade permite relacionar normas abstratas e circunstâncias concretas de cada caso em um discurso racional (JESTAEDT, 2012, p. 158). Por meio da lei da ponderação, compreendida como modelo de justificação racional, enfatiza-se “a necessidade de justificação da regra de preferência condicionada” e “o que deve ser fundamentado, possibilitando a justificação de uma decisão normativa no contexto da dogmática constitucional”, evitando a arbitrariedade na decisão (CLÉRICO, 2009, p. 198).

De acordo com Barak (2012, p. 460-467), adotar a estrutura da proporcionalidade apresenta vantagens, consistentes na transparência, ao permitir o reconhecimento das etapas e dos fundamentos da decisão, o que é fundamental em uma democracia; na maior possibilidade de serem levados em conta os pesos de cada princípio em determinado caso, e na garantia de um diálogo entre legislador e julgador, permitida pela transparência. A proporcionalidade, ainda, confere operatividade ao princípio da unidade da Constituição, considerando que a sua aplicação leva em conta todos os enunciados constitucionais relevantes para a decisão no caso concreto (PULIDO, 2014, p. 702-703).

O modelo da ponderação, como ressalta Alexy (2015d, p. 173-174), oferece um critério, ao estabelecer o que deve ser fundamentado de forma racional:

Ainda que o sopesamento em si não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional.

Para proporcionar uma fundamentação racional, a proporcionalidade deve se compatibilizar com a correção, objetividade e fundamentação (ALEXY, 2015b, p. 157).

A racionalidade da ponderação depende das razões da ponderação, considerando que ponderação e argumentação devem estar relacionadas, indicando a necessidade de menção às razões que justificam a preferência de um dos princípios em colisão, do que se denota que “uma ponderação é racional se a regra de preferência pode ser justificada por intermédio de uma argumentação racional” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 284).

A proporcionalidade compreendida no contexto da necessidade de justificação racional da decisão relaciona-se ao tema da fundamentação jurídica, tratada por Robert Alexy como um caso especial.

A fundamentação jurídica diz respeito a questões práticas, ou seja, ao que é obrigatório, proibido e permitido, sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, “caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática” (ALEXY, 2015d, p. 548). Como as regras e as formas de argumentar jurídico não apontam para um único resultado em cada caso concreto, diante das valorações que não podem ser deduzidas diretamente do material normativo pré-existente, a racionalidade do discurso jurídico depende de se saber se as valorações adicionais podem ser controladas racionalmente, e em qual extensão, de forma que “a questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos prático ou morais gerais” (ALEXY, 2015d, p. 548-549).

A argumentação jurídica, sendo um caso especial da argumentação prática geral, permite que as regras do discurso prático geral possam ser utilizadas para a justificação da regra de precedência condicionada (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 284). As razões da ponderação não podem conter contradições, devem se apoiar em premissas que sustentem logicamente a relação de precedência, devem poder ser universalizadas para

outros casos semelhantes, se apoiar em conceitos dogmáticos aceitos e em precedentes e não devem contrariar as normas jurídicas do sistema jurídico (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 283-294).

Salienta Alexy (2015d, p. 166) que “os demais cânones da interpretação e argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos em geral, além de formas específicas de argumentação jurídica, podem sempre ser utilizados”, de modo que “para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas”.

No mesmo sentido, destaca Pulido (2014, p. 690-700) que o princípio da proporcionalidade, apesar de se distinguir dos cânones de interpretação, pode ser por eles complementados, na medida em que representam os instrumentos metodológicos para esclarecer o sentido ou o significado das disposições de direito fundamental, fundamento pelo qual estes cânones de interpretação, como a interpretação literal, teleológica e histórica, assumem um papel complementar na estrutura do princípio da proporcionalidade. A aplicação do princípio da proporcionalidade também se complementa pelos princípios específicos da interpretação constitucional, dentre os quais se destacam os princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da conformidade funcional, da concordância prática, da força normativa da Constituição e da interpretação das leis conforme a Constituição, porquanto estes devem ser utilizados quando da interpretação das disposições constitucionais (PULIDO, 2014, p. 701-716).

A ponderação é racional, por sua vez, quando “a regra de preferência pode ser justificada por intermédio de uma argumentação racional” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 284). As proposições e decisões relacionadas com a ponderação devem ser justificadas por argumentos dentro de uma estrutura lógica, sendo relevantes a justificação argumentativa interna, relativa à “validade das inferências a partir das premissas dadas até a conclusão”, isto é, à “validade do silogismo jurídico sob o ponto de vista da lógica formal”, e a justificação argumentativa externa, referente à “justificação das premissas usadas na justificação interna das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas”, demonstrando-se ser de acordo com os critérios de validez do ordenamento jurídico (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 167 e 190-191).

Como resultado da ponderação, que consiste em um procedimento de aplicação jurídica por meio do qual se estabelecem as relações de precedência entre os princípios em colisão, resulta uma regra, que expressa esta relação de precedência entre os princípios no caso concreto, sendo tal regra uma norma fundamental associada, que opera como a premissa maior da fundamentação da sentença que resolve o caso concreto (PULIDO, 2014, p. 735). As regras expressam determinações do dever ser ideal que foram relacionadas a princípios contrapostos e adquiriram, assim, a concreção definitiva, possibilitando o conhecimento sobre comportamentos ordenados, proibidos e permitidos pelos direitos fundamentais (PULIDO, 2014, p. 737-738).

As regras jusfundamentais podem ser normas diretamente estatuídas, normas atribuídas que claramente derivam dos pressupostos de fato das normas diretamente estatuídas e as normas atribuídas que foram concretizadas em casos anteriores, ou seja, precedentes (PULIDO, 2014, p. 737-738).

A lei da ponderação, destarte, “estabelece uma relação entre graus de realização ou de afetação e importância de realização de dois ou mais princípios, representando um procedimento de justificação da decisão, sem indicar, por si só, a relação de prioridade condicionada que soluciona a colisão de princípios” (CLÉRICO, 2009, p. 196).

O resultado da ponderação pode ser compreendido como uma regra a ser universalizada, a fim de que o modelo de ponderação seja orientado por regras:

Quem pondera no âmbito do direito constitucional deve estar consciente de que o resultado da ponderação é mais do que um mero resultado. Do ponto de vista dos destinatários (diretos e potenciais) deste resultado, quem pondera deve ter a pretensão de que, diante de casos iguais ou similares, o resultado da ponderação é *prima facie* vinculante para a resolução do caso novo. Neste sentido, possível referir-se a uma universalização do resultado da ponderação. Deste modo, um resultado regra da ponderação é universalizável se aplicada para a solução de um novo caso, hipótese que surge quando as condições do antecedente do resultado regra da ponderação e as circunstâncias do novo caso concreto podem se justificar como iguais ou similares.

Deste modo, pode-se conciliar no modelo de ponderação orientado por regras, de um lado, a consideração do concreto em cada caso e, por outro, a universalização, ao mesmo tempo em que a regra resultado da ponderação não vale de forma definitiva. Sem consideração das circunstâncias concretas do novo caso, não se pode justificar a referida igualdade ou semelhança entre os casos (CLÉRICO, 2009, p. 182).

O surgimento de uma regra como resultado da ponderação, segundo Alexy (2015a, p. 94), pode ser explicado pela lei da colisão, segundo a qual “as condições que determinam a precedência de um princípio em relação a outro constituem um

fundamento de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”. Pela lei de colisão, portanto, o resultado da ponderação resulta em uma regra, que determina a relação de precedência condicionada entre os princípios em conflito (PULIDO, 2014, p. 741).

Importante considerar, por fim, que a aplicação da lei da ponderação não oferece um critério material para a solução do caso concreto, na medida em que evidencia a forma pela qual deve ser justificada a relação de prioridade condicionada, permitindo uma justificativa da correção material da ponderação no caso dado (CLÉRICO, 2009, p. 202). A correção procedimental, em outras palavras, não assegura uma correção material da decisão (CLÉRICO, 2009, p. 202).

### **3.2 A Estrutura da Proporcionalidade na Perspectiva da Proibição de Proteção Deficiente**

O presente tópico compreende a estrutura da proporcionalidade, visualizada a partir de seus três princípios parciais, tanto no viés da vedação do excesso, aplicada aos direitos de defesa e representativa do padrão a ser utilizado na solução de colisão entre direitos fundamentais, como no da proibição da proteção deficiente, representativa do modelo adotado no âmbito dos direitos sociais, que apresenta características específicas em relação à proporcionalidade aplicada aos direitos de defesa.

#### **3.2.1 Os princípios parciais da adequação e necessidade**

Os princípios parciais da adequação e da necessidade representam a otimização relativamente às possibilidades fáticas, em contraste com o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que se relaciona com as possibilidades jurídicas (ALEXY, 2015a, p. 110).

Nas palavras de Alexy (2015a, p. 110), a adequação ou idoneidade representa a otimização relativamente às possibilidades fáticas, de modo a excluir “o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir”. A idoneidade “indaga se a medida, que configura uma intervenção em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo protegido constitucionalmente”, do que se denota que a medida de intervenção



em um determinado direito fundamental não será justificada se não promover a realização de outro direito fundamental, porquanto a medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser idônea à realização de um fim constitucionalmente legítimo (GAVIÃO, 2011, p. 241).

Sobre o que representa um fim constitucionalmente legítimo, afirma Gavião (2011, p. 240):

Um fim é legítimo quando não está proibido de modo definitivo, explícita ou implicitamente, pela Constituição. Os direitos fundamentais somente podem suportar intervenções justificadas pela realização de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos protegidos pela Constituição. A intervenção na liberdade de iniciativa privada e atividade econômica, consistente na obrigação de as indústrias de cigarros colocarem advertência quanto aos riscos de fumar, é medida idônea para promover a saúde pública, bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido. Do mesmo modo, a intervenção no direito à privacidade e à intimidade de uma pessoa, consistente no recolhimento de material genético da placenta havida do nascimento de uma criança para fins de realização de perícia em investigação criminal destinada à apuração de crime de estupro, é meio idôneo para realizar o direito de proteção à honra dos agentes policiais e proteção dos bens jurídicos coletivos da moralidade administrativa, persecução penal pública e segurança pública.

Quando se cuida de uma intervenção legislativa em um direito fundamental, um aspecto prático do exame da idoneidade é a determinação do fim mediato e imediato da normalização infraconstitucional. O fim mediato é o que é exigido por outro direito fundamental ou proteção de bem jurídico coletivo constitucional. O fim imediato do legislador é o estado de coisas que se pretende alcançar.

O meio, por sua vez, representa “um estado de coisas que se provoca para atingir o fomento de um fim”, implementando-se por meio de alguma norma jurídica, ato jurídico ou conduta, de modo que a implementação do fim por meio da norma jurídica busca atingir este estado de coisas (CLÉRICO, 2009, p. 55). O estado de coisas pode ser, a depender do fim, promovido pela execução de um fazer ou de um não fazer (CLÉRICO, 2009, p. 55).

Na verificação do meio, no contexto do princípio parcial da adequação, importante ressaltar a existência de dois modelos para a eleição dos meios que promovem o fim almejado.

No primeiro modelo, exige-se que o meio alcance o fim na maior medida do possível, tanto sob o ponto de vista quantitativo (mais alto alcance), como também qualitativo (o que melhor alcança) e da probabilidade (o que será alcançado com maior certeza), de modo que o meio, para ser escolhido, deve ser o que melhor promove a relação entre meio e fim, desclassificando-se todos os demais (CLÉRICO, 2009, p. 82).

Como este primeiro modelo busca a situação ideal, serve de orientação regulativa, no sentido de que o legislador e o administrador devem se orientar pela busca do melhor meio, não sendo possível, contudo, exigir que em todas as situações se deva exigir a escolha do meio mais adequado em todos os aspectos, diante da impossibilidade de realização do ideal em todo e qualquer caso (CLÉRICO, 2009, p. 82).

No segundo modelo, não se exige que o meio fomente o fim na maior medida do possível, da melhor maneira e com o maior grau de probabilidade de alcançar o fim, porquanto basta uma relação de contribuição do meio em relação ao fim, de forma que será adequado o meio que, em abstrato, aumente o fim (CLÉRICO, 2009, p. 83). A escolha entre os meios influencia a intensidade do controle judicial, realizado posteriormente, dos atos do legislador e do administrador, tendo em conta que, no segundo modelo, somente será considerado inadequado o meio que evidentemente não promove o fim almejado, devendo as demais questões, como a justificativa da restrição ao direito ou existência de outros meios, serem resolvidas nas etapas subsequentes da proporcionalidade (CLÉRICO, 2009, p. 84).

O princípio parcial da adequação estabelece, como premissa, que toda a intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir com a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo, de modo que o fim deve ser legítimo e o meio deve ser adequado para a sua obtenção (PULIDO, 2014, p. 875). O princípio parcial da adequação, assim, tem por objetivo verificar se as medidas adotadas pelo Estado são idôneas para atingir o fim estatal legítimo (CLÉRICO, 2015, p. 76).

O meio ou fim são ilegítimos quando estão proibidos pela Constituição de forma expressa ou implícita, podendo a proibição se dar de forma definitiva, quando “a Constituição expressa ou implicitamente não autoriza que tomem parte em uma ponderação, ou seja, que colidam com direitos fundamentais ou outros bens jurídicos constitucionais”, indicando uma disposição constitucional com natureza de regra, a exemplo da proibição da escravidão e da tortura, ou *prima facie*, quando os argumentos que justificam os fins ou os meios se fundamentam em normas constitucionais que, embora proibam, admitem exceções, de modo que não são ilegítimos quando, após o exame da proporcionalidade, podem ser justificados por razões suficientes (CLÉRICO, 2009, p. 85-86).

Na escolha dos meios, deve ser considerado o peso abstrato dos princípios relacionados ao princípio democrático, relacionado ao valor epistêmico da democracia, nos seguintes termos:

[...] Quanto mais ampla tenha sido a discussão no contexto do procedimento democrático sobre a justificação da solução da tensão entre os direitos e/ou bens coletivos constitucionais em conflito, e quanto mais se garantiu a possibilidade de participação real e igualitária dos afetados pela discussão da decisão majoritária, maior deve ser o peso *prima facie* do argumento de respeito à decisão do legislador eleito democraticamente. Ao contrário, quanto menor for a discussão e as possibilidades reais de participação, menor será o peso do argumento relacionado à decisão do legislador eleito democraticamente (CLÉRICO, 2009, p. 226-227).

No âmbito dos direitos a prestação, a importância de se considerar a discricionariedade para a escolha dos meios é ressaltada pela indefinição constitucional em relação aos meios a serem utilizados para a promoção do fim (ALEXY, 2015d, p. 586). A legitimidade democrática do legislador, referente à sua maior capacidade de avaliar adequadamente o estado de coisas, contudo, deve perder peso quanto mais intensa for a restrição do direito no caso concreto, justificando um controle judicial mais intensivo (CLÉRICO, 2009, p. 349).

A proporcionalidade se compõe, ainda, do princípio parcial da necessidade. Pela necessidade, que igualmente se refere à otimização relativamente às possibilidades fáticas, deve ser considerado que, se dois meios idôneos fomentam igualmente um determinado princípio, então deve ser escolhido aquele que intervém de forma menos intensa no outro princípio em colisão (ALEXY, 2015a, p. 110).

Pelo princípio parcial da necessidade, investiga-se se a restrição ao direito fundamental poderia ser evitada, ou seja, se poderia ser atingido o mesmo estado de coisas com meios menos restritivos aos direitos em questão, verificando-se, portanto, a existência de meios alternativos (CLÉRICO, 2015, p. 76). O princípio parcial da necessidade pressupõe a existência de pelo menos um meio alternativo para a medida adotada e exige que toda a medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito fundamental afetado (PULIDO, 2014, p. 932-933).

No princípio parcial da necessidade, realiza-se uma comparação entre meios, a fim de que seja verificado se existe a possibilidade de se evitar ou reduzir a restrição ao direito fundamental pela aplicação de meio diverso (CLÉRICO, 2009, p. 101). No contexto da concepção formal-procedimental da necessidade, que tem como objetivo o estudo de sua estrutura, o princípio parcial abrange uma relação de meio e fim, no sentido de que há uma comparação dupla, envolvendo o fomento do fim pelo meio alternativo em comparação com a forma pelo qual o meio escolhido promove este fim e a realização do direito fundamental afetado, em termos de sua restrição pelos meios em

questão (CLÉRICO, 2009, p. 160). A concepção formal-procedimental deve ser complementada pela concepção material do exame, que pressupõe a aplicação de regras para a determinação de quando o meio é menos lesivo, consistentes nas regras da evidência, que determina que o meio menos lesivo representa aquele que claramente promove uma limitação menor ao direito afetado (CLÉRICO, 2009, p. 162).

Segundo Barak (2012, p. 323), a necessidade se deixa compor por dois requisitos, a saber, que exista um meio hipotético capaz de atingir o fim visado pela Constituição de forma semelhante ou melhor do que aquele meio usado pela lei que restringe o direito fundamental, e que este meio hipotético limite o direito fundamental de forma menos intensa do que o meio utilizado pela lei limitadora.

Sobre a necessidade, detalha Laura Clérico (2015, p. 82):

O segundo subteste do exame da proporcionalidade, o teste de necessidade, examina a restrição ao direito por meio de um exame dos meios alternativos. Examina-se se a justificação da restrição ao direito afetado é excessiva se pudesse ter sido evitada ou se o direito pudesse ter sido restringido em menor medida por um meio alternativo menos lesivo. Trata-se também, de forma predominante, de uma análise da relação empírica entre a medida estatal e o direito restringido. A diferença em relação à adequação é a de que essa relação empírica é comparada a outras alternativas. A estrutura do exame do meio alternativo menos lesivo apresenta, ao menos, três elementos e duas comparações: pressupõe, como o exame da adequação, (a) uma relação da medida estatal e do direito ou fim promovido, ainda que mais completa, pois indica a existência de mais de um meio idôneo – sem comparação de meios não pode ser realizado o exame; (b) a comparação é dupla: os meios alternativos se compararam com a medida estatal implementada em relação ao fomento do fim estatal (exame dos meios alternativos em relação à idoneidade), e em relação à intensidade da afetação do direito (exame de meios alternativos que menos limitem o direito).

A necessidade enseja a verificação da “idoneidade equivalente ou maior das medidas alternativas para a promoção do fim imediato” e da “escolha da medida com menor grau de intensidade de intervenção nos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos”, como explica Gavião (2011, p. 245-246):

A primeira questão diz com a análise comparativa entre a medida alternativa e a medida escolhida ou a ser escolhida para promover o fim exigido por um direito fundamental. O desafio, portanto, está em aferir o grau de intensidade das medidas alternativas. Novamente coloca-se o problema de verificação da intensidade a partir dos critérios quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Uma medida alternativa deve promover a realização de Pj: i) pelo menos na mesma quantidade que a medida escolhida; ii) de modo igual ou melhor e iii) com a mesma ou maior probabilidade. Outra sugestão é considerar a idoneidade das medidas alternativas desde a i) perspectiva da eficácia – a medida alternativa deve ser tão ou mais eficaz que a medida escolhida ou a ser escolhida para a promoção do fim; ii) perspectiva temporal – desde que a

medida alternativa seja tão ou mais rápida para a promoção do fim do que a medida escolhida ou a ser escolhida; iii) perspectiva da realização do fim – a medida alternativa promova o fim em tão ou mais aspectos relevantes quanto à medida escolhida ou a ser escolhida; perspectiva de probabilidade – a medida alternativa deve promover o fim com igual ou maior segurança que a medida escolhida ou a ser escolhida.

[...] O outro lado desse princípio parcial coloca a questão de que, pelo menos uma das medidas alternativas que passaram no primeiro filtro, intervenha com intensidade de menor grau no direito fundamental ou nos outros direitos fundamentais ou nos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, comparativamente a todas as outras. O objetivo é investigar se não existe, entre as medidas consideradas idôneas, uma que não restrinja posições fundamentais jurídicas *prima facie* de direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos ou, senão isso, que o faça em grau inferior que todas as outras.

Essa investigação, sob o ponto de vista empírico, deve buscar verificar a medida alternativa menos restritiva quanto à eficácia, rapidez, probabilidade e afetação do conteúdo das posições fundamentais jurídicas *prima facie* do objeto do direito fundamental ou dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos objeto da intervenção. Assim, se é o caso de existir uma medida alternativa que restringe negativamente com menor eficácia, menos tempo e menos probabilidade as posições fundamentais jurídicas *prima facie* do direito fundamental em colisão ou do bem jurídico coletivo, a medida legislativa, administrativa ou judicial escolhida não satisfaz o princípio parcial da necessidade.

O princípio parcial da necessidade relaciona-se com a ideia da eficiência ou da otimização de Pareto, ou seja, de que não deve existir nenhum outro meio alternativo que atinja o fim visado com igual ou melhor eficiência e menor limitação ao outro direito fundamental em colisão (BARAK, 2012, p. 320-321). Não significa, por outro lado, a adoção do meio que menos restringe o direito fundamental em colisão, dado que o meio menos restritivo deve também possibilitar atingir o fim na mesma ou em maior extensão em relação aos demais meios disponíveis, dado que a necessidade representa uma escolha do meio menos restritivo dentre aqueles que promovem o fim visado pelo princípio (BARAK, 2012, p. 321).

Importante considerar que a escolha do meio menos restritivo não deve ser utilizada como um pretexto para o aumento das despesas públicas e para a reordenação das prioridades orçamentárias, tampouco como uma justificativa para limitações posteriores em outros direitos do indivíduo ou da coletividade (BARAK, 2012, p. 326).

Revela-se possível constatar uma violação ao cumprimento de uma obrigação de proteção ou de prestação jusfundamental quando as medidas estatais sejam inidôneas ou defeituosas para alcançar o fim de proteção obrigatório ou quando o poder estatal permaneça totalmente inativo, de modo que “é necessária uma proteção adequada, em relação aos bens jurídicos que colidem” e eficaz, devendo “as medidas legislativas ser suficientes para alcançar a proteção adequada e eficaz” (CLÉRICO, 2009, p. 328).

No âmbito do princípio parcial da adequação, o exame da proibição por omissão ou ação insuficiente também pressupõe uma relação de meio e fim, considerando que o meio escolhido pode ser insuficiente ou defeituoso para promover o direito fundamental de prestação (CLÉRICO, 2009, p. 328). As diferenças em relação à proibição por excesso são as de que, na proibição por omissão ou insuficiência, o meio pode ser indeterminado, assim como a de que, na proteção insuficiente, existe uma obrigação constitucional ao Estado de agir, possibilitando uma maior e melhor realização do direito de prestação, em contraste com a proibição do excesso, em que o fim estatal determinado pelo legislador não necessariamente enseja uma obrigação constitucional, sendo suficiente que o fim não esteja definitivamente proibido na Constituição (CLÉRICO, 2009, p. 331).

Sobre o princípio parcial da idoneidade no viés da proibição de proteção deficiente, esclarece Pulido (2008, p. 171):

No que concerne ao subprincípio da idoneidade, uma omissão estatal absoluta ou relativa será inconstitucional quando não estiver justificada por favorecer a realização de um fim legislativo que seja constitucionalmente legítimo. Isso quer dizer que a não satisfação arbitrária dos direitos sociais está proibida pela Constituição. Para que dita não satisfação seja legítima é necessário que ela esteja justificada pela necessidade de atender a outros fins constitucionalmente legítimos, que aconselhem a omissão estatal ou a satisfação apenas parcial do direito. Toda omissão arbitrária é suscetível de ser declarada inconstitucional.

Na hipótese da proibição por omissão ou insuficiência, aplicam-se as regras sobre a determinação do fim a ser perseguido pelo Estado, embora seja necessário verificar a medida do fomento do fim estatal de prestação positiva por um meio tanto em um nível abstrato e geral, como concreto e específico ao caso concreto, de forma que o meio pode ser idôneo no plano abstrato, ao possibilitar o exercício do direito a uma prestação, e não no caso concreto (CLÉRICO, 2009, p. 333).

Possível verificar, neste sentido, quatro resultados para o exame de idoneidade na proibição por omissão ou insuficiência, de acordo com o fomento abstrato e geral (indicado como hipótese *a*) e concreto no caso individual (indicado como hipótese *b*):

1) quando o meio não fomenta o fim estatal perseguido, nem a realização do direito de prestação positiva (que pode ou não coincidir com o fim estatal perseguido) em relação a *a* e *b*, então estamos diante da situação de um caso claro de falta de idoneidade do meio, ou seja, a ação é insuficiente e, neste caso, a omissão está injustificada e não é proporcional em sentido amplo;

2) quando o meio fomenta o fim estatal e a realização do direito de prestação positiva (que pode ou não coincidir como fim estatal perseguido), em relação a *a* e *b*, estamos na presença de um caso claro de idoneidade do meio, devendo se passar ao exame do meio alternativo e da proporcionalidade em sentido estrito;

3) quando o meio fomenta o fim estatal e a realização do direito de prestação positiva (que pode ou não coincidir como fim estatal perseguido) no caso *a*, mas não no *b*, o meio é idôneo em um sentido fraco, devendo se passar ao exame do meio alternativo e da proporcionalidade em sentido estrito. A falta (ou insuficiência) de idoneidade do meio no caso *b* indica um argumento de peso contra a proporcionalidade do meio atacado e representa um argumento a favor de uma proteção adequada do direito de prestação no exame da proporcionalidade em sentido estrito;

4) quando o meio não fomenta o fim (qualquer dos dois) no caso *a* e só no caso *b*, o meio é idôneo no sentido fraco, devendo ser realizado o exame do meio alternativo e da proporcionalidade em sentido estrito (CLÉRICO, 2009, p. 335).

A estrutura da idoneidade, para direitos a prestação, é a mesma daquela do mandado de proibição de excesso, sendo as diferenças relativas à ampliação dos fins quando não coincidentes com a realização do direito restringido e à dupla exigência de idoneidade, diante das particularidades do meio no caso concreto (CLÉRICO, 2009, p. 335). Em relação à adequação na perspectiva da proibição de proteção deficiente, deve ser considerado que “uma medida estatal é adequada no sentido da proibição da não-suficiência caso ela seja apta a alcançar ou promover o objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir” (LEIVAS, 2008, p. 283).

Para avaliação do meio, no caso de direitos a prestações, podem ser considerados a particularidade da matéria legislada, os bens jurídicos em jogo e a intensidade da restrição do direito fundamental afetado (CLÉRICO, 2009, p. 337). Na perspectiva da proibição da proteção deficiente, “uma medida não é necessária caso, por outro meio, é alcançado em igual ou maior medida, a realização do objetivo exigido pela norma, que obriga o Estado a agir, porém posições jusfundamentais colidentes são atingidas menos fortemente” (LEIVAS, 2008, p. 284).

Acerca do princípio parcial da necessidade no viés da proibição de proteção deficiente, esclarece Pulido (2008, p. 171):

[...] Em segundo lugar, toda omissão estatal absoluta ou relativa deve cumprir as exigências do subprincípio da necessidade. De acordo com este subprincípio, uma omissão estatal absoluta ou relativa será inconstitucional quando exista outra omissão ou outra medida legal alternativa que favoreça a realização do fim constitucionalmente legítimo do legislador ou da administração pelo menos com a mesma intensidade e, por sua vez, permita uma maior realização do direito social. Esta é uma aplicação do chamado ótimo de Pareto. Pode-se pensar, por exemplo, que o legislador tenha adotado a medida M1 para proteger um direito social DS, e M1 protege apenas este

direito em um percentual de 70%, mas essa proteção deficiente se justifica porque desta maneira se alcança o fim constitucional FC em um grau de 40%. Segundo o princípio da necessidade, M1 é inconstitucional se existe uma medida alternativa M2 que consegue proteger FC também em um grau de 40%, mas protege DS em 75%. Desta maneira, o Estado está obrigado a adotar os meios que ofereçam um equilíbrio ótimo entre os direitos sociais e os demais fins constitucionalmente legítimos que deva proteger.

A limitação do direito de prestação pode ser insuficiente ou defeituosa se pudesse ter sido evitada por meio da adoção de um meio alternativo mais idôneo, isto é, que permita uma maior realização do direito de prestação, devendo ser realizada uma comparação entre os meios alternativos e o meio atacado em relação à promoção do direito de prestação em maior medida, de modo a se investigar se era possível “desde o ponto de vista fático uma maior ou melhor realização do direito de prestação” e se existiam condições de se evitar de restringir este direito por omissão ou ação insuficiente ou defeituosa (CLÉRICO, 2009, p. 346).

### 3.2.2 O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito e a fórmula peso

O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, conhecido como ponderação, relaciona-se com as possibilidades jurídicas de cumprimento do princípio, cujo âmbito é determinado, em essência, por princípios em sentido contrário, dentro do contexto da ideia de se buscar a otimização dos princípios no sistema, produzindo-se coerência (ALEXY, 2015a, p. 123).

Refere-se, desta forma, ao “cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas” (GAVIÃO, 2011, p. 249). Explica Barak (2012, p. 346), no ponto, que a proporcionalidade em sentido estrito permite que a validade de um princípio não anule a validade do outro princípio em colisão, ao preservar o seu núcleo essencial, considerando que avalia o peso de cada um no conflito concreto.

O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com a importância da realização do fim em relação à intensidade da limitação do direito fundamental, causada pela persecução do fim da medida estatal (CLÉRICO, 2009, p. 163). Nesta etapa do exame da proporcionalidade, a ideia central é a de que há colisões entre direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais, que demonstram que o exercício dos direitos fundamentais pode limitar outros direitos constitucionalmente previstos (CLÉRICO, 2009, p. 174). A colisão entre direitos fundamentais e/ou bens coletivos constitucionais ocorre quando “em uma situação determinada não podem ao



mesmo tempo ser realizados de forma completa”, indicando que a realização de um depende da restrição do outro e vice-versa (CLÉRICO, 2009, p. 175).

O referido princípio parcial pode ser compreendido por meio da lei da ponderação, que determina que “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2015a, p. 111). Avalia-se a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim almejado pela intervenção, para que se averigue se a importância da realização deste fim supera a importância da intervenção no direito fundamental (PULIDO, 2014, p. 962).

Sobre as etapas que compõem a lei da ponderação, ressalta Alexy (2015a, p. 133):

A lei da ponderação deixa reconhecer que a ponderação deixa decompor-se em três passos principais. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

Pela lei da ponderação, revela-se possível concluir que:

- uma interferência muito intensiva no direito fundamental limitado deve ser justificada por meio de razões urgentes e muito importantes que favorecem a realização do direito fundamental ou bem constitucional em colisão;
- uma interferência média deve ser justificada por razões importantes, no mínimo;
- uma interferência leve ou insignificante deve ser justificada, ao menos, por meio de razões constitucionalmente legítimas, ou seja, que não estão expressamente proibidas pela Constituição. (CLÉRICO, 2009, p. 201).

Na etapa da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se a relação entre a intensidade da restrição ao direito fundamental em questão e a importância de satisfação dos demais direitos, objetivando-se apreciar se a medida foi adotada de forma justificada (CLÉRICO, 2015, p. 76). O grau de restrição de um princípio não se confunde com a intensidade da restrição, tendo em vista que o grau de restrição diz respeito à extensão da limitação em um contexto geral e a intensidade de restrição, à extensão da restrição no específico caso concreto, tendo como pressuposto o fato de que nem sempre a extensão em geral representa a mesma intensidade da restrição ao particular em determinado caso concreto (CLÉRICO, 2009, p. 228).

A limitação ao direito fundamental, nesta linha de raciocínio, depende de uma relação de proporcionalidade entre os benefícios proporcionados pela otimização de uma das finalidades e o prejuízo causado ao outro direito fundamental em colisão para que se obtenha aquela finalidade (BARAK, 2012, p. 340). Ao contrário dos princípios parciais da adequação e da necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito se baseia na ponderação, ao realizar uma comparação entre o propósito da lei limitadora do direito fundamental e a restrição causada pela limitação deste direito fundamental (BARAK, 2012, p. 344).

Revela-se necessária a ponderação naqueles casos em que custos ou sacrifícios a um dos princípios não podem ser evitados (ALEXY, 2015a, p. 111). A necessidade da ponderação revela-se central na relação entre direitos e interesses públicos e entre direitos fundamentais, por evidenciar que o Direito não significa “tudo ou nada”, diante da complexidade de valores e princípios compreendidos na sociedade democrática e do inerente conflito constitucional entre valores e princípios (BARAK, 2012, p. 345-346).

A determinação do peso abstrato dos princípios depende da consideração de critérios para além da ponderação, consistentes na determinação do peso abstrato por meio da determinação da força dos interesses, da conexão do princípio com outros princípios e do conjunto de decisões anteriores (CLÉRICO, 2009, p. 221). A conexão com outros princípios relevantes pode ser determinada pela prática constitucional em questão, como ocorre em Estados com democracias constitucionais, em que se pode verificar que o peso abstrato de um princípio será alto se for relacionado com a proteção e respeito à dignidade humana e à proteção ao princípio democrático (CLÉRICO, 2009, p. 223). Em relação à consideração de decisões anteriores, importante considerar que estas podem ter sido tomadas pelo legislador, administrador ou julgador, devendo ser observado que o peso não deve ser atribuído pela autoridade de quem toma a decisão, e sim pelas características do procedimento e da medida em que a decisão pode se compatibilizar com uma pretensão de universalização, no sentido de que pode ser aplicada a casos similares (CLÉRICO, 2009, p. 226).

A verificação dos graus de intensidade de intervenção deve ser realizada em três passos, conforme salienta Gavião (2011, p. 249):

[...] i) deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio – ou o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; ii) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido

contrário – ou o grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; iii) deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio – ou se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental.

No caso da proibição de omissão, não há modificações substanciais em relação ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, como explica Clérico (2009, p. 361):

Como no mandado de proibição por excesso, é necessário determinar a intensidade de não realização do direito em sua função de prestação causada pela omissão, ação insuficiente ou defeituosa. Para isso, deve ser considerado, ainda, como impacta a não realização do direito de prestação no plano de vida dos afetados e de acordo com seus interesses e necessidades argumentáveis. Há um papel importante em se determinar se o afetado pertence a um grupo de pessoas que sistematicamente tenha sido discriminado e as consequências nocivas para seus direitos persistem na atualidade. Por último, devem ser considerados os resultados em concreto do exame de idoneidade e do meio alternativo mais idôneo, guiados pela regra que diz:

(PROIA) quanto mais insignificante seja o fomento do fim pelo meio atacado – e quanto mais possa ser promovida uma maior realização do direito de prestação por meio de meios alternativos mais idôneos – tanto mais difícil poderá ser justificada a limitação do direito fundamental afetado pela omissão ou ação insuficiente por meio da importância de realização do fim estatal, dos outros direitos e/ou bens jurídicos colidentes no caso concreto.

Ao tratar do princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito no viés da proibição de proteção deficiente, esclarece Pulido (2008, p. 171-172):

Finalmente, de acordo com a ponderação, o subprincípio da proporcionalidade no sentido estrito, da proibição de proteção deficiente, uma omissão legislativa absoluta ou relativa é inconstitucional quando o benefício para o fim legislativo seja inferior ao grau em que não se realiza o direito social. Noutras palavras, apesar de existir um fim que justifique a omissão, esta será inconstitucional se os benefícios que implica para dito fim não compensam os sacrifícios que a não satisfação do direito social traz consigo. Se o fim legislativo somente se beneficia de maneira leve com uma medida de omissão parcial que implica uma não satisfação grave de um direito social, deve ser declarada inconstitucional.

No contexto da proporcionalidade em sentido estrito no viés da proibição da proteção deficiente, igualmente deve ser realizada uma ponderação entre os princípios colidentes, que garantem uma ação estatal dirigida a um ideal, considerando os graus de satisfação ou não satisfação alcançados pelos meios adequados e necessários, da seguinte forma:

Exemplificando, sendo o meio M2 adequado e necessário, procede-se a uma análise quanto ao seu grau de satisfação do princípio P1, o que pode ser feito utilizando-se escala triádica de intensidade (leve, média e grave). Verifica-se a seguir, também por meio da escala triádica, o grau de afetação ou não satisfação que o meio M2 provoca no princípio colidente P2. Se M2 prejudica a satisfação do princípio colidente P2 de modo grave e ele satisfaz o princípio P1 de modo médio ou leve, então o meio M2, apesar de adequado e necessário, está proibido no sentido da proibição da não suficiência. Nessa situação, outros meios (M3, M4, M5 ... Mn) que promovam a realização do princípio P1 devem ser buscados (LEIVAS, 2008, p. 284-285).

Uma interferência leve ou insignificante no direito afetado deve ser justificada por meio de argumentos que derivem de outros direitos fundamentais e/ou de bens jurídicos coletivos constitucionais ou fins estatais não proibidos pela Constituição, sendo importante considerar que estes argumentos não podem justificar uma restrição intensa ou extrema no direito a prestação, o que permite uma formulação específica da lei da ponderação, como aponta Clérico (2009, p. 363):

Quanto mais se interfere na realização de um direito em sua função de prestação, deixando-o quase sem possibilidade de realização alguma, tanto mais forte será a sua capacidade de resistência, ou seja, seu peso, e a força das razões que pretendem justificar esta falta de realização devem crescer de forma mais do que proporcional (sobreproporcional), de forma tal que uma interferência neste âmbito possa ser justificada.

Neste sentido, possível concluir que, quando o direito de prestação é realizado de forma insuficiente por uma omissão ou ação defeituosa do Estado, há uma presunção de violação do mandado de proibição por omissão ou ação insuficiente, do que se depreende uma carga maior de argumentação da parte que alegar a proporcionalidade da omissão ou ação insuficiente, assim como a prevalência da satisfação do direito a prestação em caso de empate ou dúvidas, ensejando a inconstitucionalidade da omissão ou da ação insuficiente ou defeituosa (CLÉRICO, 2009, p. 364).

Na ponderação envolvendo direitos sociais, sustenta Leivas (2008, p. 288) que deve ser levado em conta o princípio da competência do legislador para estabelecer leis orçamentárias, que restringe os direitos fundamentais sociais *prima facie* e impede o reconhecimento, por consequência, de direitos fundamentais sociais definitivos. O princípio da competência do legislador, contudo, não é absoluto, na medida em que pode ser restringido por outros princípios constitucionais, como na hipótese do direito sociais ter um peso maior do que o princípio da competência orçamentária (LEIVAS, 2008, p. 288).

Para a verificação do peso dos princípios formais, como o da competência do legislador, possível a utilização de diferentes critérios, que dependem do caso concreto, a exemplo da qualidade da decisão legislativa, verificada pelos argumentos que a justificam, da *expertise* do decisor primário, principalmente em casos que envolvam conhecimento técnico especializado, da segurança epistêmica das premissas argumentativas utilizadas pelo legislador e da legitimidade democrática do processo legislativo (KLATT, 2015, p. 242-249).

A intensidade de aplicação dos princípios parciais da proporcionalidade, em relação aos direitos de prestação, depende de diferentes fatores, como as relações de poder entre Parlamento, administração e tribunais constitucionais, a possibilidade de participação dos cidadãos afetados nas instâncias de deliberação coletiva e judicial, a intensidade de restrição dos direitos e a existência de desigualdades fáticas que impossibilitem o exercício de direitos por grupos vulneráveis (CLÉRICO, 2009, p. 367).

Independentemente da perspectiva adotada (proibição do excesso ou proibição da proteção deficiente), a ponderação resulta em uma relação de precedência condicionada de um dos princípios em colisão, ou seja, permite verificar qual dos princípios terá prioridade no caso concreto (relação de precedência), sendo a precedência condicionada às condições específicas do caso (PULIDO, 2014, p. 990). O estabelecimento da relação de precedência condicionada depende da lei da ponderação, da fórmula peso e da carga da argumentação (PULIDO, 2014, p. 990).

Para buscar representar racionalmente a ponderação, após defender que a legitimidade da ponderação no Direito depende de sua racionalidade, Alexy (2015a, p. 131) desenvolveu a fórmula peso, consistente em um modelo matemático que permite verificar a ponderação entre dois princípios colidentes, a saber,  $P_i$  e  $P_j$ . A fórmula peso compreende a intensidade da interferência no princípio restringido, a importância da satisfação do princípio em colisão e o peso concreto do princípio cuja restrição é objeto do exame, bem como a escala de intensidade de restrição aos direitos, diante da possibilidade de interferências ou restrições leves, médias ou graves (CLÉRICO, 2015, p. 85).

A fórmula peso indica o que deve ser estabelecido ou justificado, notadamente a intensidade da interferência, os pesos abstratos e a confiabilidade das premissas relevantes, indicando que representa uma forma argumentativa do discurso legal racional (ALEXY, 2015d, p. 334). Os elementos da fórmula peso dizem respeito aos interesses em colisão, que devem ser ponderados, bem como ao valor de cada interesse

(ou importância de sua satisfação), a probabilidade da restrição e a intensidade ou gravidade da restrição (JESTAEDT, 2012, p. 155). Na mencionada fórmula, o peso concreto de um princípio representa um peso relativo, sendo importante a inclusão de coeficientes para a verificação da intensidade da interferência no princípio restringido e da importância concreta do princípio em colisão (CLÉRICO, 2015, p. 85).

Na estrutura da fórmula peso, refere Alexy (2015a, p. 146) que esta é composta por diferentes elementos:

Em sua formulação completa, a fórmula peso contém, ao lado das intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios colidentes e os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios colidentes pelas medidas que estão em questão. Isso significa que em uma colisão de dois princípios o peso concreto ou relativo de ambos os princípios depende de três pares de fatores, portanto, no total, de seis fatores. Esses devem, todavia, somente então ser citados, quando os pares de fatores respectivos são desiguais. Se eles são iguais, então eles neutralizam-se reciprocamente. A fórmula antes apresentada pode, por conseguinte, ser assim interpretada, que os pesos abstratos e os graus de segurança foram reduzidos por causa dos seus pesos respectivos.

Para aferição do grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio e da importância do cumprimento do outro, revela-se necessário considerar, inicialmente, os graus leve (representado pela letra *l*), médio (representado pela letra *m*) e grave (representado pela letra *s*), bem como o peso abstrato de cada princípio (representado pela letra *G*), relacionado ao peso do princípio independentemente das circunstâncias do caso, e a intensidade da intervenção concreta (representada pela letra *I*) (ALEXY, 2015a, p. 138-144).

A primeira etapa da fórmula peso compreende a verificação da intensidade de intervenção em *P<sub>i</sub>*, que tem como contrapartida a importância de realização de *P<sub>j</sub>*, como explica Anizio Pires Gavião Filho (2011, p. 262):

Os dois primeiros passos devem ser dados para a investigação da atribuição de graus de intensidade de intervenção *IP<sub>i</sub>* e importância de realização *IP<sub>j</sub>*. Assim, deve ser verificado o grau de intensidade da intervenção em *P<sub>i</sub>*, que significa o mesmo que o grau de não cumprimento ou o grau de restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido. Do mesmo modo, deve ser comprovado o grau de importância de realização de *P<sub>j</sub>*, que corresponde ao grau de importância das razões que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido *P<sub>i</sub>*. O terceiro e último passo se destina à relação entre *IP<sub>i</sub>* e *IP<sub>j</sub>*. Nesse passo, deve ser comprovado se a importância de realização de *P<sub>j</sub>*

justifica a intensidade de intervenção em  $P_i$ . Em outras palavras, isso equivale a dizer se o cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio – ou se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental.

O peso de  $P_i$  nas circunstâncias do caso é representado por  $G_{P_i,j}C$  ou  $G_{i,j}$  (ALEXY, 2015a, p. 144).

A intensidade da intervenção concreta no princípio  $P_i$  pode ser representada pela expressão  $IP_iC$ , sendo o acréscimo da letra  $C$  referente à concretude da intervenção no princípio em cada caso concreto, a qual pode ser considerada na fórmula concisa  $IP_i$  (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 265). A importância de realização ou cumprimento de  $P_j$  no caso concreto pode ser também formulada pela expressão  $IP_jC$ , equivalente a  $IP_j$ , sendo importante considerar que “a importância concreta de  $P_j$  deve ser verificada e justificada pela intensidade com que a não intervenção em  $P_i$  intervém em  $P_j$ ” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 270).

Para a avaliação de  $IP_i$  e  $IP_j$ , utiliza-se, em cada, os graus leve (representado pela letra  $l$ ), médio (representado pela letra  $m$ ) e grave (representado pela letra  $s$ ), para fins de avaliação de qual dos fatores prevalece, a depender dos graus leve, médio e grave, podendo ocorrer empate, hipótese em que a ponderação não determina nenhum resultado (ALEXY, 2015a, p. 141-143). Neste sentido,  $P_i$  prevalece sobre  $P_j$  quando  $I_i$  for em grau grave e  $I_j$  em grau leve ou médio ou quando  $I_i$  for em grau médio e  $I_j$  em grau leve;  $P_j$  prevalece sobre  $P_i$  quando  $I_i$  for em grau leve ou médio e  $I_j$  em grau grave ou quando  $I_i$  for em grau leve e  $I_j$  em grau médio leve, e  $P_i$  não prevalece sobre  $P_j$  quando  $I_i$  e  $I_j$  forem em graus idênticos (ALEXY, 2015a, p. 143). Os graus leve, médio e grave podem ser substituídos por números, como 1, 2 e 3, de modo que  $P_i$  prevalece sobre  $P_j$  quando o resultado for maior do que 1;  $P_j$  prevalece sobre  $P_i$  quando o resultado for menor do que 1 e  $P_i$  não prevalece sobre  $P_j$  quando o resultado for igual a 1 (ALEXY, 2015a, p. 146-147).

A comparação entre os graus consiste no terceiro passo na fórmula peso, como salienta Gavião (2011, p. 273):

No terceiro passo, os graus atribuídos em cada um dos passos anteriores devem ser postos em relação um com outro. Uma vez determinado o grau de intensidade de intervenção em  $P_i$  e o grau de importância de realização de  $P_j$ , eles devem ser relacionados de tal modo que seja respondido se a importância da realização de  $P_j$  justifica a intensidade de intervenção em  $P_i$ . Assim, pode ser formulada a regra da ponderação *R.P.3*: determinado o grau de

intensidade de intervenção em um princípio  $P_i$  ( $IP_i$ ) e o grau de importância de realização de um princípio  $P_j$  ( $IP_j$ ), eles devem ser postos em uma relação de prevalência.

A comparação entre o grau de intensidade de intervenção  $IP_i$  e o grau de importância de realização de  $P_j$  realiza-se por meio da comparação de significados a partir da Constituição (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 273).

O peso abstrato do princípio pode ser representado, por sua vez, por  $GPI$  e  $GPj$ , fórmula concisa de  $GPIA$  e  $GPjA$ , sendo o  $A$  representativo do abstrato (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 265). Para o peso abstrato  $G$ , aplicam-se as mesmas considerações sobre  $IP_i$  e  $IP_j$ , sendo importante considerar que  $I_i \cdot G_i$  e  $I_j \cdot G_j$  podem ser representados pela importância  $Wi$  e  $WjI$ , respectivamente, representando o peso concreto não relativo (ALEXY, 2015a, p. 149).

O terceiro par de variáveis da fórmula peso, além de  $I$  e  $G$ , constitui “o grau de segurança da suposição empírica”, no sentido de que “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”, podendo ser representadas por  $Si$  ou  $Sj$ , ou, na fórmula ampliada,  $SPiC$  ou  $SPjC$  (ALEXY, 2015a, p. 150). A variável  $S$  refere-se à segurança ou certeza das premissas empíricas relativas ao grau de intervenção e satisfação dos princípios em colisão (PULIDO, 2014, p. 992).

A fórmula peso pode ser representada, deste modo, pela forma descrita por Alexy (2015a, p. 151) como  $G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$  ou  $G_{Pi,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$ .

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} \quad G_{Pi,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

No contexto dos direitos a prestação, o fator mais importante da fórmula peso é o  $I$ , representativo da intensidade da restrição do princípio se a ação não for tomada, ou seja, se o direito não for protegido, considerando que o direito a prestação é violado se a proteção for insuficiente (KLATT; MEISTER, 2012, p. 95). Na fórmula peso, a consideração de direitos a prestação acentua a necessidade de se considerar dois valores, consistentes no grau de proteção do direito e na intensidade da interferência na não proteção deste direito (KLATT; MEISTER, 2012, p. 98).

A fórmula peso permite tornar explícita a estrutura inferencial da aplicação da ponderação por meio de variáveis (CLÉRICO, 2015, p. 85). Em função da aplicação da fórmula peso, revela-se possível formalizar o método de subsunção, sendo o esquema dedutivo conhecido como esquema da justificação interna (CLÉRICO, 2015, p. 85). A



ponderação representaria, assim, uma forma de argumentação, ou seja, uma estrutura formal (CLÉRICO, 2015, p. 86).

A carga da argumentação tem relevância quando o resultado da aplicação da fórmula peso indica um empate, ou seja, a identidade do peso concreto dos princípios em colisão, podendo ser adotado o entendimento de que, se houver empate no âmbito do controle de constitucionalidade, deve ser dada primazia à democracia, com a declaração da lei como não desproporcional e, portanto, constitucional (PULIDO, 2014, p. 995). Na ponderação, existem duas cargas da argumentação, consistentes nas regras de que “os argumentos a favor da realização do princípio constitucional que respalda a intervenção legislativa devem ter um peso ao menos equivalente ao dos argumentos contrário à intervenção no direito fundamental” e que “a regra que estabelece uma relação de precedência condicionada, produzida a partir do resultado da ponderação, deve se aplicada a todos os casos idênticos e análogos” (PULIDO, 2014, p. 1015-1016).

#### **4. A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS ENVOLVENDO DIREITOS SOCIAIS NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

No presente capítulo, será abordada a aplicação da teoria de Robert Alexy sobre a proporcionalidade no específico contexto do modelo constitucional brasileiro, em relação a demandas judiciais individuais que digam respeito a direitos sociais, buscando-se verificar a aplicabilidade deste modelo no ordenamento jurídico pátrio e as principais questões que se relacionam ao debate sobre a proporcionalidade, a serem consideradas pelo julgador.

##### **4.1 A Aplicabilidade da Proporcionalidade aos Direitos Sociais no Modelo Constitucional Brasileiro**

Diante do desenvolvimento da teoria de Robert Alexy para a proporcionalidade inicialmente no contexto do ordenamento jurídico alemão, revela-se necessário verificar a aplicabilidade desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, com os seus principais desdobramentos, tema que será abordado no presente tópico.

#### 4.1.1 O fundamento da possibilidade de aplicação da teoria de Robert Alexy no modelo constitucional brasileiro de proteção dos direitos sociais

No contexto do constitucionalismo global, a proporcionalidade representa um modelo padrão aplicado na resolução de casos envolvendo colisão entre direitos fundamentais, por ser amplamente utilizada em diferentes ordenamentos jurídicos, sendo o modelo dominante no contexto do novo constitucionalismo, a exemplo do que se verifica em diferentes países da Europa, bem como em Israel, Canadá, África do Sul e Nova Zelândia (MATHEWS, SWEET, 2008, p. 75). A proporcionalidade muitas vezes é tratada como um critério universal do constitucionalismo, de aplicação inevitável para a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, considerando não haver outro critério racional de limitação dos direitos fundamentais em casos concretos (WEBBER, 2009, p. 70). Constitui, assim, um elemento comum no direito constitucional globalizado, ainda que não imune a críticas, como critério racional de solução de conflitos de direitos, valores e interesses constitucionais, adotado em diferentes ordenamentos jurídicos como um modelo predominante de interpretação constitucional (KLATT, MEISTER, 2012, p. 1).

Neste contexto, apesar da teoria de Robert Alexy ter sido elaborada para o estudo de casos do Tribunal Constitucional Alemão, verifica-se que é aplicada de forma mais ampla, envolvendo outros ordenamentos jurídicos, compreendendo uma proposta de solução a problemas constatados a partir do novo constitucionalismo (MATHEWS, SWEET, 2008, p. 94). A previsão de disposições constitucionais que limitam direitos fundamentais, acentuando o debate sobre a forma de solucionar a colisão, incentiva, inclusive, a adoção, pelo Poder Judiciário, da proporcionalidade como uma forma de dar solução a estes conflitos intraconstitucionais (MATHEWS, SWEET, 2008, p. 92).

A aplicação da proporcionalidade ao contexto brasileiro pressupõe verificar, em primeiro lugar, se há fundamento para sustentar a sua aplicabilidade.

A adoção da teoria de Robert Alexy para a proporcionalidade pressupõe a compreensão de que o seu fundamento é, como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, o caráter de princípio dos direitos fundamentais, no sentido de que pode ser deduzida a partir da compreensão da colisão como uma colisão entre princípios (ALEXY, 2015d, p. 407). Em outras palavras, o “princípio da proporcionalidade resulta logicamente da definição de princípios” e a “definição de princípios resulta logicamente do princípio da proporcionalidade”, de forma que “o caráter de princípio implica o

princípio da proporcionalidade e este implica aquele”, considerando que o princípio da proporcionalidade representa a essência dos direitos fundamentais e está “enraizado no Estado de Direito democrático constitucional” (GAVIÃO, 2011, p. 239).

Diante do nexo de implicação recíproca, que independe de previsão constitucional expressa, há espaço para a aplicação da proporcionalidade, na específica visão de Robert Alexy também no Brasil, caracterizado pela previsão de um amplo rol de direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, dentro do modelo do Estado constitucional, ainda que sem o estabelecimento direto, em disposições constitucionais, da aplicabilidade deste método.

Revela-se possível, como abordado no primeiro capítulo deste trabalho, compreender a Constituição Federal de 1988 como inserida no modelo do Estado Constitucional, marcado pela superioridade dos direitos fundamentais, entendidos como normas que decorrem de disposições constitucionais vinculantes, e pela visão da democracia não mais como uma decisão da maioria, diante da necessidade de respeito aos direitos fundamentais consagrados. Como resultado desta específica visão, possível também concluir que o exercício do poder político pelo Estado deve, para ser legítimo, respeitar as normas constitucionais, em especial as de direitos fundamentais, do que se denota a necessidade de justificação racional das restrições a direitos, buscando-se conferir a maior proteção possível.

A adoção da proporcionalidade para o modelo constitucional brasileiro, como uma das possíveis formas de se compreender e solucionar o conflito de interesses envolvendo direitos sociais em ações judiciais individuais, requer, em segundo lugar, a adoção dos pressupostos que representam a base teórica deste modelo, considerando que a teoria elaborada por Robert Alexy abrange pressupostos teóricos que fundamentam a opção de resolução dos casos concretos pelo caminho da proporcionalidade, abordados ao longo do presente trabalho.

A aplicabilidade da proporcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, nesta linha de raciocínio, deve pressupor a consideração dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, que podem ser objeto de judicialização, e direitos *prima facie*, bem como a compreensão e solução do conflito de interesses no caso concreto como conflitos entre princípios.

Como defendido por Robert Alexy (2015d, p. 499), na condição de direitos fundamentais, os direitos sociais são direitos *prima facie* a que correspondem deveres *prima facie*, sendo estes deveres “deveres estatais *prima facie* de zelar para que às

liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais correspondam liberdades fáticas”. Os direitos sociais, se verificados como direitos subjetivos, consistem em uma estrutura triádica de relações entre o titular do direito fundamental e o Estado, tendo por objeto a ação estatal positiva, de modo que este titular do direito fundamental tem um direito a que o Estado realize a ação positiva, como uma contraposição ao dever do Estado de realizar esta prestação, o que atribui ao titular do direito fundamental a competência para exigir este direito no âmbito judicial (ALEXY, 2015c, p. 445).

As disposições constitucionais de direito social não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima facie*, tendo a proporcionalidade a função de transformar o dever *prima facie* ideal ao dever real e definitivo, configurando as posições fundamentais jurídicas e de deveres definitivos, passíveis de exigibilidade judicial (ALEXY, 2015a, p. 68-69). Pressupõe-se, neste modelo, que a disposição constitucional não representa um enunciado meramente programático, pois, sendo um direito *prima facie*, é vinculante (ALEXY, 2015c, p. 515).

A possibilidade de se compreender os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988 como direitos subjetivos, ainda que não imune a críticas, pode decorrer da previsão do artigo 5º, §1º, aplicável aos direitos sociais, que refere que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Conforme salientado por Ingo Sarlet (2015, p. 308-309), os principais argumentos a favor do reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos relacionam-se com a aplicabilidade imediata e plena eficácia dos direitos sociais, determinadas pela Constituição Federal, que permitem uma aplicação da norma constitucional mesmo sem intermediação legislativa.

De acordo com Alexy (2015c, p. 62-63), a previsão, na Constituição de 1988, de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, permite rechaçar a tese de não vinculatividade destes direitos e de não justiciabilidade, possibilitando, por sua vez, que os direitos sejam levados a sério:

A questão mais importante para cada catálogo de direitos fundamentais é se nos direitos fundamentais trata-se de normas juridicamente vinculativas ou não. [...] O problema da colisão iria, como problema jurídico, desaparecer de imediato completamente se se declara todas as normas de direitos fundamentais como não vinculativas. As colisões seriam, então, problemas políticos ou morais e não cairiam, como tais, na competência dos tribunais. Na Alemanha, essa solução é excluída pelo artigo 1º, alínea 3, da lei fundamental, que vincula todos os três poderes aos direitos fundamentais

como direito imediatamente vigente. Também no Brasil o caminho de uma declaração de não vinculatividade de todos os direitos fundamentais não deveria ser transitável, porque o artigo 5º, parágrafo 1, declara, pelo menos, as prestações de direitos fundamentais desse artigo como imediatamente aplicáveis. Mas também independente de tais ordenações de vinculação jurídico-positiva a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida. Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo. Direitos do homem insistem em sua institucionalização.

[...] A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com ênfase. Elas são nada mais que a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição do direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também não devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade.

No contexto democrático da Constituição Federal de 1988, vista como um projeto político aos direitos sociais, estes direitos podem ser compreendidos como direitos fundamentais sociais, no sentido de serem “plenamente justificáveis, independente de intermediação do legislador, devendo ser “interpretados de acordo com princípios da interpretação constitucional, tais como da máxima efetividade, concordância prática e unidade de ordem jurídica” (MAAS; LEAL, 2014, p. 1129-1130).

A aplicação da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro deve levar em consideração, entretanto, uma importante característica da Constituição de 1988, em contraste com a Lei Fundamental alemã, a saber, a previsão de um amplo rol de direitos sociais por disposições constitucionais.

A positivação de direitos sociais pela Constituição de 1988 apresenta como característica o fato de que uma parte dos direitos sociais referidos no artigo 6º da Constituição Federal é objeto de densificação normativa em outros dispositivos constitucionais, como aqueles referentes à ordem social, no título VIII, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, incluindo, por exemplo, seguridade social (saúde, previdência social, assistência social), educação, cultura e desporto e meio ambiente (BRASIL, 1988). Há disposições constitucionais relativas a direitos sociais, por sua vez, que impõem finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, em consonância com a ideia de Constituição dirigente, que determina a concretização dos fins, programas, ordens e tarefas nela contidos (SARLET, 2015, p. 294). Pode ser citada como exemplo a disposição do artigo 215 da Constituição Federal, que determina que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da

cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”, em que não definidos os meios e critérios pelos quais o Estado terá que realizar estas finalidades (BRASIL, 1988).

A previsão de um rol de direitos fundamentais sociais e a densificação normativa realizada pela Constituição devem ser levadas em consideração na aplicação da proporcionalidade, por representarem características peculiares presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, como a Constituição brasileira prevê um rol de direitos sociais, em contraste com a Lei Fundamental alemã, a aplicação da proporcionalidade não necessita considerar a liberdade material que assegura o direito social, e, sim, o próprio direito social previsto constitucionalmente (SARMENTO, 2008, p. 568).

Há espaço, nesta linha de raciocínio, para a defesa da natureza de direitos subjetivos dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

A compreensão de que os direitos sociais são direitos subjetivos, imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, por sua vez, permite a sua judicialização, possibilitando a aplicação da proporcionalidade pelo Poder Judiciário.

Reconhecer o direito social como direito subjetivo, com efeito, enseja a possibilidade de os seus titulares demandarem judicialmente a prestação em caso de omissão ou atuação inadequada do Estado (ABRAMOVICH; COURTIS, 2009, p. 10). Caso não seja reconhecida a possibilidade de judicialização dos direitos sociais, tais direitos careceriam de uma dimensão subjetiva, sendo apenas normas constitucionais de cunho objetivo, incapazes de gerar posições jusfundamentais (SANCHÍS, 2009, p. 205).

No contexto brasileiro, a atuação do Poder Judiciário nestes moldes pode ter como fundamento a previsão do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). A Constituição Federal, a partir desta concepção, garante a inafastabilidade do controle judiciário, podendo “os tribunais assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação”, sem que se desrespeite a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo (SARLET, 2015, p. 308-309).

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconhece a possibilidade de judicialização dos direitos sociais, como no Recurso Extraordinário nº 393.175, em que reconhecida a obrigação do Estado de fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis à saúde, em favor de pessoas carentes, caso em que a Corte considerou o

direito à saúde um direito público subjetivo assegurado a todos pela Constituição Federal (2006a, p. 6).

A possibilidade de judicialização dos direitos sociais, como uma das possíveis leituras da Constituição Federal de 1988, acentua, por sua vez, o importante papel desenvolvido pelo Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais sociais, como refere Alexy (2015d, p. 546):

O ponto de partida é a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. Isso significa que não está em discussão se o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é a sua extensão.

Na linha do paradigma da jurisdição constitucional, que marca o modelo do Estado Constitucional, o Poder Judiciário está autorizado a interferir na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo para garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais, como salienta Krell (2002, p. 22-23):

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação'. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses

direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes.

Segundo esta visão, se os direitos sociais e a própria Constituição forem levados a sérios, não podem ser excluídos da proteção da justiça, sendo o debate entre política e justiça uma questão de estabelecimento de esferas e limites de atuação (SANCHÍS, 2009, p. 214).

Para uma adequada aplicação da proporcionalidade, na visão de Robert Alexy, ao modelo constitucional brasileiro, deve ser considerado que a atuação do Poder Judiciário na aplicação da proporcionalidade, sobretudo em relação a direitos sociais, que ensejam uma conduta ativa do Estado na definição dos meios de realização da prestação fática objeto da norma, deve ser compreendida no contexto da ideia de espaços de atuação do legislador e do administrador, permitindo uma harmonização na atuação de cada instituição, tema que será abordado no tópico seguinte.

#### 4.1.2 A dogmática dos espaços

As prestações objeto dos direitos sociais requerem uma ampla organização do aparato estatal e o emprego de recursos financeiros que implicam, por sua vez, a adoção de decisões tipicamente políticas (SANCHÍS, 2009, p. 205). Somado a isso, o conteúdo dos direitos fundamentais identifica-se com um conjunto de normas e posições que resultam da Constituição, das leis, dos regimentos, dos atos administrativos e das sentenças prolatadas em casos envolvendo a aplicação destes direitos, do que se denota que o legislador concretiza o conteúdo vinculante dos direitos fundamentais por meio de leis, no sentido de que, “em cada lei, o Parlamento harmoniza e pondera as exigências que decorrem dos distintos direitos fundamentais, as relaciona com os interesses e objetivos comunitários primordiais e as transforma em enunciados normativos de maior especificidade do que as disposições constitucionais” (PULIDO, 2014, p. 683-684).

Na Constituição Federal de 1988, destaca-se a previsão, em diferentes disposições de direitos sociais, da competência do legislador e do administrador para organizar a realização da prestação prevista. No tocante ao direito à saúde, por exemplo, o artigo 196 da Constituição refere, de forma expressa, que a saúde é dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, e o artigo 197 deste diploma legal, por sua vez, determina que a regulamentação, fiscalização e controle das ações e



serviços de saúde deve ocorrer nos termos da lei (BRASIL, 1988). Pode ser citado como exemplo, ainda, o artigo 216-A da Constituição Federal, que prevê que o Sistema Nacional de Cultura “institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade” (BRASIL, 1988).

Levando-se em conta o espaço de atuação reservado ao legislador e ao administrador, deve o Poder Judiciário atuar de forma harmônica, de forma a não “adotar uma atitude de onipotência em relação aos complexos fatores envolvidos na satisfação das prestações sociais”, devendo ser buscada, por meio da teoria constitucional, “uma relação equilibrada entre tutela judicial dos direitos e a preservação das competências de planejamento e estratégia dos órgãos de direção política do Estado” (MELLO, 2004, p. 171).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 661.256/SC (BRASIL, 2020c), em relação ao Regime Geral de Previdência Social, ilustra a necessidade de respeito à atividade legislativa de concretizar as disposições constitucionais.

Na referida ação judicial, ajuizada por um segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), discutia-se a possibilidade de cessação da aposentadoria especial, obtida anos antes, para que fosse reconhecido ao autor de cada demanda o direito à aposentadoria por tempo de contribuição, situação denominada “desaposentação”, que consiste justamente na renúncia à aposentadoria vigente, seguida da aquisição de novo vínculo em condições mais vantajosas (BRASIL, 2020c). A tese consolidada pela Corte foi a de que, “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias [...]”, motivo pelo qual não pode o Poder Judiciário criar, por meio de atividade interpretativa, benefícios que não estão previstos em lei, incluindo a “desaposentação”, que não tem previsão legal (BRASIL, 2020c). Reconheceu-se a constitucionalidade, ainda, do artigo 18, § 2º, da Lei nº 8213/91, que determina que “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade”, com exceção do salário-família e da reabilitação profissional, quando empregado (BRASIL, 2020c).

Dentre os argumentos ressaltados no julgamento, destaca-se o de que a Constituição Federal prevê, de forma clara e específica, que compete ao legislador

estabelecer as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutem de forma direta na concessão dos benefícios (BRASIL, 2020c). A Constituição Federal, no aspecto, determina, no artigo 194, parágrafo único, que cabe ao Poder Público, “nos termos da lei, organizar a seguridade social”, e, no artigo 195, que a seguridade social será “financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei”, indicando a necessidade de concretização legislativa do direito social (BRASIL, 1988).

A aplicação da proporcionalidade no âmbito dos direitos sociais, neste sentido, não pode eliminar as margens de ação do legislador e da administração, como ressalta Pulido (2008, p. 172):

O legislativo e o executivo têm uma margem de ação estrutural, porque enquanto a Constituição não os defina têm competência para decidir quais são os meios politicamente mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais, entre todos aqueles que cumpram as exigências da proibição de proteção deficiente. Assim, por exemplo, os órgãos de configuração do Estado podem estabelecer qual é o sistema de seguridade social – se é público, privado ou misto, e com que especificações – que melhor garanta o direito à saúde, sempre e quanto: 1. Este sistema ofereça maior satisfação do direito à saúde, que seja compatível com as possibilidades econômicas dos setores público e privado do país e com a proteção dos demais princípios constitucionais (idoneidade); 2. Não exista um meio alternativo melhor em termos do subprincípio da necessidade, e 3. As carências que derivem deste sistema para o direito à saúde se justifiquem pelos benefícios que oferece para a satisfação dos demais princípios constitucionais que justificam sua proteção limitada e para o equilíbrio das finanças públicas.

A atuação harmônica que deve ser buscada pelo Poder Judiciário contribui para a democracia, como refere Cláudio Ari Mello (2004, p. 156):

Os direitos fundamentais são direitos morais, ou seja, direitos que expressam imediatamente valores morais escolhidos pela soberania popular no exercício do poder constituinte. No entanto, como raramente os direitos fundamentais possuem densidade normativa suficiente já no próprio texto constitucional, a necessidade de especificar seu conteúdo normativo para conferir-lhes eficácia jurídica exige a interposição de uma instituição concretizadora. Nos Estados modernos, essa tarefa pode ser executada por qualquer um dos três poderes. Todavia, o fato de que as comunidades políticas contemplam uma pluralidade de concepções morais sobre os mesmos valores acolhidos nos direitos fundamentais, e a circunstância de que existe um desacordo razoável entre as concepções ou opiniões individuais exige que a instituição responsável pelas decisões sobre o conteúdo jurídico concreto dos direitos fundamentais funcione de tal modo que as diferentes concepções morais possam realmente influir nas discussões e deliberações destinadas a concretizar os direitos. Ou seja, a preferência pela *interpositio legislatoris* em relação, por exemplo, à *interpositio jurisdictionis*, é uma preferência racional resultante de circunstâncias inerentes à confluência entre direitos fundamentais e o princípio democrático em um mesmo modelo de Estado. Portanto, a razão de

ser do princípio da deferência judicial às decisões legislativas não é apenas uma imposição da ideia geral de democracia, mas é também o dever de respeito a uma instituição mais bem aparelhada para expressar o fato do pluralismo moral e a circunstância do desacordo razoável entre concepções individuais.

A aplicação da proporcionalidade, nesta linha de raciocínio, sobretudo em relação aos princípios parciais da adequação e da necessidade, em que realizada a verificação da correspondência entre as medidas adotadas pelo Estado e o fim legítimo do ponto de vista constitucional e da existência de meios alternativos menos restritivos ao direito fundamental, deve se dar de forma relacionada à teoria de Robert Alexy sobre os espaços de atuação do legislador e do administrador.

A definição dos limites de atuação depende da compreensão de que a Constituição pode autorizar que muitas questões sejam decididas por conta da discricionariedade do legislador ordinário e administrador, ideia que remete às noções de ordenação quadro e ordenação fundamental. Segundo Robert Alexy (2015a, p. 78), “uma constituição pode decidir questões fundamentais e, sob esse aspecto, ser uma ordenação fundamental e, contudo, deixar muitas coisas em aberto e, sob esse aspecto, ser uma ordenação-quadro”, numa relação de complementariedade entre o conceito de ordenação-quadro e ordenação fundamental na perspectiva qualitativa.

Na perspectiva da ordenação-quadro, a Constituição tem o papel de fixar ao legislador um quadro nos casos em que proíbe, ordena ou libera algo (quando nem proíbe, nem libera), a exemplo dos direitos de defesa (proibição) e direitos de proteção (ordenação), de forma que “o proibido pode designar-se jurídico-constitucionalmente como impossível, o ordenado jurídico-constitucionalmente como necessário e o liberado jurídico-constitucionalmente como possível” (ALEXY, 2015a, p. 77). Define-se o quadro a partir do que é proibido/impossível ou ordenado/necessário, sendo o liberado/possível o que reside dentro do quadro, de modo que o conceito de espaço é moldado pelo que é liberado (ALEXY, 2015a, p. 77).

Os limites da interpretação, por sua vez, são dados pelo próprio texto, de modo que a atribuição do significado deve ser realizada dentro da moldura dada pelo enunciado (GUASTINI, 2001, p. 61). A ideia da moldura foi destacada por Hans Kelsen (2003, p. 390), que, após referir que, quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, devem as normas ser interpretadas<sup>10</sup>, a fim de que o seu sentido seja fixado, entende

---

<sup>10</sup> Nas palavras de Hans Kelsen (2003, p. 390), se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode

que, no caso da interpretação realizada pelo órgão jurídico, há situações de indeterminação, intencional ou não, do ato jurídico, oferecendo-se, a partir disso, várias possibilidades à aplicação jurídica, dentro de uma “moldura”:

O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

O conceito de ordenação fundamental, por sua vez, pode ser formulado de modo quantitativo (quando a Constituição nada libera, porquanto compreende apenas mandamentos ou proibições) ou qualitativo (quando a Constituição decide questões fundamentais da sociedade), sendo apenas este conceito qualitativo compatível com a visão da Constituição como ordenação-quadro, ao dar espaço para o legislador (ALEXY, 2015a, p. 78).

A relação de complementariedade que se estabelece permite a delimitação de espaços de discricionariedade do legislador, que devem ser respeitados pelo Tribunal Constitucional, podendo ser, de acordo com a teoria de Robert Alexy, estruturais ou epistêmicos.

Os espaços estruturais são definidos pela ausência de mandamentos e proibições definitivos, ou seja, pela ordem de fazer ou não fazer descrita no texto, e caracterizados pelo que a Constituição libera, compondo uma moldura (ALEXY, 2015a, p. 79). No contexto do espaço estrutural, o legislador pode estabelecer regras (discricionariedade estrutural), ensejando uma autocontenção judicial, no sentido de que o controle judicial-constitucional termina onde inicia o espaço estrutural (ALEXY, 2015a, p. 79).

A discricionariedade estrutural tem espaço nos casos em que a Constituição não comanda e nem proíbe uma ação específica, indicando que os dois primeiros princípios parciais da proporcionalidade (adequação e necessidade) ensejam uma discricionariedade ampla ao legislador, que pode optar entre os variados meios

---

ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”.

possíveis para a realização do direito fundamental, apenas com a proibição de não adotar meios que não promovam o fim almejado (KLATT, MEISTER, 2012, p. 79).

Sobre a discricionariedade estrutural e o conceito de moldura, afirma Alexy (2015d, p. 583):

A metáfora da moldura pode ser, então, definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado - ou seja, nem obrigatório, nem proibido - é aquilo que se encontra no interior da moldura. Nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado. Essa discricionariedade é de natureza estrutural. Seria também possível falar em uma discricionariedade substancial decorrente da estrutura das normas constitucionais. O que é decisivo é que a sua extensão é determinada por aquilo que é juridicamente válido em virtude das normas constitucionais. Portanto, a discricionariedade estrutural decorre dos limites daquilo que a constituição definitivamente obriga ou proíbe.

Os espaços estruturais podem ser de três tipos: espaço de determinação da finalidade, espaço de escolha médio e espaço de ponderação.

O espaço de determinação da finalidade se relaciona com a escolha das finalidades e com a determinação da medida de realização destas finalidades e surge quando o direito fundamental contém uma autorização de intervenção, “que ou deixa aberto os fundamentos da intervenção ou, sem dúvida, menciona fundamentos de intervenção”, permitindo, mas não ordenando, a intervenção na existência desses fundamentos (ALEXY, 2015a, p. 80). O espaço de escolha médio aparece quando os direitos fundamentais, além de proibirem intervenções, ordenam uma ação positiva, resultando da estrutura de deveres positivos, de modo que o legislador deve perseguir este objetivo, embora com a liberdade de escolher dentre os meios idôneos (ALEXY, 2015a, p. 80).

Ao se considerar o espaço de ponderação, deve ser relevado que, pela ponderação, que compõe a proporcionalidade, pode ser determinado, de modo racional, o que a Constituição ordena, proíbe ou permite definitivamente, bem como que, quando a Constituição não decide, por haver um empate, ela libera, razão pela qual, nesta hipótese, há um espaço de ponderação estrutural, a ser preenchido por considerações políticas pelo legislador ou por jurídico-ordinárias pela jurisdição (ALEXY, 2015a, p. 84-85).

Nos casos em que a definição do que a Constituição ordena, proíbe ou libera é incerta, assim como o espaço de liberdade do legislador, devem ser considerados os espaços sistêmicos, que se caracterizam pela incerteza do conhecimento empírico ou

normativo (ALEXY, 2015a, p. 89). A discricionariedade epistêmica relaciona-se com os casos em que não há certeza acerca de questões empíricas e normativas sobre comandos ou proibições constitucionais, influenciando o segundo princípio parcial da proporcionalidade (KLATT, MEISTER, 2012, p. 80).

A incerteza empírica influencia o princípio parcial da necessidade, no sentido de que “direito fundamentais, como mandados de otimização, demandam, *prima facie*, que, em caso de incertezas, deve ser levada em conta a proposição que mais favorece a otimização do direito constitucional em questão”, tendo como consequência a constatação de que o direito fundamental somente pode ser limitado nas hipóteses em que a veracidade das premissas empíricas é garantida (KLATT, MEISTER, 2012, p. 80). Para a resolução da questão da incerteza, necessário que se pondere o grau de incerteza empírica e a intensidade da interferência no direito fundamental (KLATT, MEISTER, 2012, p. 82).

O espaço de conhecimento empírico se caracteriza pela ausência de conhecimento científico que permita ao legislador decidir com base em premissas verdadeiras, o que não impede a atuação do legislador, mas pressupõe considerar a lei da ponderação epistêmica, no sentido de que “quanto mais grave pesa uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção” (ALEXY, 2015a, p. 90-91).

Salienta Alexy (2015d, p. 612):

Insegurança empírica pode se tornar um problema em qualquer fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. Ela tem um papel especial nos exames da adequação e da necessidade. A decisão sobre produtos derivados de cannabis oferece um exemplo. Saber se o legislador pode proibir produtos derivados de cannabis é algo que depende essencialmente de se saber se a intervenção na liberdade constitucionalmente protegida, resultado dessa proibição, é adequada e necessária para diminuir os riscos associados a essa droga. Se a proibição penal não for adequada ou não for necessária para tanto, ela seria definitivamente proibida pela perspectiva do direito fundamental. Seria possível pensar, então, que o Tribunal Constitucional Federal só poderia admitir a intervenção no direito fundamental se a veracidade das suposições empíricas - das quais a adequação e a necessidade dependem - fosse sólida. Mas o Tribunal procede de outra forma. Ele não constata a veracidade das premissas empíricas pressupostas pelo legislador, mas apenas a sua incerteza: "Não estão presentes conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou de outro caminho". Mesmo assim ele admite a intervenção no direito fundamental. Isso ocorre por meio do reconhecimento ao legislador de uma discricionariedade e em relação à cognição dos fatos relevantes - ou seja, uma discricionariedade epistêmica de tipo empírico - e da inclusão, nessa discricionariedade cognitiva, das suposições empíricas que fundamentam a proibição de produtos derivados de cannabis.

Pelo espaço de conhecimento normativo, trata-se do conteúdo material da Constitucional, relacionado à incerteza quanto à intensidade da intervenção e importância da realização dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015a, p. 91). Na discricionariedade epistêmica normativa, há uma “incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações” (ALEXY, 2015d, p. 612-614):

Um exemplo é oferecido pela decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a proteção contra demissões, de 1998. Essa decisão tratou da possibilidade de isentar empresas com menos de cinco empregados do cumprimento das previsões jurídico-trabalhistas relativamente rígidas sobre proteção contra demissões e garantir a seus empregados apenas a proteção geral relativamente flexível do direito privado. Aqui, a liberdade profissional do empregador, enquanto um direito de defesa, garantida pelo art. 12, § 1º, da Constituição alemã, colide como dever de proteção estatal em favor dos trabalhadores, também decorrente do art. 12, § 1º. O Tribunal Constitucional Federal exige uma otimização: "As posições de direitos fundamentais colidentes devem ser compreendidas em seu efeito recíproco e devem ser limitadas para que sejam eficazes ao máximo para todos os envolvidos". Mas, neste ponto, o Tribunal reconhece ao legislador uma "ampla margem de conformação", que engloba não apenas prognósticos empíricos, mas também "a avaliação do complexo de interesses, ou seja, a quantificação dos interesses contrapostos e a determinação da necessidade de sua proteção". Isso significa que a violação do dever de proteção aos trabalhadores só ocorre se os limites dessa discricionariedade forem extrapolados. O Tribunal nega a existência dessa extrapolação ao observar que "a proteção mínima exigida constitucionalmente" pode ser garantida ao trabalhador por meio das prescrições gerais do direito civil.

Para resolver uma colisão entre direitos fundamentais é possível ou garantir aquilo que é minimamente exigido pela constituição ou garantir mais que isso. Se a nenhuma das partes é garantido menos que o mínimo, então, a constituição não foi violada. No caso em questão, a garantia mínima da proteção não é fundamentada apenas por meio da oposição de um direito do empresário - "merecedor de proteção em grande medida" - em face do "importante interesse" do trabalhador, o que apontaria na direção de um impasse estrutural, mas também por meio do fato de que os interesses do empresário foram considerados "pelo legislador como especialmente dignos de proteção". Essa referência à classificação feita pelo legislador indica uma discricionariedade cognitiva normativa. Essa discricionariedade poderia também ser utilizada de forma contrária. Isso ocorreria se o legislador considerasse os interesses dos trabalhadores como dignos de proteção especial e incluísse as pequenas empresas na rígida proteção contra demissões. Se há uma discricionariedade, então, isso não seria inconstitucional, desde que a proteção à posição do empresário ficasse abaixo do mínimo. Isso define a outra face da discricionariedade.

Os espaços sistêmicos, assim, nascem “dos limites da capacidade de reconhecer do que a constituição, por um lado, ordena e proíbe e, por outro, nem ordena nem proíbe, portanto, libera”, baseando-se no princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado (ALEXY, 2015a, p. 79-80).

Por este princípio formal, como abordado no segundo capítulo do presente trabalho, as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado, mesmo nos casos de incerteza, do que se denota que deve ser considerado o princípio da competência decisória do legislador, a fim de que não se ofenda a separação dos poderes e o princípio democrático (ALEXY, 2015d, p. 615).

As decisões do legislador e administrador, contudo, acarretam intervenções nos direitos fundamentais, motivo pelo qual não pode haver uma precedência absoluta do princípio formal, sob pena de se permitir intervenções muito intensas nos direitos fundamentais com base em prognósticos extremamente incertos, razão pela qual deve se buscar uma solução intermediária, por meio da proporcionalidade, principalmente em relação aos direitos sociais, que implicam sobretudo uma atuação positiva do Estado (ALEXY, 2015d, p. 616-617).

A abordagem dos espaços estruturais e epistêmicos revela que as escolhas do legislador e administrador devem ser respeitadas, de acordo com a Constituição, pois a eles cabem as decisões relevantes para a sociedade, limitando o controle jurisdicional, motivo pelo qual a aplicação da proporcionalidade deve ocorrer de forma conjunta com a ideia dos espaços formulada por Robert Alexy. A dogmática dos espaços, sob outra perspectiva, auxilia na solução das dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em ações individuais envolvendo direitos sociais, especificamente aquelas decorrentes da competência e definição dos limites referentes ao exercício da jurisdição.

#### **4.2 Os Principais Parâmetros para a Aplicação da Proporcionalidade aos Direitos Sociais no Contexto Brasileiro**

A aplicação da teoria de Robert Alexy sobre a proporcionalidade no modelo constitucional brasileiro, especificamente para a resolução de conflitos em ações judiciais individuais em que se busca a proteção de um direito social, requer, para além da verificação da sua aplicabilidade em ordenamento jurídico diverso daquele em que desenvolvida e da compreensão de seus pressupostos e critérios de aplicação, a delimitação dos principais parâmetros a serem considerados pelo julgador ao adotar o caminho da proporcionalidade para dar solução ao conflito. No presente capítulo, serão abordados os parâmetros de aplicação decorrentes da discussão envolvendo a reserva do possível e o núcleo essencial do direito fundamental social, que influencia a forma de solucionar a colisão verificada no caso concreto.



#### 4.2.1 A reserva do possível

Como abordado no segundo capítulo deste trabalho, a proporcionalidade na perspectiva da proibição da proteção deficiente, aplicável aos direitos sociais, deve considerar, na colisão de princípios, os princípios formais da democracia e da separação de poderes, bem como os direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto.

A necessidade de se considerar na colisão os referidos princípios formais e direitos de terceiros, que não são absolutos, decorre principalmente do fato de que os direitos sociais ensejam a alocação de recursos, que são escassos, para o atendimento de demandas relativas às prestações fáticas. No Brasil, em função da escassez de recursos, a impossibilidade de se realizar todos os direitos sociais em seu grau máximo também é verificada na prática, sendo importante considerar que o grau de desenvolvimento socioeconômico no país impõe limites a esta realização (SARMENTO, 2008, p. 555).

Deve ser realizada, assim, a ponderação entre os princípios em colisão, adotando-se como ideia guia a de que os direitos sociais, ainda que mínimos, produzem efeitos financeiros significativos, que não justificam, contudo, concluir que não existem direitos sociais, porquanto o princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitado ou absoluto e os direitos individuais do caso podem ter maior peso do que as razões político-financeiras (ALEXY, 2015d, p. 513).

Sobre a questão, sustenta Alexy (2015e, p. 175):

Se uma grave intervenção no direito fundamental só pode ser justificada por uma razão de peso médio ou leve, a intervenção é desproporcional e, portanto, inconstitucional. O modelo de combinação autoriza a transformar essa escolha inconstitucional em uma constitucional.

Se isso fosse possível, as intervenções desproporcionais com direitos fundamentais seriam permissíveis, pela razão de que o legislador democraticamente legitimado pode tomar decisões mais amplas quando é permitido tomá-las do que quando não o é. Isso prejudicaria a prevalência da Constituição sobre a legislação parlamentar ordinária.

A aplicação da proporcionalidade para a solução da colisão depende da verificação, neste sentido, da reserva do possível, como salienta Leivas (2008, p. 287):

A colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais. São princípios constitucionais que colidem regularmente com os direitos fundamentais sociais: os princípios democráticos e da separação de poderes, inclusive a

competência do administrador e do legislativo para a proposta e aprovação da lei orçamentária, e os direitos fundamentais de terceiros.

Aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade significa então que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais em colisão como direito fundamental social que lhe assiste não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental. Portanto, a reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficiência ou não-aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios.

O argumento da reserva do possível representa uma concepção teórica tratada pelo Tribunal Constitucional Alemão, consistente no que a sociedade pode, de forma razoável ou proporcional, exigir do Estado Social Alemão, não tendo relação necessária com os recursos para a promoção da pretensão específica no caso, como salienta Kelbert (2011, p. 70):

Com efeito, ao analisar algumas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha, Olsen conclui que as pretensões exigidas do Estado são compreendidas em face da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão face à necessidade de realização do direito. Assim, a autora afirma que viola a reserva do possível a pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social, pois a satisfação de alguns direitos pode afetar a realização de outros, devendo ser feita uma ponderação dos interesses contrapostos. Imposta referir ademais, que antes do Tribunal Constitucional proferir essa decisão, Häberle já havia traçado os primeiros contornos do que veio a ser a reserva do possível. Para o autor, uma questão importante era justamente saber se os direitos fundamentais devem ser satisfeitos na medida da capacidade econômica prestacional do Estado ou se o prestacional deveria existir na medida dos direitos fundamentais. Segundo ele, a pressão normativa para efetivar os direitos fundamentais subsistiria, mas não se pode exigir do Estado (prestacional) o impossível.

A primeira referência à ideia da reserva do possível, pelo Tribunal Constitucional Alemão, aparece na Decisão nº 33 (BVerfGE 33, 303), de 1972, em que se realizou o controle concreto de dois casos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera, e se discutiu o acesso a vagas no ensino superior a partir do artigo 12, §1º, da Lei Fundamental, que estabelece o direito de eleição da profissão, lugar de trabalho e formação (MARTINS, 2005, p. 656).

O objeto desses dois processos eram as regulamentações de admissão para o curso de medicina nas universidades de Hamburg e da Baviera, dos anos de 1969 e 1970, que definiam certas restrições de acesso a este curso, porquanto, pela Lei Universitária de Hamburg, as vagas seriam distribuídas de acordo com fatores de desempenho e se daria prioridade aos candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou o serviço civil alternativo, e, pela Lei de Admissão às Universidades Bávaras,

era possível limitar o número de estudantes em determinada área do conhecimento se fosse essencial para a manutenção do funcionamento regular do curso, considerando as instalações das universidades (MARTINS, 2005, p. 656-658).

No mencionado caso, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido pela Lei Fundamental, decorre um direito à admissão em curso universitário, que pode ser limitado por lei ou com base em uma lei, sendo condições de constitucionalidade desta limitação que seja realizada nos limites do estritamente necessário e que se baseie em critérios racionais (MARTINS, 2005, p. 659). Como a pretensão jurídica da admissão universitária foi entendida como direito social de participação a prestações estatais, concluiu-se que a sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação serem submetidos à reserva do possível, e necessariamente terem que ser regulamentados (MARTINS, 2005, p. 665).

O fundamento considerado é o de que o legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre as limitações do direito de acesso e aos critérios de escolha, assim como que somente se pode exigir do Estado aquilo que for razoável, dentro dos limites possíveis, em contraposição ao direito de livre escolha dos locais de formação:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da livre auto-determinação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de liberdade. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que

o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social (MARTINS, 2005, p. 663 – 664).

Destacou-se na decisão, ademais, que “o indivíduo deve tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa” (MARTINS, 2005, p. 664), dentro do contexto da tensão indivíduo-coletividade, sendo importante esta consideração no tocante à garantia de participação dos indivíduos em benefícios estatais:

Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades] (MARTINS, 2005, p. 664).

O argumento da reserva do possível, na sua origem, portanto, não se vincula necessariamente a questões orçamentárias, considerando que o comprometimento do Estado com as pretensões dos indivíduos, na decisão judicial supracitada, foi apreciado de acordo com os limites possíveis, sem prejuízo aos demais interesses da coletividade, no sentido de que não se pode exigir do Estado prestacional o impossível, sem se aludir à existência ou não de recursos orçamentários disponíveis para a abertura de mais vagas nas universidades, em determinados cursos, que atendessem à demanda de todos aqueles que desejassem o acesso à área de conhecimento específica. A concepção da reserva do possível, assim, relaciona-se com a aplicação da proporcionalidade, tendo em vista que os direitos sociais devem ser realizados na medida da proporcionalidade, harmonizando-se os direitos individuais com os interesses coletivos.

No Brasil, importou-se a teoria dos custos do direito norte-americano, por meio da qual se entende que o direito à política pública somente surge se houver disponibilidade financeira, dado que, em um Estado liberal, os direitos sociais não representam um fim em si mesmo, sendo um meio de manutenção do funcionamento do Estado e uma garantia das liberdades, na medida em que a disparidade social entre os cidadãos pode ensejar um ódio entre as classes, ameaçando “a estabilidade social” e o “regime da propriedade privada em si” (BITENCOURT, 2014, p. 218-219). Para esta concepção, os benefícios coletivos devem equivaler às despesas realizadas pela

comunidade, de modo que as políticas públicas, como meio para a realização dos direitos sociais, somente existirão se o orçamento assim permitir, inexistindo a vinculação dos direitos sociais à ideia da dignidade humana (BITENCOURT, 2014, p. 221).

Ocorre que a mencionada teoria dos custos do direito foi elaborada para uma realidade específica, no contexto do Estado liberal, porquanto, no direito norte-americano, a Constituição não prevê os direitos sociais como deveres do Estado, tampouco estabelece o princípio da dignidade humana como uma garantia fundamental, ao contrário da Constituição brasileira, deixando uma margem de liberdade para que os Estados adotem “as medidas que entenderem necessárias às garantias individuais de seus cidadãos e das condições mínimas para que estes exerçam plenamente suas liberdades” (BITENCOURT, 2014, p. 219).

Diante destas diferenças entre a realidade constitucional brasileira e a norte-americana, depreende-se a necessidade da aplicação da reserva do possível de forma contextualizada com o modelo constitucional adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, realizando-se as adaptações necessárias em relação à importação de teorias elaboradas para outros sistemas jurídicos, o que deve ser observado pelo julgador em ações judiciais envolvendo direitos sociais.

Para tanto, importante que a aplicação da reserva do possível, de forma contextualizada à realidade brasileira, observe as seguintes questões: efetiva disponibilidade fática de recursos, disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e a problemática da proporcionalidade da prestação, especialmente quanto à sua exigibilidade e razoabilidade (SARLET, 2015, p. 288). A reserva do possível não abrange, deste modo, somente questões orçamentárias do Estado, na medida em que compreende “a proporcionalidade e a razoabilidade das prestações, do que o indivíduo pode exigir da sociedade” (MAAS; LEAL, 2014, p. 1135).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que o Estado não pode descumprir as suas obrigações constitucionais com fundamento na reserva do possível, relacionado a questões financeiras, ressalvado justo motivo objetivamente aferível, sintetizado no voto do Ministro Celso de Melo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 MC/DF (BRASIL, 2004):

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e

censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre 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.

O objeto da referida ação foi o veto presidencial ao artigo 55, §2º - posteriormente renumerado para o artigo 59<sup>11</sup> -, da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003, destinada à fixação das diretrizes referentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004, com o fundamento de que este veto implicaria um desrespeito à EC 29/2000, que foi promulgada para a garantia dos recursos financeiros mínimos que seriam aplicados nas ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 2004). Inobstante ter sido julgada prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental supracitada, pela perda superveniente do objeto, considerando que foi editada a Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, foi debatido, pela Corte, a questão atinente à reserva do possível (BRASIL, 2004).

Após ter sido apontado que a realização de direitos econômicos, sociais e culturais depende, em certa medida, de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, foi relevado que, embora não se possa desconsiderar a limitação de recursos ao se afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, deve ser considerado que a Constituição Federal tem como meta a promoção do bem estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de dignidade, incluindo as condições mínimas de existência (mínimo existencial) (BRASIL, 2004). O mínimo existencial, para a Corte, deve conviver com a reserva do possível, traduzindo um binômio que compreende a razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira para a efetivação das pretensões positivas reclamadas do Estado, sendo papel do Poder Judiciário intervir nas ações dos demais Poderes quando

---

<sup>11</sup> O dispositivo foi assim redigido: “Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza” (BRASIL, 2004).

estes agirem de modo não razoável ou procederem com a intenção de comprometer a eficácia destes direitos (BRASIL, 2004).

Outros importantes casos debatidos pela Corte relacionados à reserva do possível dizem respeito à concretização do direito à saúde, em especial nas situações de tratamentos ou medicamentos de alto custo ou não registrados pela agência reguladora no país.

No Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, que tramitou em sede de repercussão geral, o debate relaciona-se a se definir se, “à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal”, existe “a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo” (BRASIL, 2020b). A Corte definiu que o Estado não está obrigado a fornecer medicamentos de alto custo que não estejam no rol da lista do Sistema Único de Saúde (SUS), salvo em situações excepcionais, consistentes na comprovação, no caso, da imprescindibilidade do tratamento, dentro do contexto da adequação e necessidade; da impossibilidade de substituição do remédio por outro similar e da incapacidade financeira do paciente e dos membros de sua família em custear o tratamento (BRASIL, 2020b).

No Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ao ter em conta o direito à saúde e a competência da agência reguladora do setor (Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA), decidiu sobre a possibilidade do Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamentos sem registro pela agência reguladora supracitada (BRASIL, 2019, p. 4). Após a consideração do conflito existente no caso concreto, a Corte firmou o entendimento de que o Poder Judiciário pode determinar o fornecimento dos medicamentos, nesta hipótese, se preenchidos os seguintes requisitos (BRASIL, 2019, p. 4):

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. [...]

O Ministro Luis Roberto Barroso, nesta decisão, enfatizou que o caso envolvia a colisão dos direitos à vida e à saúde do paciente que demanda o fornecimento do remédio com os direitos à vida e à saúde dos demais cidadãos, diante da escassez dos recursos e da possibilidade de que a concessão do medicamento ao demandante representasse a não concessão deste fármaco a outras pessoas, e com o direito do próprio autor, na medida em que, por não ter autorização da agência reguladora, poderia não existir comprovação científica da eficácia do remédio (BRASIL, 2019, p. 35).

No Recurso Extraordinário nº 1.165.959/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu, ao apreciar a concretização do direito à saúde, que cabe ao Estado fornecer, de forma excepcional, medicamentos sem registro na ANVISA, mas cuja importação é autorizada por esta agência de vigilância sanitária, desde que presentes os requisitos de incapacidade econômica do requerente, imprescindibilidade clínica do tratamento e impossibilidade de utilização de medicamento similar que tenha registro no país (BRASIL, 2021a, p. 2).

A teoria da reserva do possível, em um aspecto geral, pode permitir a consideração, na proporcionalidade, de questões econômicas, que não representa uma absoluta exaustão dos recursos públicos, tampouco uma análise apenas do impacto econômico da pretensão individual em face do universo de recursos públicos existentes, como explica Sarmiento (2008, p. 571-572):

Uma possibilidade extrema, que deve ser desde já descartada, seria associar a reserva do possível fática à absoluta exaustão de recursos públicos. De acordo com esta exegese, uma postulação em juízo compreendida no âmbito de proteção de direito social somente poderia ser denegada se ficasse evidenciada a completa falta de recursos do Estado para satisfazê-la. Esta compreensão me parece incorreta, pois ignora a necessidade do Poder Público de atender a uma infinidade de outras demandas onerosas – muitas delas igualmente alicerçadas na Constituição. Ela permitiria que, em nome da proteção do direito de uma pessoa, todos os direitos e interesses legítimos das demais que necessitassem de recursos públicos fossem completamente sacrificados.

Outra interpretação seria a de conceber a reserva do possível como uma avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual do titular do direito fundamental sobre o universo de recursos públicos existentes. Esta exegese não gera efeitos tão radicais como a primeira, na medida em que preserva a possibilidade de denegação de uma prestação sempre que os seus custos acarretem um impacto muito elevado sobre as contas públicas e possam comprometer gravemente a satisfação de outros direitos fundamentais ou necessidades sociais de igual relevância. Porém, entendo que esta posição também não é correta, falhando por não levar a sério a igualdade entre as pessoas. [...] Assim, se o parâmetro for este, praticamente toda pretensão formulada em ações individuais será acolhida, ainda quando seja economicamente impossível para o Estado estender o mesmo benefício a todas as pessoas em idêntica situação. Ocorre que o



Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de dar a todos os que encontrarem na mesma posição. Esta é uma exigência fundamental imposta pelo princípio da igualdade, que não pode ser postergada.

Defende Sarmiento (2008, p. 572) que “a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”, de modo que deve ser avaliada a legitimidade constitucional da omissão no caso do direito social em questão, que enseja a necessidade de se observar o princípio da isonomia, no sentido de que “pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições”.

Independentemente da concepção que se adote, o argumento da reserva do possível, para ser admitido, não pode ser formulado abstratamente, de modo que a Administração deve comprovar que não tem condições ou recursos para universalizar a medida requerida, sendo possível que, se comprovada a inexistência de recursos para universalizar a prestação, o julgador decida pelo não provimento da prestação (SOUZA NETO, 2008, p. 545).

A título ilustrativo, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP, o Supremo Tribunal Federal, ao debater sobre o direito à educação infantil, especificamente a garantia de acesso à educação básica, considerou que o Poder Judiciário pode, em caráter excepcional, determinar a implementação das políticas públicas formuladas e executadas pelos demais poderes, não podendo a cláusula da reserva do possível ser arguida para afastar a obrigação do Estado de concretizar o direito social, salvo na ocorrência de justo motivo objetivamente aferível (BRASIL, 2006b), destacando a necessidade de comprovação, pelo ente federado, da ausência de condições de concretização do direito social.

No aspecto, tem relevante importância a lei da ponderação, que determina que “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam” (ALEXY, 2015a, p. 67-68), de forma que o não provimento da prestação somente poderá ocorrer se existirem razões fortes para justificar a restrição intensiva ao direito fundamental, indicando que o argumento da reserva do possível não pode constituir uma retórica vazia.

A reserva do possível representa, nesta linha de raciocínio, um parâmetro a ser considerado pelo julgador quando da aplicação da proporcionalidade, reforçando que, na ação judicial individual envolvendo direitos sociais, há uma colisão de princípios, devendo ser resolvida por meio da proporcionalidade, principalmente pelo princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

A consideração do argumento da reserva do possível, por sua vez, permite auxiliar o julgador no contexto das dificuldades decorrentes dos efeitos da decisão judicial para a coletividade, o orçamento público e os direitos dos demais indivíduos, tendo em conta que permite considerar, na proporcionalidade, os princípios formais e os direitos de terceiros, bem como a escassez de recursos, de modo que, se aplicada de forma adequada, com a devida comprovação das alegações do ente federado, pode permitir que a decisão judicial seja universalizada para casos semelhantes, não ferindo a isonomia ou impactando indevidamente o espaço de atuação do legislador e administrador. Além disso, pode o argumento da reserva do possível contribuir para amenizar o contraste entre o desenho do processo civil, pensado para conflitos individuais, e os interesses da coletividade, justamente ao reforçar a inclusão, na colisão a ser resolvida pela proporcionalidade, dos princípios formais e dos direitos de terceiros.

#### 4.2.2 O núcleo essencial do direito social

A aplicação da proporcionalidade em casos envolvendo direitos sociais não pode desconsiderar o mínimo existencial, porquanto o Estado deve assegurar este mínimo, tendo a dignidade humana “precedência sobre as possibilidades financeiras quando o mínimo existencial não se vê garantido” (ALEXY, 2015e, p. 177). A dignidade humana, na forma de princípio, “deverá ser recepcionada como um mandamento de otimização, cabendo ao legislador e demais atores constitucionais jurídicos satisfazê-la na maior medida do possível, mediante o emprego de mecanismos de efetivação, além de buscar rechaçar eventuais tentativas violadoras” (NERY; MASSON, 2015, p. 185).

A dignidade humana representa um princípio constitucional que “funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”, abrangendo o conceito um conteúdo mínimo, que compreende as noções de que o homem é um fim em si mesmo e de que o Estado existe para o indivíduo, e não o contrário, assim como a autonomia pessoal, que “significa o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos” (BARROSO,

2016, p. 64 e 77). A dignidade humana compreende, ainda, um valor comunitário, no sentido de enfatizar o “papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”, restringindo a autonomia individual (BARROSO, 2016, p. 88).

Neste aspecto, embora a efetivação dos direitos sociais demande recursos públicos, não se pode aceitar uma violação do conteúdo resguardado pela noção de mínimo existencial, considerado como um direito fundamental implícito e exigível:

Todos os direitos fundamentais dependem do orçamento público para serem efetivados. O problema – ou a solução – está em definir quais bens jurídicos serão protegidos. Diferente do argumento da inexistência de recursos é a escolha que se procede à revelia das normas constitucionais (OLSEN, 2012, p. 211). Acrescente-se, a título de complemento, também se fazer necessário e indispensável decidir em que grau de prioridade e em favor de quais beneficiários, tudo decorrente de juízo de restrição de meios e de compromisso com a justiça e equidade.

Embora se tenha conhecimento de que a reserva do possível representa a condição de limite fático e jurídico à efetivação de direitos fundamentais, não se pode perder de vista que é obrigação inerente a todos os órgãos e agentes públicos a tarefa de maximizar recursos e minimizar os impactos causados pela reserva do possível (SARLET, 2012, p. 363). Assim, a fundamentação de uma impossibilidade prestacional com base na reserva do possível é, por certo, arguível dada situação, o que não se admite é a vulgarização do argumento por meio de invocação genérica, sem uma cabal demonstração concreta das limitações eventualmente proclamadas (NERY; MASSON, 2015, p. 206-207).

Há, nesta linha de raciocínio, a aplicação da ideia de limites aos limites, como explica Mônia Clarissa Hennig Leal (2015, p. 157):

[...] Assim, quando a realização de um princípio não é possível senão às custas da restrição de outro, tem-se que, quanto maior a não realização de um, maior deve ser a importância e realização do princípio contrário.

Em tal contexto, também as limitações são tidas como limitadas, configurando-se uma ideia de “limites aos limites” (*Schranken-SchrankenTheorie*), constituindo-se o “núcleo essencial” em um balizador, ao estabelecer uma linha de intervenção e de restrição para além da qual a realização do direito em pauta fica comprometida. O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais estabelece, por conseguinte, não apenas que eles são restringíveis, mas também que a sua própria limitação é limitada (“proibição de excesso”).

De qualquer forma, por mais que o “núcleo essencial” configure um “mínimo”, um núcleo intangível, ele se insere em uma lógica na qual prevalecem as noções de “máxima realização possível” e de “mínima restrição necessária”.

No Brasil, a garantia do mínimo existencial, que consiste em um conteúdo mínimo de satisfação dos direitos, implicando condições mínimas para uma vida

humana digna, tem como parâmetros os indicadores constitucionais de “construção de uma sociedade justa, livre e solidária”, “garantia do desenvolvimento nacional”, “erradicação da pobreza e da marginalização”, “redução das desigualdades sociais e regionais” e “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (MAAS; LEAL, 2014, p. 1133-1134).

Deve ser definido, portanto, o que pode ser considerado o mínimo existencial no caso concreto apreciado pelo julgador na ação judicial, ressaltando-se que o conteúdo do mínimo existencial pode variar no tempo, como esclarece Borowski (2013, p. 37):

O modelo de ponderação também pode esclarecer como, no decorrer do tempo, o mínimo existencial devido a partir dos direitos fundamentais sociais se alterou. Quando se alteram as circunstâncias fáticas, sob as quais os princípios contrários colidem, o resultado da ponderação também pode mudar. Mesmo em períodos de abundância, um Estado deve satisfazer as necessidades sociais urgentes, antes que se possam erguer construções suntuosas. Entretanto, também é possível que, com a escassez dos recursos financeiros, que no todo estiverem disponíveis, o definitivamente devido em direitos fundamentais sociais diminua, de modo que, nesse caso, só devam ser atendidas necessidades muito urgentes.

A definição do núcleo essencial do direito social no caso concreto depende da teoria adotada para a restrição ao direito fundamental, na medida em que a necessidade de preservação do núcleo essencial influencia a solução da colisão entre princípios, destacando-se as teorias interna ou externa e absoluta ou relativa.

A teoria interna compreende que o conteúdo essencial de cada direito representa um limite imanente, insuscetível de ponderação, de modo que, a rigor, inexistente propriamente uma restrição a direitos fundamentais (TORRES, 2008, p. 318). O conteúdo essencial do direito fundamental, para a referida teoria, representa uma garantia de que o conteúdo do direito não será esvaziado após a ponderação dos princípios constitucionais em colisão no caso concreto (CLÉRICO, 2009, p. 89).

A partir da compreensão do conteúdo essencial do direito social como uma garantia, pela teoria interna, adota-se a posição das teorias absolutas, que compreendem que o núcleo de cada direito fundamental não pode ser objeto de ponderação, pressupondo os direitos como regras, e não princípios (TORRES, 2008, p. 320). Para a teoria absoluta, o conteúdo essencial representa um núcleo duro do direito fundamental que pode ser determinado independentemente da ponderação, do que se depreende que qualquer restrição que viole este núcleo duro deve ser proibida definitivamente dentro

do ponto de vista constitucional (CLÉRICO, 2009, p. 88). Segundo a teoria absoluta, “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma” (ALEXY, 2015d, p. 298).

Caso se adote a referida teoria, a proporcionalidade somente pode ser aplicada na parte do direito que pode ser restringida, fora do núcleo que representa o conteúdo essencial, que deve permanecer inalterado (CLÉRICO, 2009, p. 90). O núcleo essencial do direito, por consequência, estaria rodeado por uma coroa, na qual as intervenções são possíveis (TORRES, 2008, p. 320).

A teoria absoluta apresenta como desvantagem a dificuldade de se determinar o que consiste o núcleo duro do direito em questão, sendo uma das possibilidades de definição a consideração do grupo de regras dos direitos fundamentais que determinam o seu conteúdo mínimo e inderrogável a partir da prática constitucional, o que pressupõe uma rede de precedentes em que formadas regras-resultados das ponderações em casos semelhantes (CLÉRICO, 2009, p. 90).

Somado à dificuldade de definição prévia do núcleo essencial do direito fundamental social, a garantia do mínimo existencial como direito social definitivo, decorrente da impossibilidade de restrição pela proporcionalidade, exigiria um aporte significativo de recursos financeiros, de modo que a judicialização deste direito ensejaria uma afetação muito intensa dos princípios colidentes, como o democrático, conforme destaca Leivas (2008, p. 298-299):

Segundo esse modelo, somente deixa-se de reconhecer direitos fundamentais sociais cuja realização possa ser qualificada como grave-grave, como é o caso do mínimo existencial, em casos excepcionais, por exemplo, quando possa ser gerada uma crise econômica que também possa qualificar de grave-grave a afetação dos princípios que ela atinge.

[...] Em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes.

Posso, então, afirmar que a importância da satisfação do mínimo existencial e o grau de afetação dos princípios colidentes conduzem, considerando as condições econômicas e sociais do Brasil atual, a direitos definitivos ao mínimo existencial. Não posso excluir, contudo, que as circunstâncias excepcionais impeçam que o direito *prima facie* ao mínimo existencial seja reconhecido como direito definitivo.

Como contraponto à teoria interna, pode ser apontada a teoria externa de restrição aos direitos fundamentais, que compreende que esta ocorre por meio de

intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial, podendo ser restrições diretamente constitucionais, quando enunciadas por meio de normas constitucionais, ou indiretamente constitucionais, quando autorizadas pela Constituição, que autoriza a limitação, sendo pressuposto desta teoria a existência do direito *prima facie*, ou direito não limitado, e a restrição deste direito, que enseja como resultado o direito definitivo ou limitado (TORRES, 2008, p. 317-318). Para a teoria externa, o conteúdo essencial do direito resulta da ponderação e coincide com o mínimo essencial (TORRES, 2008, p. 318).

Por meio desta teoria, pode ser afirmado que a aplicação da proporcionalidade define o conteúdo essencial do direito fundamental, ou seja, somente se viola o conteúdo essencial se a medida não for proporcional (PULIDO, 2014, p. 716). Para a teoria relativa, “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”, de modo que as restrições que respeitem a proporcionalidade “não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental” (ALEXY, 2015d, p. 297-298). O conteúdo essencial do direito fundamental social representaria uma garantia, que, de acordo com as teorias relativas, surge a partir do resultado da ponderação, de modo que “as restrições que surgem da aplicação do princípio da proporcionalidade não ferem a garantia do conteúdo essencial, nem mesmo quando no caso particular não deixam nada do direito fundamental” (TORRES, 2008, p. 320).

De acordo com a teoria relativa do conteúdo essencial, há uma identidade entre o princípio da proporcionalidade e o conteúdo essencial, tendo em vista que “o que é desproporcional e apenas o que for desproporcional viola o núcleo essencial”, no sentido de que “o conteúdo essencial representa aquilo que remanesce depois da aplicação do princípio da proporcionalidade” (PULIDO, 2014, p. 716). A teoria tem como pressuposto a compreensão de que não existe uma identidade entre proporcionalidade e conteúdo essencial, e, sim, uma implicação, no sentido de que o que for desproporcional viola o conteúdo essencial, embora este conteúdo possa ser violado de outras formas, de modo que “sempre que se aplica o princípio da proporcionalidade se define uma parte do conteúdo essencial do direito fundamental, mas o referido conteúdo não consiste unicamente naquilo que se define mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade” (PULIDO, 2014, p. 717).

Ao abordar as teorias absoluta e relativa, defende Robert Alexy (2015d, p. 304) que a garantia do conteúdo essencial não acarreta um limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais, porquanto representa uma parte da proporcionalidade.

Sustenta Alexy (2015d, p. 300-301) que a teoria absoluta, na realidade, não pode afirmar que razões mais importantes para a restrição do direito fundamental não prevalecem, e, sim, que não existem razões mais importantes que justifiquem uma maior restrição a este direito:

Quando a teoria absoluta afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição, ela está, em certa medida, correta. No entanto, ela está correta exatamente na medida em que se apoia na teoria relativa. Acima foi demonstrado que, quanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente. A força das razões contrapostas tem que crescer de forma sobreproporcional. Isso corresponde à lei da taxa marginal decrescente de substituição, representável por meio de curvas de indiferenças. Nesse sentido, há condições sob as quais é possível afirmar com enorme segurança que nenhum princípio colidente prevalecerá. Mas o caráter absoluto dessa proteção permanece como uma questão que diz respeito à relação entre os princípios envolvidos. Assim, não é possível excluir uma constelação na qual os princípios contrapostos prevaleçam. Contudo, a segurança da proteção é tão grande que, em condições normais, é possível falar em proteção absoluta. Mas não se pode perder de vista o fundamento relativo dessa proteção. A extensão da proteção “absoluta” depende de relações entre princípios.

A restrição do direito fundamental social, nesta linha de raciocínio, deve ter como ponto de partida a lei da ponderação, que indica que "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2015a, p. 68-69), no sentido de que a maior ou menor proteção do direito depende da relação entre os princípios, sendo possível uma proteção absoluta em determinados casos. Um grau intenso de essencialidade da prestação relacionada ao mínimo existencial e à dignidade humana exige que as razões para o seu não atendimento, diante da colisão entre princípios, sejam excepcionais e graves.

Em outras palavras, ao se ter em conta a ponderação, ou seja, a relação entre a importância de satisfação de um princípio e a de afetação do outro princípio colidente, denota-se que a afetação muito intensa de um dos princípios somente pode ser justificada pelo grau muito alto de importância de satisfação do outro princípio, razão pela qual a restrição cada vez maior de um dos princípios exige cada vez mais razões excepcionais e significativas para tanto, indicando que, quanto mais é restringido, mais o princípio limitado adquire uma resistência. Robert Alexy, deste modo, defende a teoria relativa, sustentando que a força das razões contrapostas à satisfação de um dos

princípios deve crescer de forma proporcional à intensidade da restrição do princípio colidente.

Neste contexto de crescimento da força das razões contrapostas à medida em que o direito social sofre restrições cada vez mais intensas, acentua-se a importância da proporcionalidade, porquanto permite, por meio da lei da ponderação, identificar o que deve ser justificado racionalmente pelo julgador quando da restrição ao direito fundamental social e determinar uma maior carga argumentativa em função do maior grau de não satisfação deste direito, como aponta Alexy (2015e, p. 171):

De acordo com a lei do sopesamento - que corresponde à curva de indiferença de segundo nível -, a decisão acerca da correção desses sopesamentos deve ser tomada com base nos graus de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não-satisfação (não-afetação/afetação) do outro. Mas esses conceitos são ineficazes a uma metrificação que possa levar a um cálculo de resultados intersubjetivamente inequívoco. A lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Aquele que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância da satisfação do princípio colidente ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse alto grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância. Os argumentos que podem ser utilizados na fundamentação desse tipo de enunciados não são relacionados especificamente ao sopesamento. É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica.

Nos casos de não atendimento do núcleo de essencialidade ou necessidade dos direitos sociais, que ensejem dano grave ao indivíduo, por exemplo, o Estado deve ser obrigado a prestar assistência, exceto em caso de impossibilidade absoluta (LEIVAS, 2008, p. 295). Neste sentido, “a atuação judiciária em litígios individuais é especialmente legítima quando a não garantia do direito social tender a causar prejuízos irreversíveis”, a exemplo da concessão de ensino pré-escolar em idade própria e entrega de medicamento a tempo para preservar a saúde (SOUZA NETO, 2008, p. 544).

Uma posição de prestação estará definitivamente garantida, portanto, quando o valor por trás do direito social exija com urgência a satisfação de uma necessidade e os princípios contrários, como o democrático em favor do legislador, sejam afetados de modo reduzido, sendo esta hipótese presente quando se trata de direitos fundamentais sociais mínimos, a exemplo da educação escolar (SANCHÍS, 2009, p. 206).



A atuação judiciária pode ser também legítima em determinadas hipóteses que não pressupõem dano irreversível, como explica Souza Neto (2008, p. 545):

Há hipóteses, contudo, em que a atuação judiciária em litígios individuais é legítima mesmo que não haja risco de dano irreversível. É o que ocorre quando o administrador deixa de cumprir a lei ou de entregar as prestações que se comprometeu a provar em seus próprios programas. Quando, por exemplo, a Administração elabora uma lista de medicamentos e deixa de entregá-los à população, é adequado que o cidadão, individualmente, ajuíze ação tendo em vista obter imediatamente a prestação. Nessa hipótese, as objeções acima não prevalecem. É o governo que está agindo contraditoriamente, que não está cumprindo a decisão refletida que tomou quando elaborou o programa. O parâmetro pode ser formulado nos seguintes termos:

O acesso direto aos litigantes individuais deve ser facultado (a) quando a não entrega da prestação possa causar dano irreversível ou (b) quando a prestação estiver prevista em texto legal ou em programa governamental, vedando-se, sobretudo, o comportamento contraditório.

Importante considerar que a impossibilidade de restrição intensa de direitos sociais sem justo motivo justifica a atuação do Poder Judiciário para a concretização deste direito fundamental, ainda que por meio da imposição de obrigação de fazer, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em diferentes casos, que envolviam, sob diferentes enfoques, uma omissão estatal na execução adequada de políticas públicas ou no cumprimento de seus deveres.

A título ilustrativo, na tutela de urgência na ação civil ordinária nº 3473, o Supremo Tribunal Federal, ao considerar o direito social à saúde e a inércia da União no desempenho das funções institucionais de coordenação nacional no enfrentamento da situação de emergência causada pela pandemia do COVID – 19 e de promoção de auxílio técnico e financeiro aos Estados, entendeu legítima a atuação do Poder Judiciário para concretização do direito à saúde, determinando à União que analisasse, de forma imediata, os pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelo Estado requerente, restabelecesse, de forma proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento do COVID – 19 e prestasse suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTIs no Estado requerente, de forma proporcional às demais unidades federativas (BRASIL, 2021b). Pelos mesmos fundamentos, a Corte, na tutela de urgência na ação civil ordinária nº 3490, determinou à União que apresentasse um planejamento detalhado sobre as ações praticadas e a serem praticadas para garantir o suprimento dos insumos do kit de intubação dos pacientes com COVID – 19, englobando o nível dos estoques de medicamentos, a

previsão de aquisição de novos medicamentos e os recursos financeiros destinados às necessidades de aquisição e distribuição dos insumos (BRASIL, 2021c).

O Supremo Tribunal Federal, a título ilustrativo, consolidou o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar a adoção, pela Administração Pública, de medidas assecuratórias de direitos constitucionais reconhecidos como essenciais, a exemplo do direito à educação, sem que represente uma violação do princípio da separação de poderes, a exemplo do entendimento adotado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 850.215/PB, em que imposta a obrigação de fazer ao Estado, consistente na reforma de uma escola que se encontrava em situação precária, colocando em risco alunos e funcionários (BRASIL, 2015). No mesmo sentido, no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, a Corte determinou ao Estado a execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, não tendo sido aceito o argumento de que a omissão estatal estaria justificada pela reserva do possível (BRASIL, 2016).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, a Corte apreciou a tutela do direito à vida e à saúde de comunidades indígenas, no contexto da pandemia do COVID-19, em relação à atuação do Estado na execução de políticas públicas de contenção da contaminação, como criação de barreiras sanitárias e elaboração de plano de enfrentamento e monitoramento do contágio, determinando à União que criasse barreiras sanitárias e medidas emergenciais para o combate à disseminação do vírus, disponibilizasse a todos os indígenas a utilização do Subsistema de Saúde Indígena e elaborasse e monitorasse um plano de enfrentamento da pandemia, com participação das comunidades (BRASIL, 2020a). Na decisão, foi ressaltada a omissão do Poder Público no combate à pandemia, em relação aos povos indígenas, bem como a necessidade de diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição (BRASIL, 2020a).

O julgador, neste sentido, ao aplicar a proporcionalidade com base na teoria de Robert Alexy, deve considerar a teoria relativa de restrição aos direitos sociais e a necessidade de observar a lei da ponderação, que impõe a fundamentação racional da afetação do direito e a presença de razões com intensidade crescente, a depender do grau de restrição ao direito social. O grau de intensidade de cada princípio e as razões justificadoras da restrição, por sua vez, são específicas em cada caso concreto, a depender da colisão presente na demanda judicial.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No modelo do Estado Constitucional, verifica-se uma mudança de paradigma em relação ao modelo do Estado formal de Direito, considerando a superioridade da Constituição e, por consequência, dos direitos fundamentais, que representam uma ordem de valores e um limite ao exercício do poder político pelo Estado, que somente será legítimo se respeitar estes direitos fundamentais. A necessidade de respeito aos direitos fundamentais, que, inclusive, permite compreender a democracia não mais como a decisão da maioria soberana, acarreta a necessidade de justificação, pelo Estado, das decisões que implicarem a restrição a tais direitos. Neste modelo, observa-se ainda o fortalecimento do Poder Judiciário como instituição de promoção da proteção dos direitos fundamentais, por meio da jurisdição.

A consagração dos direitos sociais, como direitos a prestação por parte do Estado, atingiu o seu ápice no contexto do modelo do Estado Constitucional, diante da constitucionalização destes direitos, cada vez mais compreendidos com força vinculante, e não como meras disposições programáticas. O surgimento e a expansão do Estado Social como modelo de organização estatal presente em ordenamento jurídicos compreendidos no modelo do Estado Constitucional permitiram a concretização dos direitos sociais de forma mais efetiva, no sentido de que, apesar de os direitos sociais serem prévios ao Estado Social, foi somente neste modelo que direitos desta natureza foram tratados como direitos que devem ser tutelados pelo sistema constitucional de forma completa, dentro do contexto de maior proteção dos direitos fundamentais.

A maior proteção conferida aos direitos sociais é importante, por sua vez, ao considerar que o seu objetivo é permitir, em uma sociedade marcada pela desigualdade, o exercício da liberdade e da igualdade real e efetiva por todos. O Estado, neste sentido, deve atuar ativamente para garantir a proteção e a concretização destes direitos sociais, de significativa importância.

A influência desta mudança de paradigma pode ser verificada no Brasil, diante das características da Constituição Federal de 1988, que promoveu uma série de mudanças em relação às Constituições anteriores, destacando-se a inserção de um rol de direitos fundamentais, que incluem direitos sociais, no início do documento e com aplicabilidade imediata, e o fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais pela atuação do Poder Judiciário. Como se procurou demonstrar no presente trabalho, há

espaço para que a Constituição Federal de 1988 possa compreendida a partir do modelo do Estado Constitucional.

A consagração dos direitos sociais nas Constituições, entretanto, ensejou diferentes debates doutrinários acerca do sentido e eficácia das disposições constitucionais de direitos a prestação em sentido estrito. Os debates que surgiram produzem reflexos, por sua vez, no espaço de atuação do Poder Judiciário, principalmente por se relacionarem à possibilidade ou não de judicialização dos direitos sociais, considerando que, a depender da sua compreensão como direitos subjetivos ou não e como realizáveis de forma definitiva ou não, a teoria adotada pode resultar em diferentes conclusões acerca da possibilidade de ajuizamento de ações judiciais para a concretização destes direitos e de sua restrição.

Levando-se em conta que, no Brasil, pode ser verificada a influência do modelo do Estado Constitucional e do Estado Social, os debates supracitados também se fazem presentes, tendo sido acentuados pelo fenômeno da judicialização dos direitos sociais por meio de ações individuais.

O julgador, nas ações judiciais individuais que envolvam direitos sociais, depara-se, nesta linha de raciocínio, com uma série de dificuldades, consistentes na limitação de sua atuação (problema da competência), nos efeitos da sua decisão em relação à coletividade, sobretudo diante da necessidade de promoção da isonomia no tratamento das necessidades, que devem ser satisfeitas por meio de recursos escassos, e no desenho do processo civil, voltado aos interesses particulares das partes, em contraste com a natureza dos direitos sociais.

As mencionadas dificuldades reforçam a necessidade de o julgador adotar critérios racionais em ações judiciais desta natureza, a fim de que possa ter condições de obter uma decisão adequada ao modelo constitucional vigente.

No presente trabalho, optou-se por verificar a forma pela qual a proporcionalidade, entendida na pesquisa como um dos possíveis caminhos a serem seguidos, pode ser utilizada como uma ferramenta para auxiliar o julgador em ações judiciais individuais de concretização dos direitos sociais no modelo constitucional brasileiro.

O ponto de partida adotado para responder à pergunta de pesquisa é o de que uma das possíveis leituras da Constituição Federal de 1988 é a relacionada ao paradigma do Estado Constitucional e do Estado Social.

Buscou-se demonstrar, no presente trabalho, que a Constituição vigente no país permite a adoção deste ponto de vista, marcado pela superioridade dos direitos fundamentais e pela necessidade de justificação racional das restrições a estes direitos, por atuarem como fator de legitimidade do exercício do poder político estatal. Os direitos fundamentais, neste modelo, limitam e legitimam a atuação do Estado, do que se denota que devem ser compreendidos como vinculantes e otimizados na maior medida do possível, sendo este um dos pontos de partida para o desenvolvimento da ideia de proporcionalidade por Robert Alexy.

Outra ideia chave para a aplicação da teoria de Robert Alexy é a de que a Constituição implica uma colisão de direitos fundamentais, entendida como colisão entre princípios, cuja solução deve considerar a sua condição de norma e a necessidade de sua aplicação na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, de modo que a proporcionalidade, ao trabalhar com a noção de posição jurídica *prima facie*, permite a resolução da colisão de forma a se considerar todos os direitos fundamentais envolvidos.

A primeira hipótese elaborada para a pesquisa foi confirmada, porquanto a Constituição brasileira de 1988, se compreendida no contexto do Estado Constitucional, abre espaço para a adoção da tese material que considera as disposições de direitos sociais como posições jurídicas *prima facie*, permitindo, ao lado da compreensão de que a proporcionalidade decorre do caráter de princípios dos direitos fundamentais, como essência do Estado Democrático de Direito, a aplicação da teoria de Robert Alexy, ainda que sem referência expressa sobre a aplicabilidade da proporcionalidade aos direitos sociais. A possibilidade de utilização desta forma de leitura da Constituição é acentuada pela previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que incluem os direitos sociais.

Diante deste contexto, conclui-se pela aplicabilidade, no modelo constitucional brasileiro, da teoria de Robert Alexy sobre a proporcionalidade, como uma das possíveis formas de se dar solução à colisão de direitos fundamentais que marca a Constituição. O detalhe a ser considerado, no aspecto, é o de que a Constituição Federal de 1988, em contraste com a Lei Fundamental Alemã, positivou uma série de direitos sociais, do qual uma parte foi densificada pelas disposições constitucionais, fundamento pelo qual a aplicação da proporcionalidade não necessita considerar com primazia a liberdade material que assegura o direito social, e, sim, o próprio direito social previsto constitucionalmente.

A adoção da proporcionalidade para o modelo constitucional brasileiro, como uma das possíveis formas de se compreender e solucionar o conflito de interesses envolvendo direitos sociais em ações judiciais individuais, além de considerar o referido plano de fundo, requer a adoção dos pressupostos que representam a base teórica deste modelo, considerando que a teoria elaborada por Robert Alexy abrange pressupostos teóricos que fundamentam a opção de resolução dos casos concretos pelo caminho da proporcionalidade, abordados ao longo do presente trabalho. A aplicabilidade da proporcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, nesta linha de raciocínio, deve pressupor a consideração dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, que podem ser objeto de judicialização, e direitos *prima facie*, bem como a compreensão e solução do conflito de interesses no caso concreto como conflitos entre princípios.

A segunda hipótese desta pesquisa igualmente foi confirmada, na medida em que a aplicação da proporcionalidade aos direitos sociais, por ocorrer na perspectiva da proibição da proteção deficiente, apresenta especificidades em relação à perspectiva da proibição do excesso.

Buscou-se demonstrar que, como a violação aos direitos sociais ocorre pela omissão na realização da prestação fática objeto da disposição, a proporcionalidade deve ser compreendida na perspectiva da proibição da proteção deficiente, no sentido de que o Estado tem o dever de atuar para proteger e promover os direitos sociais da forma mais ampla possível, dentro das condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. A perspectiva da proteção deficiente apresenta características específicas, se comparada à da proibição do excesso, que caracteriza principalmente os direitos negativos.

O objeto do controle de constitucionalidade, nesta perspectiva, é a omissão legislativa ou administrativa, absoluta ou parcial, na concretização do direito social. Procura-se verificar, no controle judicial à luz da proporcionalidade, se o dever *prima facie* foi satisfeito em grau suficiente no caso concreto, o que não implica a satisfação de tudo aquilo que este dever exige, em razão da colisão com princípios contrapostos.

A colisão verificada na perspectiva dos direitos sociais, que representa o ponto de partida para a compreensão da forma de aplicação de cada princípio parcial da proporcionalidade no viés da proibição da proteção deficiente, constitui uma colisão entre o princípio da liberdade fática do indivíduo que requer o direito social (o que, no Brasil, pode ser considerado como o direito social previsto no ordenamento jurídico), de um lado, e, de outro, os princípios formais da competência decisória do legislador

democraticamente legitimado e da separação de poderes, bem como os princípios materiais referentes sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, a outros direitos sociais e a interesses coletivos.

Em relação ao princípio parcial da adequação, o exame da proibição por omissão ou ação insuficiente pressupõe uma relação de meio e fim, considerando que o meio escolhido pode ser insuficiente ou defeituoso para promover o direito fundamental de prestação. As diferenças em relação à proibição por excesso são as de que, na proibição por omissão ou insuficiência, o meio pode ser indeterminado, assim como a de que, na proteção insuficiente, existe uma obrigação constitucional ao Estado de agir, possibilitando uma maior e melhor realização do direito de prestação, em contraste com a proibição do excesso, em que o fim estatal determinado pelo legislador não necessariamente enseja uma obrigação constitucional, sendo suficiente que o fim não esteja definitivamente proibido na Constituição. Outra diferença a ser apontada é a de que a estrutura da idoneidade, para direitos a prestação, deve considerar a dupla exigência de idoneidade, diante das particularidades do meio no caso concreto.

No tocante ao princípio parcial da necessidade no viés da proibição de proteção deficiente, de forma semelhante ao realizado na perspectiva da proibição do excesso, deve ser realizada uma comparação entre os meios alternativos e o meio atacado em relação à promoção do direito de prestação em maior medida. Nesta etapa, revela-se importante, diante da atuação do legislador e do administrador de concretizar as prestações fáticas relacionadas ao direito social, a exemplo da formulação de políticas públicas, considerar a discricionariedade para a escolha dos meios disponíveis para a realização da prestação.

No que diz respeito ao princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, compreendido pela lei da ponderação, que determina que quanto mais alto for o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro, não há diferenças estruturais significativas em relação à perspectiva da proibição do excesso. O detalhe a ser considerado, nesta etapa, consiste na atribuição de peso aos princípios e direitos colidentes, de acordo com a específica colisão verificada em casos envolvendo direitos sociais, em especial ao princípio formal da legitimidade democrática do legislador.

O peso dado ao princípio formal da legitimidade democrática do legislador, por sua vez, pode ser determinado a partir de diferentes fatores, como o da qualidade da decisão legislativa, verificada pelos argumentos que a justificam, o da *expertise* do

decisor primário, principalmente em casos que envolvam conhecimento técnico especializado, o da segurança epistêmica das premissas argumentativas utilizadas pelo legislador e o da legitimidade democrática do processo legislativo.

Na referida etapa, verifica-se que, quando o direito de prestação é realizado de forma insuficiente por uma omissão ou ação defeituosa do Estado, há uma presunção de violação do mandado de proibição por omissão ou ação insuficiente, do que se depreende uma carga maior de argumentação da parte que alegar a proporcionalidade da omissão ou ação insuficiente, assim como a prevalência da satisfação do direito a prestação em caso de empate ou dúvidas, ensejando a inconstitucionalidade da omissão ou da ação insuficiente ou defeituosa.

Levando-se em consideração que a concretização dos direitos sociais depende, em grande parte, da atuação do legislador e do administrador, bem como que a proporcionalidade, na perspectiva da proibição da proteção deficiente, deve considerar o peso dos princípios formais, a aplicação da teoria de Robert Alexy deve ser complementada pela teoria dos espaços, também por ele desenvolvida.

A ideia de espaços desenvolvida por Robert Alexy consiste na necessidade de respeito aos espaços de discricionariedade do legislador e administrador.

O espaço pode ser estrutural, quando a Constituição não comanda e nem proíbe uma ação específica, indicando que os dois primeiros princípios parciais da proporcionalidade (adequação e necessidade) ensejam uma discricionariedade ampla ao legislador, que pode optar entre os variados meios possíveis para a realização do direito fundamental, apenas com a proibição de não adotar meios que não promovam o fim almejado. Os espaços estruturais podem ser de três tipos: espaço de determinação da finalidade (referente à escolha das finalidades e sua medida de realização), espaço de escolha médio (relativo à liberdade de escolha entre os meios idôneos disponíveis para atingir o fim constitucional legítimo) e espaço de ponderação (referente à ponderação realizada fora do âmbito judicial, abrangendo considerações políticas).

O espaço pode ser epistêmico, que se caracteriza pela incerteza do conhecimento empírico ou normativo. A discricionariedade epistêmica relaciona-se aos casos em que não há certeza acerca de questões empíricas e normativas sobre comandos ou proibições constitucionais, influenciando o segundo princípio parcial da proporcionalidade.

A terceira hipótese formulada, sobre a aplicação da proporcionalidade aos direitos sociais permitir considerar os espaços de atuação do legislador e administrador e os interesses da coletividade, foi, portanto, confirmada, não obstante seja pertinente



que ocorra a complementação com a ideia dos espaços formulada por Robert Alexy, a fim de evitar que a atuação do Poder Judiciário desconsidere indevidamente a atuação dos demais Poderes. A dogmática dos espaços, sob outra perspectiva, auxilia na solução das dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em ações individuais envolvendo direitos sociais, especificamente aquelas decorrentes da competência e definição dos limites referentes ao exercício da jurisdição.

Buscou-se demonstrar, por fim, que a proporcionalidade pode representar uma estrutura racionalizadora da decisão judicial.

Como apontado ao longo do presente trabalho, a proporcionalidade encontra-se inserida no contexto da justificação, de forma a se coadunar com o modelo do Estado Constitucional, em que as restrições aos direitos fundamentais somente podem ser legítimas de devidamente justificadas. A proporcionalidade exige que a regra de precedência formulada no caso concreto, a ser aplicada em casos futuros semelhantes, esteja fundamentada de modo racional e possa ser universalizada, devendo ser compatibilizada com a correção, objetividade e fundamentação, indicando, no caso, o que deve ser fundamentado.

Para reforçar a racionalidade da proporcionalidade, é possível a utilização da fórmula peso, elaborada por Robert Alexy como um modelo matemático que permite verificar a ponderação entre dois princípios colidentes, a saber,  $P_i$  e  $P_j$ . A fórmula peso indica o que deve ser estabelecido ou justificado, notadamente a intensidade da interferência, os pesos abstratos e a confiabilidade das premissas relevantes, indicando que representa uma forma argumentativa do discurso legal racional.

Identificar o que deve ser fundamentado adquire importância relevante ao se ter em conta a lei da ponderação, porquanto, quanto maior for a restrição do direito social (ou a sua não satisfação), mais fortes devem ser os argumentos contrapostos que fundamentam a precedência dos princípios colidentes.

A quarta hipótese formulada para a pesquisa, deste modo, foi confirmada, na medida em que a proporcionalidade fornece parâmetros racionais de decisão, ao indicar o que deve ser justificado em cada caso concreto, diante da colisão de direitos sociais com princípios formais e direitos de terceiros. Importante considerar, no ponto, que a aplicação da lei da ponderação não oferece um critério material para a solução do caso concreto, na medida em que evidencia a forma pela qual deve ser justificada a relação de prioridade condicionada, permitindo uma justificativa da correção material da ponderação no caso dado.

A aplicação da teoria de Robert Alexy sobre a proporcionalidade no modelo constitucional brasileiro, especificamente para a resolução de conflitos em ações judiciais individuais em que se busca a proteção de um direito social, requer, para além da verificação da sua aplicabilidade em ordenamento jurídico diverso daquele em que desenvolvida e da compreensão de seus pressupostos e critérios de aplicação, a delimitação dos principais parâmetros a serem considerados pelo julgador ao adotar o caminho da proporcionalidade para dar solução ao conflito.

O primeiro parâmetro a ser considerado é a possibilidade de inclusão, na estrutura da proporcionalidade, da reserva do possível, que não se limita a aspectos econômicos, devendo ser compreendida não como um óbice à realização dos direitos sociais, e, sim, como uma definição do limite da adjudicação. A definição do limite da adjudicação deve levar em conta a lei da ponderação, no sentido de que o não provimento da prestação somente poderá ocorrer se existirem razões fortes para justificar a restrição intensiva ao direito fundamental, indicando que o argumento da reserva do possível não pode constituir uma retórica vazia.

A consideração do argumento da reserva do possível, por sua vez, permite auxiliar o julgador no contexto das dificuldades decorrentes dos efeitos da decisão judicial para a coletividade, o orçamento público e os direitos dos demais indivíduos, tendo em conta que permite considerar, na proporcionalidade, os princípios formais e os direitos de terceiros, bem como a escassez de recursos, de modo que, se aplicada de forma adequada, com a devida comprovação das alegações do ente federado, pode permitir que a decisão judicial seja universalizada para casos semelhantes, não ferindo a isonomia e impactando indevidamente o espaço de atuação do legislador e administrador. Além disso, pode o argumento da reserva do possível contribuir para amenizar o contraste entre o desenho do processo civil, pensado para conflitos individuais, e os interesses da coletividade, justamente ao reforçar a inclusão, na colisão a ser resolvida pela proporcionalidade, dos princípios formais e dos direitos de terceiros.

O segundo parâmetro a ser considerado pelo julgador, quando da utilização da proporcionalidade, é o núcleo essencial do direito social. Pode ser utilizada, no aspecto, a teoria relativa, defendida por Robert Alexy, que compreende que o núcleo essencial do direito é aquele resultante da ponderação. A consideração do núcleo essencial reforça a constatação de que a força das razões contrapostas à satisfação de um dos princípios deve crescer de forma proporcional à intensidade da restrição do princípio colidente, porquanto a não satisfação do direito não pode ser desacompanhada de razões

suficientes para tanto. O grau de intensidade de cada princípio e as razões justificadoras da restrição, por sua vez, dependem de cada caso concreto, a depender da específica colisão presente na demanda judicial.

A partir da pesquisa realizada, contata-se que a proporcionalidade na perspectiva de Robert Alexy fornece critérios racionais que podem ser considerados pelo Poder Judiciário para que se obtenha uma decisão adequada às normas do ordenamento jurídico brasileiro em demandas judiciais individuais que envolvam direitos fundamentais sociais no modelo constitucional adotado pelo Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **La Protección Judicial de los Derechos Sociales**. Equador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4.ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015a.
- ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do Direito**. 2.ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015b.
- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015c.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015d.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri (org.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015e.
- ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: DE SOUZA NETO, Cláudia Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y Argumentación en el Estado constitucional de Derecho**. São Paulo: Landy, 2000.
- BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico do espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (org.), **Direitos Sociais em Debate**. Elsevier, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 03 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 03 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 03 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 03 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 03 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Min. Celso de Mello, DF, 29 de abril de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário nº 393.175 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, DF, 3 de fevereiro de 2006b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 850.215/PB**. Relator: Min. Cármen Lúcia, DF, 07 de abril de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DF, 01 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 22 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709**. Relator: Min. Roberto Barroso, DF, 05 de agosto 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Relator: Min. Marco Aurélio, DF, 11 de março de 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 661.256/SC**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, DF, 6 de fevereiro de 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 1.165.959/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de junho de 2021a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tutela de Urgência em Ação Civil Ordinária nº 3473**. Relator: Min. Rosa Webber, DF, 08 de abril de 2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tutela de Urgência em Ação Civil Ordinária nº 3490**. Relator: Min. Rosa Webber, DF, 14 de junho de 2021c.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **Revista de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 213-244, jan./mar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWwWvGcKpDfM6cwmp/>. Acesso em: 05 mai. 2021.

BOROWSKI, Martin, A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (org.), **Direitos Sociais em Debate**. Elsevier, 2013.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **La Protección Judicial de los Derechos Sociales**. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

CLÉRICO, Laura. **El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.

COHEN-ELIYA, Moshe; IDDO, Porat. Proportionality and the Culture of Justification. **American Journal of Comparative Law**, n. 463, 2011. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1623397](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1623397)  
Acesso em: 15 jun. 2021.

COSSÍO, José Ramón. Transparencia y Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M. (org). **Más Allá del Acceso a la Información: Transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho**. México: Siglo XXI, 2008.

COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA SILVA, Rogério Luiz; MASSON, Daiane Garcia. Direitos Sociais e Dignidade da Pessoa Humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015.

DE ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos Sociais e Concretização Judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008.

ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Márcio Camargo. **Ações Judiciais, Conteúdos Políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro**. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 21, n. 45, p. 57-72, mar. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. The Past and the Future of the Rule of Law. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **The Rule of Law: History, Theory and Criticism**. The Netherlands: Springer, 2007.

GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Camila Paula de Barros. A Eficácia dos Direitos Sociais. In: SOUZA LIMA, Fernando Rister de; PORT, Otávio Henrique Martins; DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio

Lima. **Poder Judiciário, Direitos Sociais e Racionalidade Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses. In: KLATT, Matthias (org.). **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KELBERT, Fabiana. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLATT, Matthias. Direitos a Prestações Positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLEMENT, Jan Henrik. Common Law Thinking in German Jurisprudence – on Alexy's Principles Theory. In: KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Dignidade Humana e o Princípio da Proporcionalidade como Fundamentos e como Parâmetro para o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais pelo Poder Judiciário: o projeto de lei n. 8.058/2014 e os desafios em sede de controle jurisdicional de políticas públicas. **Joaçaba**, v. 17, n. 3, p. 993-1012, set./dez., 2016.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Políticas Públicas de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais: algumas estratégias. **Unoesc**



**International Legal Seminar**, p. 1127–1140, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4382>. Acesso em: 20 mai. 2021.

MARTINS, L. (Org.). **Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão: jurisprudência**. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Planos Global, Regional e Local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PULIDO, Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial. In: BARUFFI, Helder (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal**. Dourados: Editora UFGD, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHIER, Paulo. A Objeção Central ao Princípio da Proporcionalidade no Contexto do Constitucionalismo Brasileiro. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism**. Disponível em: [Works.bepress.com/alec\\_stone\\_sweet/11](https://works.bepress.com/alec_stone_sweet/11). Acesso em: 20 maio de 2021.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais Sociais: entre ponderação e subsunção. In: TOLEDO, Cláudia (org.), **Direitos Sociais em Debate**. Elsevier, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

YOUNG, Alison L. Proportionality Is Dead: Long Live Proportionality! In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire. **Proportionality and the Rule of Law**. Cambridge University Press, 2014.

WEBBER, Grégoire C. N. **The Negotiable Constitution: on the limitation of rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.