



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 11 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2024 | ISSN 2359-5639



## A desconstrução do controle jurisdicional de políticas públicas sobre o exercício de direitos sociais: um estudo sobre os limites dos entornos político e jurídico e a relevância do modelo liberal de direito

*The deconstruction of the judicial review of public policies in the enforcement of social rights: a research about the boundaries between the political e legal environments and the importance of the liberal conception of law*

EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

eduardo.agustinho@pucpr.br

<https://orcid.org/0000-0002-0216-4557>

VICTOR HUGO ALCALDE DO NASCIMENTO <sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

victorh.alcalde@outlook.com

<https://orcid.org/0000-0003-4359-3822>

Received/Received: 09.11.2023 / 09 November 2023

Aprovado/Approved: 19.07.2024 / 19 July 2024

### Resumo

O uso de termos técnicos no Direito costuma encobrir os fundamentos e filosofias que justificam sua construção. A rotina jurídica torna seu emprego uma prática comum. Neste estudo, de abordagem qualitativa e matiz deductivo, postula-se a desconstrução dos vocábulos que compõem as políticas públicas, necessários a concretização

### Abstract

*the employment of technical terms in Law is used to hide the elements and philosophies which justify their construction. Legal practice transforms their use into ordinary practice. This study, applying a qualitative approach and a deductive method, postulates the deconstruction of the words which form public policies, needed to materialize social rights.*

Como citar esse artigo/How to cite this article: AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; NASCIMENTO, Victor Hugo Alcalde do. A desconstrução do controle jurisdicional de políticas públicas sobre o exercício de direitos sociais: um estudo sobre os limites dos entornos político e jurídico e a relevância do modelo liberal de direito. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 11, n. 2, e268, maio/ago. 2024. DOI: 10.5380/rinc.v11i2.93318.

\* Professor Titular de Direito Empresarial no Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Pesquisador visitante da Université Paris I – Panthéon-Sorbonne. Advogado em Curitiba com atuação no campo do Direito Empresarial, sócio da NGA Advogados.

\*\* Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Advogado.

dos direitos fundamentais sociais. Inicialmente, a desconstrução do termo política demonstra sua pertinência à esfera jurídica. No Direito Constitucional, costuma-se exclui-las da aferição jurisdicional por pertencerem, aparentemente, à esfera política de ações exclusivas do Poder Público. Argumenta-se, no entanto, que estas políticas se convertem em leis, atos normativos infraconstitucionais, e contratos administrativos, conhecidos da realidade jurisdicional. Em seguida, sustenta-se que, embora chamados sociais, estes direitos fundamentais ostentam caráter subjetivo, que autoriza o recurso individual à sua efetividade, e, uma face objetiva, assegurada por ferramentas coletivas. Fundamentá-los, recorrentemente, ademais, se traduz em uma falsa necessidade, seja por princípios, seja pelo recurso ao Direito Comparado. Conclui-se que os direitos sociais são fundamentais e mostram-se aptos a remédios individuais e coletivos, assim como, aferíveis pelos órgãos jurisdicionais.

**Palavras-chave:** desconstrução; políticas públicas; direitos fundamentais sociais; falsa necessidade; direito constitucional comparado.

*First, the deconstruction of the word policy denotes its applicability in the legal environment. In Constitutional Law, it is a frequent practice to exclude them from judicial review due to its closeness to the Public Administration. This study argues, nonetheless, that those policies become laws, rules and contracts when considered by the Judiciary. Second, it suggests that, even though called social, social rights possess either an objective character, guaranteed by the individual recourse of the Judiciary, and a collective one, assured by collective legal tools. Furthermore, the reiterated practice of justifying these rights constitutes a false necessity. It concludes that social rights are considered fundamental ones and stand capable of individual and collective remedies, as well as, reviewable by the Judiciary.*

**Keywords:** deconstruction; public policies; social fundamental rights; false necessity; comparative constitutional law;

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** O imperativo de desconstruir: a descoberta de justificações e opções; **2.1** A percepção do problema: as diferentes faces do vocábulo “político” para o controle jurisdicional de políticas públicas; **2.2** O imperativo de desconstrução do entorno político; **3.** A desconstrução do vocábulo “social” e o imperativo de harmonizá-lo ao liberalismo: o paradigma de uma resposta para cada violação; **3.1** A desconstrução do vocabulário social: direitos sociais constituem direitos fundamentais; **3.2** A superação da falsa necessidade de argumentação dos direitos sociais: o direito comparado não justifica a fundamentalidade dos direitos sociais; **4.** Considerações finais; **5.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No Direito, as palavras não só restringem o sentido; elas revelam. A prática forense recorre à linguagem corrente como expediente para a comunicação, porém, por hábito e aprimoramento da técnica, palavras comuns ganham sentido que só o jurista pode identificar. Se no uso corrente ou na literatura pode-se celebrar um contrato com Mefistófoles, o jurista experiente se adverte que a vinculação por um instrumento neocial exige um agente capaz. Imputam-se a termos comuns um sentido técnico. Esta prática, no entanto, não se resume a mera determinação técnica; ela resulta de escolhas, tácitas ou deliberadas de impor conteúdos específicos a determinados termos. Como toda escolha, preferem-se seguir certos caminhos em detrimento de outros. Capturar um termo corrente para empregá-lo segundo um conceito jurídico demonstra, ao final, os objetivos e preconceitos desta decisão; revelam-se fundamentos e valores negligenciados.

O Direito Constitucional se apresenta repleto de termos construídos pela técnica jurídica. Compõem, como exemplos, a Constituição, a repristinação e direitos fundamentais. Todos decorrem de repetições, quer na literatura jurídica, quer nos inúmeros precedentes disponíveis à consulta por juristas. Dentre o rol constitucional, dois vocábulos escapam do domínio jurídico: políticas públicas e direitos sociais. No primeiro, observa-se o império do substantivo políticas para designar os meios de satisfação dos direitos sociais. No segundo, refere-se ao adjetivo social para expor o matiz coletivo das respostas acessíveis na hipótese de violação. Tem-se como aceitos estes argumentos. A consequência, no entanto, se apresenta na exclusão das políticas públicas do âmbito de aferição dos órgãos jurisdicionais e da diminuição da fundamentalidade dos direitos sociais, vez que comportariam, apenas, remédios coletivos, menos intrusivos ao Poder Público, quando comparados aos direitos fundamentais ou de primeira geração.

Faz-se necessário desconstruir os vocábulos políticas públicas e direitos sociais. Impõe-se revisitar seus fundamentos e expor os argumentos que levaram a prática forense imputar os conteúdos dos termos “política” e “sociais”. Postula-se, neste artigo de abordagem qualitativa e metodologia dedutiva, que a opção da denominação políticas públicas apenas as afasta do entorno jurídico e, por conseguinte, do controle judicial. O adjetivo social, por sua vez, omite o matiz subjetivo, a aptidão de pleitear sua tutela individualmente, tal como um direito de primeira geração. Afinal, se dotados de fundamentalidade formal e material, não haveria razoabilidade em distingui-los dos direitos fundamentais. Esta pesquisa divide-se em dois capítulos. Inicialmente, discorrer-se-á sobre o imperativo da desconstrução e suas consequências. Observar-se-á que, perante o Poder Judiciário, as políticas públicas não atuam como políticas, comuns no âmbito eleitoral, mas, como leis, atos normativos infraconstitucionais e como contratos administrativos. Inexiste, por conseguinte, nada mais jurídico que estes institutos. No segundo capítulo, desconstruir-se-á o termo social, de direitos sociais. Observar-se-á que, mesmo em outros ramos jurídicos, emprega-se o vocábulo social com matiz individual, como na sociedade empresária, e, não haveria necessidade de negligenciar respostas individuais e direitas face a violações. Direitos sociais comportam natureza objetiva e subjetiva, harmonizáveis, neste sentido, ao paradigma liberal do Direito, ou seja, para cada violação um remédio. Ademais, se qualificará como uma falsa necessidade, o imperativo, constante, de justificar sua fundamentalidade, seja através do acervo constitucional princiológico, seja pelo Direito Comparado. Direitos sociais compreendem direitos fundamentais.

Nesta pesquisa, recorre-se à literatura e a precedentes jurídicos estrangeiros. Os autores, portanto, se responsabilizam pelas traduções.

## 2. O IMPERATIVO DE DESCONSTRUIR: A DESCOBERTA DE JUSTIFICAÇÕES E OPÇÕES

No Direito, as palavras não só delimitam sentidos; elas revelam. Na linguagem corrente, empregam-se palavras como consideração, causa e forma espontaneamente, subordinadas, apenas, ao contexto em que se encontram. Encorajam-se pessoas imprudentes a considerar diferentes opções, antes da decisão. Na meteorologia, ademais, investiga-se a causa do frio ou calor extremo. Na arquitetura, finalmente, inexiste algo tão significativo quanto a forma. O conteúdo dos substantivos consideração, causa e forma delimitam-se segundo o uso. Na ciência jurídica, no entanto, estas palavras dispõem de sentidos delineados. Os termos consideração, causa e forma representam requisitos para a formação da relação contratual em diferentes culturas jurídicas. O jurista norte-americano, por exemplo, reconhece no termo consideração, uma necessidade para materialização de um contrato<sup>1</sup>. O jurista francês, diferente de qualquer outro, encontra no termo causa o fundamento para o nascimento da relação contratual<sup>2</sup>. No Brasil, o jurista nacional depreende do substantivo forma, um requisito para a validade dos negócios jurídicos<sup>3</sup>. Os juristas das culturas mencionadas retiram esses vocábulos

<sup>1</sup> A seção n.º 71, do *Restatement (Second) of Contract Law*, prescreve a consideração como requisito para a formação da relação contratual. Segundo o *Restatement*: "(1) para constituir a consideração, um ato ou uma promessa em retorno deve ser negociada. (2) Um ato ou uma contraproposta será negociada se requerida pelo promitente em contrapartida pela sua promessa e será dada pelo promissário em contrapartida àquela promessa. (3) A execução do ato consistirá em (a) um ato distinto de uma promessa, ou (b) um não fazer, ou (c) a criação, modificação ou término de uma relação jurídica". E. Allan Farnsworth assinala que "durante o século XVI, a palavra consideração, que anteriormente havia sido utilizada sem significância técnica, veio a usar-se como um termo técnico para expressar o conjunto de condições necessárias para estabelecer uma ação executória [*action in assumpsit*]. Era, portanto, uma tautologia que uma promessa, ao menos não realizada sob uma chancela [*under seal*] seria executável se contivesse consideração, para dizer não mais que, seria executável somente sob aquelas circunstâncias nas quais a ação executaria fosse autorizada. Neste sentido, entretanto, a palavra consideração veio a ser aplicada como um teste de executoriedade de uma promessa e utilizada para distinguir promessas que, aos olhos do *common law*, eram de suficiente significado para a sociedade para justificar sanções jurídicas executórias para seus cumprimentos". FARNSWORTH, E. Allan. **Contracts**. 14. Ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004. p. 18. Grant Gilmore expõe que "a palavra "consideração" se encontra em uso há muito tempo, logo, é tentador pensar que dispomos da teoria da consideração por muito tempo. De fato, até o século XIX a palavra nunca adquiriu qualquer significado particular ou estabeleceu qualquer teoria". GILMORE, Grant. **The Death of Contract Law**. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. p. 20.

<sup>2</sup> No Direito francês, a causa designa uma contrapartida para a construção obrigacional. Seu sentido sofre recente modificação, a partir da *ordonnance du 10 février 2016*. O Art. 1169, do Código civil dispõem que "um contrato a título oneroso é nulo quando, no momento de sua formação, a contrapartida convencionada em detrimento daquele que se vincula é ilusória ou irrisória". Conservou-se o sentido jurídico do vocábulo causa, embora ausente na redação do novo dispositivo do Código civil. Jean Carbonnier salienta que "o Código civil não definiu a causa e que surgem inegotáveis controvérsias sobre este tema. [...] é o fundo do consentimento que se encontra a causa, ela é um porquê, um objetivo, uma razão; ela é, poderíamos afirmar, ainda, o interesse (em particular, o interesse econômico) do contratante no contrato". CARBONNIER, Jean. **Droit Civil. Les Biens; Les Obligations**. v. II. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 2017-2018.

<sup>3</sup> Trata-se do expresso no Art. 104, III, do Código Civil.

do livre mercado de ideias<sup>4</sup> para imputar conceitos definidos. A prática forense delimita os conceitos desses substantivos e, por conseguinte, os segregá do uso corrente.

Jorge Luis Borges narra a trajetória de Irineo Funes<sup>5</sup>, que, ao se acidentar de um passeio a cavalo em Fray Bentos, Uruguai, adquiriu uma memória prodigiosa: embora incapacitado fisicamente, podia relembrar inúmeros fatos com precisão. Afirmava que “possuía mais recordações tenho eu sozinho que terão tido todos os homens desde que o mundo é mundo”<sup>6</sup>, assim como, descrevia sua memória como “uma lata de lixo”<sup>7</sup>, um depósito de recordações. Além de reconstruir os fatos de um dia inteiro em sua memória ilimitada, Funes lançou-se à construção de um inédito método de numeração. Nesta nova métrica, “no lugar de sete mil e treze, dizia, por exemplo, Máximo Pérez; ao invés de sete mil e catorze, o trem; outros números eram Luis Melián Lafinur, Olimar, enxofre, os rústicos, a baleia, o gás, a caldeira, Napoleão, Augustín de Vedia”<sup>8</sup>. Esta nova métrica incita considerar novas dimensões para a nomenclatura, não só dos números, como das palavras<sup>9</sup>. A prática forense requer que os vocábulos consideração, causa e forma exprimam conceitos precisos, distintos da linguagem corrente. Funes, ao contrário, exige maior precisão do emprego da linguagem, vez que, não considera suficiente deixá-los ao arbítrio do intérprete<sup>10</sup>. Irineo Funes propõe a troca de nomes; o Direito retira palavras de seu uso corrente para servir seus desígnios. Este processo, não obstante, despreza infinitos conceitos e oportunidades que o vocábulo traria consigo.

Postula-se, neste artigo, necessidade de desconstrução dos termos “política” e “social”, presentes nos direitos sociais e no controle jurisdicional de políticas públicas.<sup>11</sup> Argumenta-se que, como em consideração, causa e forma, os vocábulos “político” e

<sup>4</sup> Oliver Wendell Holmes, Jr empregou o termo “mercado livre de ideias” em *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Segundo o magistrado, “quando homens perceberam que o tempo perturbou muitas das crenças conflitantes, eles podem vir a acreditar ainda mais firmemente que os próprios fundamentos de suas condutas de que o bem supremo desejado é melhor alcançado pelo livre comércio de ideias – que a melhor prova da veracidade é o poder do pensamento de ser aceito na competição do mercado, e essa verdade é a única base sobre a qual seus desejos podem ser realizados com segurança”.

<sup>5</sup> Trata-se do conto *Funes, el memorioso*. BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. Buenos Aires: Emércé Ediciones, 1996.

<sup>6</sup> BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. Buenos Aires: Emércé Ediciones, 1996. p. 71

<sup>7</sup> BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. Buenos Aires: Emércé Ediciones, 1996. p. 71.

<sup>8</sup> BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. Buenos Aires: Emércé Ediciones, 1996. p. 71.

<sup>9</sup> A proposta descrita por Borges incita o leitor a considerar as dimensões temporais e locais. Afinal, valer-se do numeral “1” para referir-se a um grão de areia ou a um navio representam dimensões distintas do “número 1”. Alude-se à filosofia de Martin Heidegger na qual recorria-se ao termo *Dasein* para designar o “Ser – o ‘isto é’ – inserido no “de onde” e “para onde”, porém, divulgado em si mesmo como desprotegido; chamados de “jogado” esta entidade em seu “lá”. HEIDEGGER, Martin. **Being and Time**. Trad. John Macquarrie; Edward Robinson. Nova Iorque: Harper Perennial, 2008. p. 174.

<sup>10</sup> Jorge Luis Borges suspeitava que Funes “não era muito capaz de pensar. Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair. O abarrotado mundo de Funes não tinha senão detalhes, quase imediatos.” BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. Buenos Aires: Emércé Ediciones, 1996. p. 73.

<sup>11</sup> Utilizando o termo “políticas sociais”: HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na

“social” orientam a prática forense para fins determinados, excluindo-se várias possibilidades. A mera denominação das ferramentas empregadas a realização dos direitos sociais como políticas as a afastam do âmbito jurisdicional; a simples designação de sociais, em direitos sociais pende a priorizar remédios sociais, face a eventuais violações. Neste sentido, “o direito se torna um tipo de realidade imposta ao dado social, dando-lhe forma e terminando, em suma, por tornar-se mais real que os fatos”<sup>12</sup>. A desconstrução destes termos, afinal, evidenciaria as justificativas, filosofias e objetivos que costumam exclui-los do âmbito jurisdicional.

## 2.1. A percepção do problema: as diferentes faces do vocábulo “político” para o controle jurisdicional de políticas públicas

As políticas públicas apresentam-se como o meio necessário para o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, arrolados no capítulo II da Constituição nacional.<sup>13</sup> Alguns direitos assegurados como a saúde,<sup>14</sup> a alimentação e a segurança, demandam um exercício estatal. Chamá-las como “políticas”, entretanto, afastam-nas do âmbito jurídico, vez que, segundo algumas filosofias jurídicas<sup>15</sup>, inexiste convergências entre o que se designa por jurídico e aquilo a que se refere por político. Assim, observam-se divergências entre os juristas e precedentes. Por um lado, assevera-se soar “óbvio que o Judiciário, por si só, não possui os recursos técnicos necessários para prosseguir neste tipo de análise, seja por demandas individuais ou coletivas”<sup>16</sup>. Por outro lado, encontram-se precedentes que esboçam uma conciliação entre a aferição jurisdicional e a política<sup>17</sup>. Escassos são, entretanto, as convergências razoáveis.

implementação das políticas sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 113-141, jul./set. 2022.

<sup>12</sup> ELLUL, Jacques. **Histoire des Institutions**. v. 3. Paris : Presses Universitaires de France, 1982. p. 27.

<sup>13</sup> TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. Avaliação de políticas públicas e interoperabilidade na perspectiva da governança pública digital. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 687-723, set./dez. 2022.

<sup>14</sup> RANADE, Arati; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Implementation of the right to health in Brazil and India: a comparative study. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 27-46, jul./dic. 2021.

<sup>15</sup> Relembra-se o objetivo de Hans Kelsen no desenvolvimento de sua teoria: “chama-se uma teoria “pura” do direito porque descreve somente o direito e tenta eliminar de seu objeto desta descrição tudo o que não é, estritamente, direito: seu objetivo é libertar a ciência do direito de elementos estranhos. Esta é a base metodológica da teoria”. KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. trad. Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1970. p. 1.

<sup>16</sup> GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICJ Journal**, v. 7, n. 4, 2013. p. 466.

<sup>17</sup> No RE 559.646 AgR, rel. Min. Ellen Gracie, expõe-se que “o direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”. J. 7.6.2013, 1ª T, DJE 24.6.2011.

As divergências parecem não se esgotar no território brasileiro. Constatam-se argumentos que se posicionam desde a refutação dos direitos de segunda geração à esboços para conciliar os entornos político e jurídico. Cass Susstein, por exemplo, em estudo preliminar, argumentava que a inclusão dos direitos sociais nas Constituições representaria “um grande equívoco, possivelmente, um desastre”<sup>18</sup>, por conseguinte, os “governos não deveriam ser compelidos a interferir na liberdade dos mercados”<sup>19</sup>. Richard Epstein afirma que “uma constituição ótima leva uma forma clássica liberal”<sup>20</sup>. Para este autor, uma Constituição “formalmente, garantiria alguns benefícios diretos aos seus cidadãos”<sup>21</sup>, vez que, “a razão pela qual estes governos ambiciosos falham é que, sistematicamente, ignoram os perigos da facção e do interesse próprio que contaminam qualquer organização”<sup>22</sup>. Elenca duas estratégias para concretizar seu modelo constitucional perfeito: inicialmente, “diminuir as expectativas do que o governo pode fazer”<sup>23</sup>; em segundo lugar, “limitar os meios pelos quais estas atividades particulares podem se empreender, através de limitações estruturais e da proteção de direitos individuais”<sup>24</sup>. A opção pelo modelo norte-americano de texto constitucional – sintético e de laboriosa reforma – reitera o discurso do fim da história, não limitado à ciência política e às relações internacionais<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> SUNSTEIN, Cass. Against Positive Rights: Why Social and Economic Rights Don't Belong in the New Constitutions of Post-Communist Europe. **East European Constitutional Review**. v. 2, Winter, 1993. p. 35.

<sup>19</sup> SUNSTEIN, Cass. Against Positive Rights: Why Social and Economic Rights Don't Belong in the New Constitutions of Post-Communist Europe. **East European Constitutional Review**. v. 2, Winter, 1993. p. 38. Após o êxito em alguns julgados pela Corte constitucional sul-africana, o autor reconsiderou seu posicionamento. Em seu novo parecer, aduz que “a virtude distinta da abordagem da Corte é que respeita às prerrogativas democráticas e à natureza limitada dos recursos públicos, enquanto requer, também, atenção deliberativa especial àqueles cujas necessidades mínimas não são atendidas. A abordagem da Corte Constitucional se afirma como um lembrete poderoso àqueles que contestam que direitos socioeconômicos não pertencem a uma constituição”. SUNSTEIN, Cass. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. **Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 12. University of Chicago**.

<sup>20</sup> EPSTEIN, Richard A. Optimal Constitutional Structure. In: PARISI, Francesco (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 3: Public Law and Legal Institutions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 3.

<sup>21</sup> EPSTEIN, Richard A. Optimal Constitutional Structure. In: PARISI, Francesco (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 3: Public Law and Legal Institutions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 3.

<sup>22</sup> EPSTEIN, Richard A. Optimal Constitutional Structure. In: PARISI, Francesco (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 3: Public Law and Legal Institutions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 3.

<sup>23</sup> EPSTEIN, Richard A. Optimal Constitutional Structure. In: PARISI, Francesco (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 3: Public Law and Legal Institutions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 3.

<sup>24</sup> EPSTEIN, Richard A. Optimal Constitutional Structure. In: PARISI, Francesco (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 3: Public Law and Legal Institutions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 3.

<sup>25</sup> Francis Fukuyama cunhou a expressão “fim da história” para designar que “a democracia liberal pode constituir o “ponto final da evolução ideológica da humanidade” e a “forma final de governo humano”, e, como tal, constitui o “fim da história””. FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. Nova Iorque: Free Press, 2006. p. xi. O Direito parece ter encampado esta tese. Não faltam exemplos de estudos enunciando o fim da história no entorno jurídico. No Direito empresarial, por exemplo, menciona-se: HANSMANN, Henry, KRAAKMAN, Reinier. *The End of History for Corporate Law*. Discussion Paper n.º 280, 3\2000. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center)>. Acesso em: 8 mai. 2023.

De matiz menos cético, outros juristas, empenham-se na descrição do que se poderia compreender por judicialização da política.<sup>26</sup> Ran Hirshl leciona que a “judicialização da política” designa “um termo guarda-chuva, referindo-se ao que, realmente, seriam três processos interligados”<sup>27</sup>. Inicialmente, segundo o autor, “o termo referiria ao avanço do discurso jurídico, jargão, regras e procedimentos na esfera política e no foro de elaboração de políticas”. Em seguida, descreve o vocábulo como “a expansão da influência dos tribunais e juízes na determinação dos resultados de políticas públicas, principalmente, através da revisão administrativa, a reestruturação jurídica das fronteiras burocráticas”<sup>28</sup>. Finalmente, menciona que “a judicialização da política é a confiança nos tribunais e magistrados em lidar com o que chamaríamos ‘maga-político’: controvérsias políticas essenciais que definem (e, frequentemente, dividem) o político, como um todo”<sup>29</sup>.

Há juristas, ainda, que na tentativa de conciliar ambos os domínios distinguem manifestações possíveis dos órgãos jurisdicionais na aferição de políticas públicas.<sup>30</sup> Mark Tushnet contrasta uma revisão judicial robusta de outra fraca. Considera como uma atuação forte dos órgãos jurisdicionais “o poder dos tribunais de declarar leis, elaboradas pelo legislativo mais alto da nação, como constitucionais, e tornar esta declaração efetiva através de ferramentas comuns ao alcance das cortes”<sup>31</sup>. No rol destas ferramentas, o autor alude as “injunções contra o recurso futuro da legislação por agentes do executivo, extinção de demandas sob esta lei, indenizações a pessoas lesionadas

<sup>26</sup> Sobre o ativismo judicial, tema conexo, mas que não se confunde com a judicialização da política: LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 119-135, jan./mar. 2021; SILVA, Marco Aurélio Souza da. Ativismo, populismo e judicialização da política: a difícil tarefa de compreender o comportamento decisório judicial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 101-131, jul./set. 2023.

<sup>27</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: GOODIN, Robert E. **The Oxford Handbook of Political Science**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 448.

<sup>28</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: GOODIN, Robert E. **The Oxford Handbook of Political Science**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 449.

<sup>29</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: GOODIN, Robert E. **The Oxford Handbook of Political Science**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 451. O autor admite variações no modelo de adjudicação robusta. Assinala que “algumas variações da revisão forte envolvem diferenças no grau com que os tribunais deferem a interpretações constitucionais oferecidas por outros poderes – estas interpretações, às vezes, descritas como elaboradas pelo legislativo quando estatui a legislação alvo do questionamento constitucional. outra variação confina a revisão robusta a áreas diretamente referentes aos tribunais”. HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. p. x.

<sup>30</sup> MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Formulação, implementação e controle de políticas públicas no contexto “pós”: pós-modernidade, pós-democracia e pós-verdade como mudanças de paradigma. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 73-100, jul./set. 2023; BONIFÁCIO, Robert; MOTTA, Fabrício Macedo. Monitoring and evaluation of public policies in Brazil: conceptual approach and trajectory of legal and institutional development. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 2, p. 340-371, maio/ago. 2021.

<sup>31</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. ix.

pela ação da lei respaldada pelo potencial arresto da propriedade do réu”.<sup>32</sup> A revisão fraca, no entanto, promete não interferir, diretamente, no que se compreenderia por âmbito político. O autor salienta que “os proponentes do novo modelo de revisão judicial fraca a descrevem como um meio atrativo de reconciliar o autogoverno democrático com o constitucionalismo”<sup>33</sup>.

Maria Paula Dallari Bucci, por sua vez, define política pública como um “conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”<sup>34</sup>. Ao mesmo passo, reconhece-se que a sua sintetização em um conceito jurídico é um desafio, diante da sua natureza multiforme, sendo mais apropriado o seu tratamento como um referencial metodológico<sup>35</sup>.

As classificações e distinções não eximem a conclusão de que político e jurídico não se misturam. O mero atributo “político” parece afastar, definitivamente, a revisão jurisdicional do adimplemento de políticas públicas pelos órgãos jurisdicionais. Poder-se-ia cogitar a mudança da nomenclatura das ferramentas empregadas para concretizar estes direitos fundamentais sociais, tal como proposto por Funes, *el memorioso*. No entanto, tal como a divisão entre Direito público e privado, que já alcançou países de tradição jurídica consuetudinária, sedimentou os contornos do vocabulário. Trata-se de uma distinção “não necessária, porém contingente”<sup>36</sup>. Aduzir algo como político implica a exclusão do jurídico. A desconstrução desta prática permite refletir sobre outras opções.

<sup>32</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. ix. Mark Tushnet recorda que “dois argumentos contrários a fazê-lo são amplamente aceitos: tribunais, alguns dizem, não possuem a capacidade de conferir conteúdo apropriado a direitos sociais gerais no contexto de controvérsias particulares, e, também cogitam, o cumprimento judicial de direitos sociais é, particularmente, intrusivo na escolha legislativa – e portanto, democrática – porque adimplir direitos sociais e econômicos, tipicamente, apresenta implicações substanciais para o orçamento do governo comparados com o exercício de direitos de primeira geração. A criação da forma de revisão fraca refuta esses argumentos ao prover um mecanismo institucional para a identificação provisória e execução de direitos econômicos e sociais. A forma fraca de revisão permite ao legislativo responder às decisões judiciais que os tribunais se equivocaram o conteúdo do direito econômico ou social, ou insistem em meios, excessivamente, custosos para a realização desses direitos”. TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. p. xi.

<sup>33</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. xi.

<sup>34</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

<sup>35</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

<sup>36</sup> BEAUD, Olivier. La Distinction entre Droit Public et Droit Privé: un Dualisme qui Résiste aux Critique. In: FREEDLAND, Mark; AUBY, Jean-Bernard. **The Public/Private Law Divide: Une Entente assez Cordiale? La Distinction du Droit Public et du Droit Privé: Regards Français et Britanniques**. Portland, OR: Hart Publishing, 2006. p. 23.

## 2.2. O imperativo de desconstrução do entorno político

A desconstrução demanda inquirir. Se na engenharia, construir importa na avaliação dos materiais, ferramentas e cálculos necessários para a fundação de um edifício<sup>37</sup>, desconstruir aponta o caminho inverso: reverificar os materiais, ponderar sobre as razões que motivaram as decisões e questionar a estética arquitetônica. Jaques Derrida assinala que “desconstrução é justiça”<sup>38</sup>. A desconstrução “parece fundamentar-se na proposição de que a aplicação de regras jurídicas e da doutrina é, afinal, vinculada a um conflito, contradição ou indeterminação”<sup>39</sup>. Adverte-se que “uma das principais mensagens da desconstrução é, precisamente, que os conceitos são, de fato, não delimitados e as categorias desformes, que inexistem fronteiras”<sup>40</sup>. No exemplo citado, consideração, causa e forma constituem construções de juristas; a devida desconstrução viabilizaria conhecer suas engrenagens internas, os fundamentos, valores e preconceitos responsáveis por sua formação. A desconstrução, por conseguinte, “anseia escavar o que assombra e constitui o direito – qualquer direito – em sua singularidade única”<sup>41</sup>.

A desconstrução do vocábulo “política”, do binômio “política pública” incita inquirir o que, de fato, se comprehenderia por política. Há quem afirme, de forma pragmática, tratar-se de “quem recebe o que, quando e como”<sup>42</sup>. Outros classificam-na em

<sup>37</sup> Jacques Derrida adverte que “este questionamento sobre as fundações não é nem fundamentalista, tampouco anti-fundamentalista. Também não perde oportunidades de questionar ou exasperar a possibilidade, do questionamento do pensamento, interrogar, sem garantia ou prejuízo da própria história do questionamento e da sua autoridade filosófica. DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992. p. 8

<sup>38</sup> DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992. p. 15. O filosofo explica que “é, precisamente, porque o direito (*droit*) (o qual tentarei, consistentemente, distinguí-lo da justiça) é capaz de ser construído, no sentido que ultrapassa a oposição entre a convenção e a natureza, é, talvez, na medida em que ele perpassa esta oposição que seja capaz de ser construído e, por conseguinte, desconstruído, e, ademais, que torna possível a desconstrução, ou, ao menos, a prática da desconstrução que, fundamentalmente, sempre advém de questões do *droit* e do sujeito do *droit*. (1) A capacidade do direito, da legalidade ou da legitimação de serem desconstruídos (por exemplo) torna a desconstrução possível. (2) a incapacidade de desconstrução da justiça, também, torna a desconstrução possível, de fato, é inseparável disso. (3) O resultado: a desconstrução ocorre no intervalo que que se separam a incapacidade de desconstrução da justiça da capacidade de desconstrução do *droit* (autoridade, legitimidade, e assim por diante)”. DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992. p. 15.

<sup>39</sup> ROSENFELD, Michel. Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy, and the Temptations of the New Legal Formalism. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992. p. 152

<sup>40</sup> LEGRAND, Pierre. Introduction. In: LEGRAND, Pierre. **Derrida and Law**. Nova Iorque: Routledge, 2009. p. xxi

<sup>41</sup> LEGRAND, Pierre. Introduction. In: LEGRAND, Pierre. **Derrida and Law**. Nova Iorque: Routledge, 2009. p. xxii. Pierre Legrand assevera, ainda que, “a ideia segundo a qual partições arranjadas apresentar-se-iam, permitindo que alguém pudesse elaborar topologias claras é, na melhor das hipóteses, uma reflexão ansiosa na qual a desconstrução não pode consolar-se”. LEGRAND, Pierre. Introduction. p. xxi.

<sup>42</sup> Trata-se de expressão elaborada por Harold D. Laswell. LASWELL, Harold D. Politics: Who Gets What, When, How. Nova Iorque: Meridian Books, Inc, 1958.

“política militante, a política de ação e combate, a que revolve, agita e desune os povos nas suas relações internas ou nas suas relações internacionais”<sup>43</sup>, e, “política encarada como ciência, a política estudada na história, a política explorada como regra moral”<sup>44</sup>. Toda pretensão conceitual, no entanto, reflete, o horizonte hermenêutico<sup>45</sup> do intérprete. Idealizar a política como um ambiente singular ou isolá-la do entorno jurídico transparecem decisões individuais, imersas em determinado contexto e fundadas em certos valores. Neste sentido, “todo texto incorpora uma tentativa fracassada em reconciliar identidade e diferença, unidade e diversidade, o eu e o outro”<sup>46</sup>. “O direito é, intrinsecamente, relativo”<sup>47</sup>.

Um dos argumentos aventados neste artigo postula que o emprego do vocábulo “política” tende ao afastamento do controle de políticas públicas pelos órgãos jurisdicionais.<sup>48</sup> Embora se conceba uma constituição como uma decisão política fundamental<sup>49</sup>, construiu-se, no entorno jurídico, a convicção de que se deve excluir matérias políticas da sua adjudicação. A condução política incumbe aos Poderes Executivo e Legislativo. Não obstante, aquilo o que juristas denominam como “político”, recepciona-se no Poder Judiciário como o controle de leis e atos normativos e contratos, elaborados ou celebrados para realizar os direitos fundamentais sociais. Se “políticas públicas”, originalmente, pertenciam à seara política, concretizam-se por ferramentas jurídicas.

Alguns juristas insistem em reconstruir o entorno em que habitam. Capturam conceitos e fatos e os classificam, em uma taxonomia complexa e restritiva. Nem todos os comportamentos ou matérias existentes habitarão a catalogação jurídica. Alguns, infelizmente, se excluirão em prol da coerência interna do entorno jurídico. Jan Smits elenca as atribuições da doutrina. Para o autor, “a doutrina jurídica exerce três objetivos

<sup>43</sup> BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa: Discursos de Rui Barbosa em Haia**. v. XXXIV. Tradução de Estela Abreu e Arthur Bomícar. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. p. 64.

<sup>44</sup> BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa: Discursos de Rui Barbosa em Haia**. v. XXXIV. Tradução de Estela Abreu e Arthur Bomícar. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. p. 64.

<sup>45</sup> Expressão cunhada por Hans-Georg Gadamer.

<sup>46</sup> ROSENFELD, Michel. Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy, and the Temptations of the New Legal Formalism. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992. p. 153.

<sup>47</sup> LEGRAND, Pierre. Introduction. In: LEGRAND, Pierre. **Derrida and Law**. Nova Iorque: Routledge, 2009. p. xxxiv.

<sup>48</sup> Uma das alternativas a esse afastamento é a adoção de formas consensuais de autocomposição na Administração Pública. RODRIGUES, Marco Antonio; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Políticas públicas consensuais em momento de crise: como arranjos normativos viabilizam soluções criativas?. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 231- 255, jul./set. 2021.

<sup>49</sup> Carl Schmitt explica que “Constituição, em sentido absoluto, pode significar, por conseguinte, a maneira concreta de ser resultante de qualquer unidade política existente. I. Primeiro significado: a situação concreta de conjunto da unidade política e ordenação de qualquer unidade social de um certo Estado”. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2003. p. 30.

principais: descrição, prescrição e justificação<sup>50</sup>. Inicialmente, cabe à doutrina descrever, “o mais neutro e consistente possível, a fim de informar o público como se lê, de fato, o direito”<sup>51</sup>. Assim, “a doutrina cria a realidade jurídica”<sup>52</sup>. Outra atribuição requer a prescrição, “a busca de soluções práticas que se enquadrem satisfatoriamente no sistema existente”<sup>53</sup>. Por fim, segundo o autor, a doutrina justifica novas práticas, *a priori*, estranhas ao entorno jurídico. vez que, “se uma regra não se encaixa no sistema, não é direito”<sup>54</sup>. A doutrina, por conseguinte, “autoriza legitimar a nova solução porque encaixa-se no sistema aceito e utilizado pela comunidade jurídica”<sup>55</sup>. O desconstrutivista, no entanto, encontra-se ciente de que inexiste um grupo determinado e hermético denominada “doutrina”: há juristas particulares, educados em determinada época e cultura. Dirigir-se à “doutrina” implica na intenção deliberada de pertencimento a determinada maioria, identificada artificialmente.

Uma digressão momentânea à desconstrução permitiria observar o efeito pernicioso da construção de um conjunto de juristas denominado “doutrina”. No ato de interpretar, entre o texto e o intérprete, sobrepõe-se a comunidade a que pertence. Stanley Fish instrui que essas comunidades “são compostas daqueles que partilham estratégias interpretativas, não no ato de ler (em sentido convencional), mas, para escrever textos, para construir suas propriedades e dirigir suas intenções”<sup>56</sup>. A consequência concerne que “estratégias existem prioritariamente ao ato de ler, e, portanto, determinam a forma do que é lido”<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2015\06**. Sep. 2015. Disponível em:<[ssrn.com](https://ssrn.com)>. Acesso em: 8 mai. 2016. p. 8.

<sup>51</sup> SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2015\06**. Sep. 2015. Disponível em:<[ssrn.com](https://ssrn.com)>. Acesso em: 8 mai. 2016. p. 8.

<sup>52</sup> SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2015\06**. Sep. 2015. Disponível em:<[ssrn.com](https://ssrn.com)>. Acesso em: 8 mai. 2016. p. 9.

<sup>53</sup> SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2015\06**. Sep. 2015. Disponível em:<[ssrn.com](https://ssrn.com)>. Acesso em: 8 mai. 2016. p. 10.

<sup>54</sup> SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2015\06**. Sep. 2015. Disponível em:<[ssrn.com](https://ssrn.com)>. Acesso em: 8 mai. 2016. p. 11.

<sup>55</sup> SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2015\06**. Sep. 2015. Disponível em:<[ssrn.com](https://ssrn.com)>. Acesso em: 8 mai. 2016. p. 13.

<sup>56</sup> FISH, Stanley. Interpreting the Variorum. **Critical Inquiry**, vol. 2, n. 3, Spring, 1976. Disponível em: <[criticalinquiry.uchicago.edu](http://criticalinquiry.uchicago.edu)>. Acesso em: 10.04. 2018. p. 483.

<sup>57</sup> FISH, Stanley. Interpreting the Variorum. **Critical Inquiry**, vol. 2, n. 3, Spring, 1976. Disponível em: <[criticalinquiry.uchicago.edu](http://criticalinquiry.uchicago.edu)>. Acesso em: 10.04. 2018. p. 61. Pode-se observar a sedimentação de um grupo singular de juristas, no qual disseminam-se regras e procedimentos interpretativos responsáveis por assegurar a harmonia entre seus membros na formação do *common law*. John Dawson assevera que “através da delegação e subdivisão das funções judiciais, os juízes dos tribunais centrais libertaram-se das atribuições custosas e morosas ao mesmo tempo em que mantiveram a supervisão geral e poder para coordenar. Tornou-se possível,

Como o “discurso é governado por cânones de bons argumentos”<sup>58</sup>, a “prática discursiva é formada pela aceitação comum dos critérios que dizem o que o argumento é ou não é”<sup>59</sup>. Uma vez convencionado que políticas públicas, integram o entorno político, não as cabe no ambiente jurídico.

A identificação do que pertenceria à esfera política e o que incumbiria ao entorno jurídico, nada mais significa, que a prevalência de um conjunto de juristas que compõe o que se convencionou denominar doutrina. As estratégias interpretativas construídas em conjunto convencionam discernir o conteúdo do “político” e do “jurídico”. Neste agrupamento, juristas assinalam que as políticas públicas “repousam no campo eminentemente político”<sup>60</sup>, e, por conseguinte, “se cabe ao campo da política delimitar os modelos, metas, traçar diretrizes, externar os objetivos e finalidades, cabe ao Direito conferir se no exercício dessa política foram respeitados o campo da legalidade”<sup>61</sup>. Ao final, interpretam o vocábulo como “complexo, que engloba desde o conteúdo, o nível de engajamento a fim de dar legitimidade à escolha, à competência de que o pratica, à necessária provisoriade, à abertura democrática que interliga uma série de discursos”<sup>62</sup>.

O resultado infere dificuldades circunscritas à legitimidade e a funcionalidade dos órgãos jurisdicionais. Identificam “objeções atinentes ao déficit democrático apontado em relação ao Judiciário, no que tange a decisões que importem em (re)configuração do agir dos poderes compostos a partir do princípio representativo”<sup>63</sup>, ademais

---

portanto, para um pequeno grupo de juízes e, quando surgiram, um pequeno conjunto de procuradores eruditos, administrar os controles centrais de todo o sistema de remédios do common law. À medida em que seu trabalho se tornava técnico e altamente especializado, os magistrados e os procuradores mais especializados orientaram-se em uma espécie de associação. A tradição jurídica inglesa foi levada adiante por esse pequeno grupo de elite, no qual juízes eram reconhecidos como líderes, porém, somente primeiros entre iguais”. [...] A legislação possuía uma parte menor na sua produção. O núcleo principal era o costume inglês, uma síntese ou abstração que era derivada de usos de muitas comunidades inglesas, mas, não coincidia, precisamente, com quaisquer destas. A reiterada experiência dos juízes reais na adjudicação de casos e sua frequente consulta informal trouxe consistência e estrutura, e, fez das regras um sistema. Não é, portanto, exagero afirmar que o direito consuetudinário inglês, desde sua origem, foi criado por juízes reais que administraram os novos remédios reais”. DAWSON, John. *The Oracles of the Law*. In: GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor von. **An Introduction to the Comparative Law: Readings, Cases, Materials**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p. 3-4.

<sup>58</sup> SARGENTICH, Lewis. **Liberal Legality: A Unified Theory of Our Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019. p. 30.

<sup>59</sup> SARGENTICH, Lewis. **Liberal Legality: A Unified Theory of Our Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019. p. 30.

<sup>60</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012. p. 336.

<sup>61</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012. p. 337.

<sup>62</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012. p. 337.

<sup>63</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 105

de objeções que apontam as deficiências funcionais do Poder Judiciário para o controle ou redirecionamento das políticas públicas<sup>64</sup>. Observa-se, neste sentido, “um deslocamento da cogitação jurisdicional do campo abstrato da configuração do direito fundamental, para o terreno concreto da estratégia operacional de sua concretização”<sup>65</sup>. A atuação jurisdicional, por conseguinte, ameaçaria a maturidade de determinada política pública<sup>66</sup>.

A apreciação de políticas públicas recepcionadas pelos órgãos jurisdicionais, não obstante, possui estrutura e forma distintas das políticas elaborados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Ao Poder Judiciário, políticas públicas corporificam-se em lei e demais atos normativos, contratos públicos, e, a responsabilidade civil extracontratual originaria de defeitos dos serviços públicos<sup>67</sup>. Des controem-se, por conseguinte, os argumentos que persistem apontar naturezas distintas e excluir políticas públicas do âmbito jurisdicional. Inexiste ilegitimidade ou carência de expertise dos magistrados.

<sup>64</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 105.

<sup>65</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 108.

<sup>66</sup> Vanice Lírio do Valle adverte que “é igualmente de se ter em conta outro traço que é característico das políticas públicas [...] a saber, que elas se desenvolvem dentro de uma determinada perspectiva temporal, sendo inadequada a pretensão de controle que se dirija a um momento determinado no tempo, sem ter em conta os desdobramentos previstos na sua formulação. Isso significa que do ponto de vista prático, uma determinada política pública pode não ter ainda gerado os efeitos perseguidos jurisdicionalmente, mas estar em vias de determinar os resultados a que se propôs – o que pode tornar inadequada a intervenção que paralisa, reconfigura ou substitui a estratégia de ação traçada. Amadurecer, também no campo das políticas públicas; é não só útil ao resultado final, mas, muitas vezes, mostra-se indispensável”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 110. José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum salientam que “A conclusão geral a que pudemos chegar, dentro do objeto delimitado pelos necessários cortes metodológicos, é que a cadeia de precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre controle de políticas públicas apresenta um preocupante déficit de legitimidade, entendida esta no sentido reflexivo. Não podemos afirmar que o resultado das decisões que impõem aos distintos entes federados a execução dessas variadas prestações materiais é justo ou injusto, bom ou ruim. Mas a nossa preocupação, como pretendemos ter deixado claro, está precisamente aí, ou seja, na impossibilidade de realizar essa aferição dos resultados, pela irracionalidade da forma como os precedentes estão sendo construídos, sem compromisso com a coerência e a integridade do direito, tampouco com o resgate do mundo prático através dos princípios. É como se a Corte Constitucional estivesse julgando, um tanto aleatoriamente, ações de um Estado Social que não possui limites, que desconhece crises”. MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016. p. 134

<sup>67</sup> Caroline Müller Bittencourt e Janriê Rodrigues Reck explicam que “Quer-se dizer, aqui, que há uma ligação profunda e essencial do desenho das políticas públicas com o Direito. O desenho das políticas públicas expressa-se por meio de normas jurídicas, isto é, na forma de programas finalísticos, mas também e principalmente programas condicionais -no esquema se, então. Um modelo de políticas públicas forma um todo de programas condicionais que se relacionam entre si e que, em tese, se voltam à realização dos objetivos da política pública”. BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado –uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez, 2021. p. 660.

A atividade jurisdicional restringe-se à análise habitual de matérias, tradicionalmente, identificadas como jurídicas.

Os argumentos postulados neste capítulo requerem maiores evidências. Neste sentido, as sentenças apresentadas auxiliam afastar as premissas de teses contrárias às postuladas neste artigo.

Em primeiro lugar, as políticas públicas exteriorizam-se em lei e atos normativos. O exame jurisdicional, por conseguinte, em nada difere do quotidiano do magistrado. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.4729-DF<sup>68</sup>, pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade de uma lei estadual (Lei n.º 1.602, de 2011, do Estado do Amapá) que instituiu o Programa de Reinserção Social de Presos e Egressos do Sistema Carcerário dos Estado do Amapá. A legislação requeria a inclusão de cláusula, nos contratos celebrados pelo Poder Público, para a admissão de um percentual de beneficiados pelo Lei. O autor da ação – governador do Estado do Amapá – alegava vício de iniciativa do projeto legislativo e incompetência da Assembleia estadual para legislar sobre contratos administrativos. Inicialmente, o relator não reconheceu vício de iniciativa<sup>69</sup>. Salientou que “programas de reinserção de presos e de egressos do sistema carcerário são medidas que dão concretude aos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, pois buscam efetivar a ressocialização dos apenados”<sup>70</sup>. A análise do acórdão demonstra que não houve interferência do Poder Judiciário na elaboração da política pública. Respeita-se, por conseguinte, os argumentos da doutrina majoritária. A corte constitucional ateve-se, apenas, ao exame

<sup>68</sup> STF, ADI n.º 4.729-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>69</sup> Segundo o voto do Min. Relator: “A discussão posta na presente ação cinge-se a saber se o Legislativo estadual tem iniciativa para propor projeto de lei que crie Programa de reinserção de presos, possibilitando ao Poder Executivo firmar convênios com os demais poderes para implantação do Programa, bem como estabelecer cláusula prevendo percentual a ser preenchido pelo Programa nos contratos administrativos ou terceirizados firmados pelo Governo. Inicialmente, não verifico como a lei impugnada, de iniciativa parlamentar, possa acarretar encargos ao Poder Executivo. Forçoso, portanto, concluir pela ausência de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo estadual para encaminhar projeto de lei nos termos da legislação impugnada”. ADI n.º 4.729-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. p. 4.

<sup>70</sup> STF, ADI n.º 4.729-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. p. 6. Diante de fatos semelhantes, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a legislação que estabelecia a reserva de duas vagas gratuitas para jovens de baixa renda (Lei federal n.º 12.852\2013) na execução de contratos com empresas de transporte. No voto do Min. Relator aduz-se que “ainda que se trate de norma constitucional posterior à lei ora impugnada, trata-se de significativa sinalização do poder constituinte derivado que exterioriza de forma expressa no texto constitucional o acolhimento do direito ao transporte como direito fundamental, antes implicitamente reconhecido”. STF, ADI n.º 5.657-DF, Rel. Min. Luiz Fux. p. 4. Conclui que “nesse contexto, conforme salientaram a Advogada-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, uma vez que o complexo normativo relativo à matéria contempla mecanismos de correção de eventual desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a reserva de vagas gratuitas e com valor reduzido para jovens de baixa renda não implica ônus desproporcional às empresas concessionárias do serviço público de transporte coletivo interestadual de passageiros. Destarte, forçoso concluir pela constitucionalidade do artigo 32 da Lei federal 12.852\2013, ante a ausência de ofensa ao direito de propriedade e aos princípios da ordem econômica e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos”. STF, ADI n.º 4.729-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. p. 36.

de conformidade constitucional de uma lei; tarefa habitual de qualquer órgão jurisdicional doméstico. Se questionado os contratos em instância inferior, a compreensão seguiria pela constitucionalidade.

Em segundo lugar, o adjetivo político, em políticas públicas, converte-se em responsabilização extracontratual, perante órgãos jurisdicionais. Observa-se a manifestação da responsabilidade, conhecida no âmbito do Direito privado, em dois momentos. Inicialmente, na sedimentação da responsabilidade do adimplemento dos direitos fundamentais sociais entre os membros da Federação. Emprestam-se os conceitos civis de responsabilidade para estendê-lo aos estes Federados. Neste sentido, reitera-se no Supremo Tribunal Federal que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente”<sup>71</sup>. Ademais, responsabiliza-se, seja o Estado ou concessionário<sup>72</sup>, pelo serviço público prestado de forma ineficaz, defeituosa ou omissiva.

Em terceiro lugar, poder-se-ia não obstante, insistir no descabimento de apreciação de políticas públicas por órgãos jurisdicionais, notadamente, nas hipóteses de inéria do Poder Público. Nestes casos, advoga-se que há interferência do Poder Judiciário nos domínios dos Poderes Executivo e Legislativo. Estes argumentos, no entanto, desmoronam-se vez que, perante Poder Judiciário, analisa-se o cumprimento de um direito fundamental social. Não se constrói um plano de ação, típico do Poder Público. Trata-se de matéria reiterada em precedentes. No Julgamento do Ag. Reg. nos Embargos de Divergência No Ag. Reg. no RE com Agravo n.º 1.230.668-AM, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso afirmou inexistir interferência “na competência do Poder Executivo quanto à conveniência e oportunidade para a realização de políticas públicas – e a

<sup>71</sup> RE n.º 855.178 RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 05.03.2015, DJe 16.03.2015.

<sup>72</sup> Neste sentido, recorre-se ao Art. 43, CC. Menciona-se, ademais, o excerto: “A concessão é o meio pelo qual a Administração transfere a execução de alguns serviços que seriam por ela prestados a empresas públicas, remanescentes ao Poder Público concedente a obrigação de fiscalizar a concessionária. Assim, a relação de responsabilidade do concessionário se enquadra na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, pois o Poder Público responde pelos atos danosos cometidos por seus concessionários na execução de um serviço delegado. Outrossim, em se tratando de ação voltada à proteção do meio ambiente, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, e sim solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com fulcro no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938 /81.” TJSP. AP n. 0007229-81.2011.8.26.0048. J. 20.03.14. Dje 26.03.2014. No STJ: “Ao contrário do que aponta a sentença recorrida, a responsabilidade do poder concedente (no caso, o DER/MG) não é solidária, e sim, subsidiária à responsabilidade da sociedade empresária que recebeu a concessão do serviço público. De fato, à concessionária atribui-se o dever de responder de maneira integral e isolada pelos danos que causou, sem que o concedente, em um primeiro momento, possuisse qualquer obrigação nesse sentido, já que o contrato de concessão de serviço público pressupõe, de ordinário, a transferência dos riscos do empreendimento ao concessionário do serviço que, em contrapartida, aufera os benefícios econômicos da exploração da atividade transferida. Somente com a ocorrência de fatos que determinem a insolvabilidade do concessionário é que passa a ser exigida a responsabilização do poder concedente.” STJ. REsp. n. 1.135.927. J. em 10.08.2010. Dje em 19.08.2010.

consequente disposição de recursos para tal fim,”<sup>73</sup> porém, “de assegurar a proteção de direito fundamental à educação”<sup>74</sup>.

### 3. A DESCONSTRUÇÃO DO VOCÁBULO “SOCIAL” E O IMPERATIVO DE HARMONIZÁ-LO AO LIBERALISMO: O PARADIGMA DE UMA RESPOSTA PARA CADA VIOLAÇÃO

No capítulo anterior, ponderou-se que o adjetivo “político” de políticas públicas não corresponde à política exercida no âmbito do Poder Público, tampouco, da competência parlamentar. Inexiste, por conseguinte, argumentos válidos que as afastem do controle de órgãos jurisdicionais. A desconstrução do vocábulo político evidencia que seu uso, consolidado e disseminado em um grupo de juristas, dissimula postulados para afastá-las do Poder Judiciário. Não caberia ao magistrado formular políticas públicas. No entanto, não se aferem políticas públicas como políticas – no mesmo sentido advogado pelos juristas que insistem na distinção artificial entre o âmbito jurídico e o entorno político – em órgãos jurisdicionais; neste ambiente, conhece-se de leis e atos normativos, contratos, responsabilidade civil extracontratual e, ainda que se outorguem mandamentos semelhantes à formulação de uma política pública, face à omissão do Poder Público, exerce-se um direito fundamental, o acesso à Justiça (Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

A desconstrução do adjetivo político revela os argumentos, valores e preconceitos empregados no intento de afastar políticas públicas do monitoramento jurisdicional. O vocábulo social, em direitos sociais – objeto das políticas públicas – representa um obstáculo adicional à atuação jurisdicional. Afinal, abordar o adjetivo social, de direitos sociais, implicaria, necessariamente, em prerrogativas coletivas? Se os remédios à violação implicassem somente mecanismos plurais, opor-se-iam aos direitos

<sup>73</sup> STF. Ag.Reg. nos Emb. Div. no Ag.Reg. no RE com Ag. n.º 1.230.668. Rel. Min. Roberto Barroso. p. 3.

<sup>74</sup> STF. Ag.Reg. nos Emb. Div. no Ag.Reg. no RE com Ag. n.º 1.230.668. Rel. Min. Roberto Barroso. p. 3. A dificuldade nestes casos reside na determinação da inéria do Poder Executivo na adoção e concretização da política pública. Na mesma sentença, porém, em voto divergente, o Min. Alexandre de Moraes assevera que, “todavia, como se viu, no caso dos autos, o Município tem adotado medidas para sanar a deficiência de escolas apontadas pelo *Parquet*. Assim, inexistindo a inéria do ente federado, não vislumbra a hipótese excepcional que autoriza o Poder Judiciário intervir para determinar o cumprimento da obrigação de fazer consistente na construção de escolas públicas. Até porque esse tipo de determinação interfere diretamente no juízo discricionário do administrado público, a quem cabe eleger, no exercício de sua conveniência e oportunidade, a melhor forma de implementar as políticas públicas”. STF. Ag.Reg. nos Emb. Div. no Ag.Reg. no RE com Ag. n.º 1.230.668. Rel. Min. Roberto Barroso. p. 20. Este excerto mereceria estudos sobre a desconstrução dos temos inéria, interferência e conveniência. Infelizmente, não há espaço para este artigo. Sobre as políticas públicas em matéria de educação: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BORTOLINI, André Luis. Voucher como instrumento de fomento da educação básica no Estado Social e Democrático de Direito. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 9, n. 1, p. 181-204, ene./jun. 2022; SILVA, Carla Luana da; LEAL, Rogério Gesta. Os programas constituidores da política pública educacional voltados à educação básica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 423-450, maio/ago. 2022.

fundamentais? A recepção coletiva dos direitos sociais os diminui frente aos direitos fundamentais, os restringem ao monopólio dos Poderes Executivo e Legislativo, assim como, os distanciam da apreciação jurisdicional. Postula-se, não obstante, neste capítulo que a desconstrução do termo social, em direitos sociais, viabilizaria reconhecê-los como direitos fundamentais, reconhecer que as respostas disponíveis, face a violações, possuem matiz individual e coletivo, bem como não representam o domínio privado do Poder Público e do Parlamento.

### **3.1. A desconstrução do vocábulo social: direitos sociais constituem direitos fundamentais**

Direitos sociais constituem direitos fundamentais. Embora *a priori* controvertido<sup>75</sup>, atualmente, não se poderia distinguir, com exatidão, os domínios entre direitos civis políticos, por um lado, e, direitos sociais e econômicos, de outro<sup>76</sup>. Não obstante, resistem os argumentos contrários. Afirmam que “claramente, direitos sociais e econômicos, como incorporados na Constituição Federal de 1988, não são direitos individuais”<sup>77</sup>, por conseguinte, acarretaria a “violação do princípio regente do sistema constitucional brasileiro, que requer a implementação de direitos econômicos e sociais seja realizada com o objetivo de reduzir a desigualdade social e eliminar a extrema pobreza”<sup>78</sup>. Salientam que “inexiste previsão que declare que qualquer direito social ou econômico no Artigo 6º, da Constituição Federal, deve ser, exclusivamente, atendido pelo Poder Público”<sup>79</sup>. Atestam que “a proteção judicial de direitos econômicos e sociais tende a favorecer indivíduos que se encontram em melhores condições, logo, contradizendo o propósito constitucional da proteção desses direitos, que é a redução da desigualdade”<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Carlos Bernal Pulico assinala que “o conceito de direito fundamental é uma das noções mais controvertidas na doutrina constitucional europeia dos finais do segundo milénio e início do terceiro”. PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El Principio de Proporcionalidad como Criterio para Determinar el Contenido de los Derechos Fundamentales Vinculante para el Legislador**. 3. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81.

<sup>76</sup> No rol de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, destaca-se a sentença de *Airey v. Ireland*, Application no. 6289/73, de 9.10.1979, que sustenta: “A Corte está ciente de que a realização de direitos sociais e econômicos é amplamente dependente da situação – notadamente, financeira – que impera no Estado em questão. Não obstante, a Convenção deve ser interpretada à luz das condições contemporâneas (mencionado acima no julgamento *Markcx*, p. 19, para. 41) e foi elaborada para salvaguardar o indivíduo de forma prática e concreta no que se refere àquelas matérias que aborda (ver para. 24, acima). Enquanto a Convenção estabelece o que são direitos civis e políticos, muitos deles possuem implicações de natureza social e econômica. A Corte, portanto, considera, como a Comissão, que o mero fato que uma interpretação da Convenção possa estender na esfera de direitos sociais e econômicos não deve ser fator decisivo contra esta interpretação; não há um divisor de águas dividindo a esfera do campo coberto pela Convenção”. parágrafo 26.

<sup>77</sup> GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICJ Journal**, v. 7, n. 4, 2013. p. 461.

<sup>78</sup> GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICJ Journal**, v. 7, n. 4, 2013. p. 461.

<sup>79</sup> p. 462.

<sup>80</sup> GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICJ Journal**, v. 7, n. 4, 2013. p. 45. O autor assinala, ainda, que “o Estado brasileiro, estruturado em relações patrimonialistas, só pode quebrá-las e curar as

Outros juristas, no entanto, encontram nos direitos econômicos e sociais o prolongamento dos direitos fundamentais. Direitos de segunda geração constituem direitos fundamentais. Argumenta-se que os direitos fundamentais se assentam na dignidade da pessoa humana, que conquistam o patamar constitucional através dos imperativos da fundamentalidade formal e material, e, que não se resumem a meras regras típicas, mas, edificam-se em verdadeiras normas.

Inicialmente, Aharon Barak leciona que “a dignidade da pessoa humana é a humanidade de uma pessoa como tal”<sup>81</sup>, e, “subjacente a esta humanidade estão a liberdade e a autonomia da vontade do indivíduo. Trata-se da liberdade de uma pessoa escrever sua própria história”. Usufruem de universalidade, da inalienabilidade, da invisibilidade, da historicidade, e de transindividualidade<sup>82</sup>.

---

causas profundas da desigualdade social através do tratamento dos direitos econômicos e sociais diferente dos direitos individuais. Se o tratamento destes dois tipos de direitos fosse o mesmo, os direitos econômicos e sociais seriam utilizados, na prática, como meio para manter a desigualdade e a concentração de privilégios em benefício de uma pequena minoria”. GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. *ICJ Journal*, v. 7, n. 4, 2013. p. 462.

<sup>81</sup> BARAK, Aharon. **Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right**. Trad. de Daniel Kayros. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015. p. xix. O autor esclarece que, “conforme a interpretação proposital, o conteúdo do direito à dignidade humana é o cumprimento do valor constitucional da dignidade humana” BARAK, Aharon. **Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right**. p. xix. Aharon Barak explica que a dignidade humana se descompõe em três segmentos. A dignidade, em primeiro lugar, “é um valor social”, ou seja, enfatiza “o aspecto da dignidade humana como um valor social que tem sido expresso – explicitamente ou implicitamente – na constituição estatal”. BARAK, Aharon. **Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right**. p. 12. Em segundo lugar, comporta-se como “um valor constitucional”, por conseguinte, “somente aqueles aspectos do valor social da dignidade humana que (explicitamente ou implicitamente) expressaram na constituição, comportam com sua linguagem e estrutura, estão inseridos no valor constitucional”; por fim, opera como “um direito constitucional” expresso ou deduzido, nos textos constitucionais. BARAK, Aharon. **Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right**. p. 12

<sup>82</sup> A transindividualidade refere-se à postulação coletiva, por atores com representatividade metaindividual: demanda-se, em nome próprio, a tutela e direitos indisponíveis alheios. Positivou-se através do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Conforme sentença do Superior Tribunal de Justiça: “1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanque. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direito coletivo em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer. 2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela hibrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaracado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis. 3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva. 4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano,

Em continuação, atingem a hierarquia constitucional através do provimento das fundamentalidades formal e material. Pelo primeiro, designam-se “normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; [...] como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão”<sup>83</sup>, assim como, constituem “limites materiais da própria revisão”<sup>84</sup> e “parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”<sup>85</sup>. A materialidade refere-se ao conteúdo fundamental desses direitos, vinculado à dignidade humana, e, suscita consequenciais importantes. Em primeiro lugar, abre-se a “constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais”<sup>86</sup>. Em seguida, “a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal”<sup>87</sup>. Finalmente, “a abertura a novos direitos fundamentais”<sup>88</sup>. A Constituição abre-se às possibilidades, domésticas e internacionais.

Finalmente, associado ao expediente das fundamentalidades formal e material, a divisão entre normas<sup>89</sup> e enunciados normativos auxilia a identificação e ampliação do rol de direitos fundamentais. Robert Alexy assinala que “toda norma por ser expressa por um enunciado normativo”<sup>90</sup>; as normas fundamentais, a seu turno, dividem-se em dois grupos: “as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas”<sup>91</sup>. Sua tese, em suma, assenta-se em três postulados: parte-se da “diferenciação entre enunciado normativo

a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico)”. STJ, 4ª T., REsp 1293606/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.9.2014, DJUE 26.9.2014.

<sup>83</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379

<sup>84</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.

<sup>85</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.

<sup>86</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.

<sup>87</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.

<sup>88</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.

<sup>89</sup> Carlos Bernal Pulido aponta que “normas se definem como o conteúdo prescritivo das disposiciones jurídicas; são o resultado da sua interpretação e a matéria que forma o ordenamento jurídico objetivo”. PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El Principio de Proporcionalidad como Criterio para Determinar el Contenido de los Derechos Fundamentales Vinculante para el Legislador**. 3. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 84.

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 56.

<sup>91</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 73.

e norma, constitutiva do conceito semântico de norma"<sup>92</sup>; reconhece-se que o conceito de "normas de direitos fundamentais atribuída é vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridade"<sup>93</sup>; por fim, a "definição baseada no conceito de fundamentação correta é generalizada, e passa a valer tanto para as normas estabelecidas diretamente quanto para as normas atribuídas"<sup>94</sup>. Esta distinção permite deduzir direitos de enunciados normativos contidos no texto constitucional. Se se prescreve tratar-se de um "Estado social"<sup>95</sup>, deduz-se o reconhecimento de direitos fundamentais sociais, do contrário, não haveria a necessidade de qualificar o Estado como "social". Inicia-se o exercício de identificação de direitos fundamentais atribuídos ou derivados.

Em conjunto, a fundamentação da dignidade da pessoa humana, a justificação de direitos segundo as fundamentalidades formal e material, assim como, a distinção entre enunciados normativos e normas sedimentam a índole fundamental dos direitos de segunda geração. Refutam-se as teses que observam nos direitos econômicos e sociais meros programas, objetivos ou projetos direcionados à discretionaryeade e conveniência dos Poderes Executivo e Legislativo. Ainda que não se persuadam partidários e dissidentes à identidade fundamental dos direitos sociais, ambas facções aquiescem em uma matéria: o desconforto na engenharia de remédios às violações destes direitos.

Juristas insatisfeitos ao matiz fundamental dos direitos econômicos e sociais asseveram que, por sociais, a realização se daria na esfera política; juristas adeptos ao reconhecimento da fundamentalidade, no entanto, prescrevem mecanismos protetivos coletivos, ou, quando individuais, menos intrusivos ao Poder Público. Postula-se, neste artigo, não obstante, a harmonização desses remédios ao liberalismo: deve-se

<sup>92</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 76. O autor enuncia que "no primeiro nível, o conceito de norma de direito fundamental é definido com base em enunciados normativos estatuídos por uma determinada autoridade, o legislador constituinte. Esses enunciados normativos, as disposições de direitos fundamentais, são identificados com base em critérios formais, segundo a forma de sua positivação: estarem inseridos no título dos direitos fundamentais da Constituição alemã referidos na disposição sobre reclamação constitucional (art. 93, § 1º, 4a)". ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 76.

<sup>93</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 76. O jurista explana, neste sentido, que "a necessária liberdade no âmbito da atribuição é levada em consideração por meio de conceito de asserção sobre normas de direitos fundamentais. Qualquer um pode, a respeito de qualquer norma, asseverar que ela deve ser atribuída a disposições de direitos fundamentais. Mas essa asserção tem como objeto uma norma de direito fundamental somente se ela for correta, o que só ocorre se, para tal atribuição, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais". ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 76-77.

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 77.

<sup>95</sup> Trata-se da sentença do Tribunal Constitucional Federal alemão em 99 BVerfGE 216 (1998). Expõe-se que "do artigo 1, parágrafo 1, da Lei Fundamental e o princípio do "estado social" no artigo 20, parágrafo 1 da Constituição, um princípio constitucional segundo o qual o estado deve isentar a renda minimamente necessária para a existência humana – um "mínimo existencial" – de impostos. Considerando o artigo 6, parágrafo 1, da Lei Fundamental, este princípio aplica-se às necessidades mínimas de todos os membros da família".

reconhecer a índole individual dos direitos econômicos e sociais, tal como, direitos fundamentais ou direitos de primeira geração.

Os sistemas jurídicos contemporâneos, ao menos em países ocidentais, repousam em princípios liberais. Ainda que se designem variações sobre o liberalismo<sup>96</sup>, por Direito liberal se designa a legalidade à “serviço da liberdade”<sup>97</sup>. Uma concepção normativa do Direito, ou seja, a legalidade, conforme leciona Lewis Sargentich, sustenta que “o direito deve adotar a forma de uma prescrição geral, impessoal e coerente que opere para sustentar uma resolução racional”<sup>98</sup>. Inexiste espaço para anseios ditoriais ou privilégios injustificados para determinados indivíduos ou grupos. Ademais, o autor explana que “a concepção liberal da legalidade contém premissas sobre o que significa depender do direito, e somente do direito, não a vontade de outros; o que significa para o direito ser impessoal; o que acontece quando se suspende o direito”<sup>99</sup>. Pode-se observar, por conseguinte, certa paridade entre direitos prescritos e respostas disponíveis, na eventualidade de violações. A dinâmica entre remédios e direitos compreendem uma concepção liberal de Direito<sup>100</sup>. O desafio, não obstante, reside na identificação de remédios apropriados aos direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais sociais compartilham os matizes objetivo e subjetivo. O desconforto na engenharia de soluções, na hipótese de desrespeito, inclina-se à sua compreensão coletiva. Tanto aqueles que reconhecem sua fundamentalidade

<sup>96</sup> O liberalismo possui diferentes matizes. Jan Harald Alnes e Manuel Toscano assinalam que “o termo “liberalismo” (e o correlacionado “liberal”) refere a uma ampla família de concepções, demandas e princípios. O emaranhado liberal é composto de muitos fios, porém, nenhum deles representa o elemento essencial ou definidor”. ALNES, Jan Harald; TOSCANO, Manuel. Introduction. In: ALNES, Jan Harald; TOSCANO, Manuel. **Varieties of Liberalism: Contemporary Challenges**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2014. p. xiii. Neste artigo, no entanto, aceitar-se-á a possibilidade de, mesmo diante de inúmeras diferenças regionais e temporais, a possibilidade de identificação de traços comuns às variações do liberalismo. Há autores, ademais, que apontam a ruptura completa do liberalismo. Ganesh Sitaraman assevera que “a ordem internacional liberal se racha enquanto o nacionalismo cresce em poder e as instituições globais decaem”. SITARAMAN, Ganesh. **The Great Democracy: How to Fix Our Politics, Unrig Economy, and Unite America**. Nova Iorque: Basic Books, 2019. p. 7. Aventra-se que “com a crise financeira de 2008 e a grande recessão, a ideologia neoliberal perdeu sua força”, consequentemente, argumenta-se que a partir da “crise social do neoliberalismo e sua crise na economia política – direcionou para quatro possibilidades futuras, em duas dimensões: comunidades inclusivas ou exclusivas e populismo ou concentração econômica”. SITARAMAN, Ganesh. **The Great Democracy: How to Fix Our Politics, Unrig Economy, and Unite America**. p. 45; 57. Não se consegue, todavia, verificar, de forma empírica, a cessação ou sucessão do modelo liberal ou neoliberal. Vive-se, ainda, sob a tutela liberal.

<sup>97</sup> SARGENTICH, Lewis S. **Liberal Legality: A Unified Theory of Our Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019. p. 2.

<sup>98</sup> SARGENTICH, Lewis S. **Liberal Legality: A Unified Theory of Our Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019. p. 2.

<sup>99</sup> SARGENTICH, Lewis S. **Liberal Legality: A Unified Theory of Our Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019. p. 3.

<sup>100</sup> William Blackstone assinalava que “em todos os outros casos, trata-se de regra geral e indiscutível que, onde há um direito há, também, um remédio jurídico, seja pela demanda ou processo, onde quer que este direito seja violado”. BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England. Book III: Of Private Wrongs**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 22.

como aqueles que a negam, curvam-se à acepção coletiva do vocábulo “social”. A prática jurídica inclina-se à índole coletiva. A desconstrução do termo, todavia, explicita esta orientação. Em outros ramos jurídicos, o adjetivo social dispõe de contornos diferentes. No Direito empresarial, por exemplo, observa-se o oposto do vivenciado no Direito Constitucional. Se neste, juristas valorizam o aspecto coletivo; naquele impõe o individualismo. A sociedade empresária se traduz a um grupo definido de indivíduos, ligados por uma relação contratual, com objetivo econômico. Nada mais individualista que uma sociedade empresária<sup>101</sup>. Aparentemente, a origem da ênfase comunitária dos direitos sociais se encontraria na identificação das gerações de direitos<sup>102</sup>. Restringindo-os ao aspecto cooperativo, privilegiam-se remédios coletivos.

<sup>101</sup> Milton Friedman escreve, com veemência, que “quando escuta empresários falarem, eloquentemente, sobre as “responsabilidades sociais da empresa em um sistema de livre concorrência”, recordo da história maravilhosa de um francês que descobriu, aos 70 anos, que ele falou em prosa por toda sua vida. Os empresários acreditam que defendem a livre empresa quando declamam que os negócios não se preocupam “meramente” com o lucro, mas, também, na promoção de fins sociais desejáveis; que o negócio possui uma consciência social, e leva a sério estas responsabilidades ao gerar emprego, eliminar a discriminação, evitar a poluição e qualquer outra coisa que venha a ser a palavra de ordem dos reformadores. De fato, são – ou poderiam ser – se eles ou qualquer um que os leva a sério – que pregam o socialismo puro ou imaculado. Empresários que adotam este discurso são marionetes inconscientes das forças intelectuais que minaram os fundamentos da sociedade livre nestas últimas décadas” FRIDMAN, Milton. A Friedman Doctrine – The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits. *The New York Times*. 13 set. 1970. Os efeitos dos direitos fundamentais, no entanto, irradiam-se, mesmo a este ramo privado do Direito. Kelly de Souza Barbosa e Adalberto Simão Filho apontam que “Os reflexos serão claros. Frutos sociais serão gerados a partir da atividade em âmbito de nova empresarialidade, e serão sentidos na forma como a empresa participará de projetos sociais e de políticas públicas voltadas para a redução de desigualdades, pobreza, analfabetismo, igualdade de gênero; como ocorre em projetos mundiais, a exemplo do pacto global da Organização das Nações Unidas. E até na forma como se buscará soluções éticas para os conflitos empresariais de qualquer natureza serão percebidos resultados positivos, rompendo-se assim o preceito eminentemente capitalista da atividade mercantil cruel e unicamente voltado para atender ao lucro e caprichos de acionistas na busca de poder e fortuna”. BARBOSA, Kelly de Souza; SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade: o robustecimento dos valores éticos e sociais no exercício empresarial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 269-294, jan./abr. 2018. p. 290.

<sup>102</sup> Daniel W. Hachem explica que “a tradicional referência ao surgimento de distintas gerações de direitos fundamentais, que foram sucessivamente positivando nas Constituições direitos de diferentes espécies, gerou a seguinte explicação reducionista: (a) a primeira geração seria fruto do “Estado Liberal de Direito” de fins do século XVIII, momento em que se reconheceram como direitos essenciais do homem as liberdades individuais, cujo conteúdo se limitaria a restringir o campo de atuação do Poder Público, dirigindo-lhe o dever de abstenção de interferência nas esferas jurídicas dos cidadãos; (b) a segunda geração emergiria com o “Estado Social de Direito”, que teve seus embriões no início do século XX mas cuja consolidação se deu após a Segunda Guerra Mundial, modelo no qual direitos dos trabalhadores e direitos a prestações fáticas como saúde, educação e assistência – batizados de “direitos sociais” – passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, com a característica primordial de impor deveres de ação positiva e intervintiva ao Estado, para a promoção da igualdade material e da justiça social; (c) a terceira geração, nascida no último quarto do século XX, teria derivado da necessidade de tutela de bens jurídicos indivisíveis em uma sociedade de massa, tendo como traço distinto a *titularidade transindividual* – coletiva e difusa – dos direitos, haja vista a impossibilidade de apropriação individual dos interesses por eles resguardados”. HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Titularidade (individual e Transindividual) dos Direitos Fundamentais Econômicos, Sociais, culturais e Ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013. p. 619-620. Ingo Wolfgang Sarlet ratifica esta tese. Segundo o autor, “a despeito destes e de todos os demais aspectos que aqui poderiam ser versados e por mais que se possa aderir a boa parte das críticas colacionadas no que diz especialmente com supervalorização da classificação histórica dimensional) dos direitos fundamentais, cremos que o mais

Aduz-se, na literatura jurídica, que as respostas para potenciais descumprimentos aos direitos fundamentais sociais oscilariam entre manifestações individuais<sup>103</sup>, sistêmicas<sup>104</sup>, imediatas<sup>105</sup>, postergadas ou dialógicas<sup>106</sup>. Usualmente, qualificam-se as soluções individuais como atentatórias à separação entre os Poderes ou ao orçamento público<sup>107</sup>. Respostas judiciais menos intrusivas tornam-se “uma forma atrativa de conciliar auto-governança com o constitucionalismo”<sup>108</sup>. Estes mecanismos enaltecem o atributo temporal das políticas públicas elaboradas para realizar os direitos

importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambição necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional genuinamente “altruista” e “fraterno”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 57. Karel Vasek desenvolveu a tese das gerações de direitos. Vašák, Karel. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. UNESCO Courier (1977) 11:29–32.11:29–32.

<sup>103</sup> Kent Roach os qualifica como aqueles que “presumem que a justiça somente seria realizada para indivíduos perante tribunais e não para grandes grupos que não acederiam os tribunais ou imperfeitamente representados por mecanismos como as ações coletivas”. ROACH, Kent. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights. In: LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. p. 48.

<sup>104</sup> Trata-se de mecanismos destinados “a reformar grandes burocracias públicas ou produzir nova legislação ou programas governamentais”. ROACH, Kent. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights. In: LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. p. 48.

<sup>105</sup> Observa-se que “o remédio pode ser imediato quando o tribunal decide que o governo violou um direito e a extensão do dano causado pela violação foi estabelecido. Reparações civis são o remédio preferido porque permitem uma retificação singular ou correção sem a necessidade de envolvimento do tribunal. Declarações e injunções não são preferíveis, em parte porque requerem que os governos adotem medidas na implementação futura da ordem judicial. Os remédios imediatos são a regra no direito constitucional. Desde *Marbury v. Madison*, os tribunais derrogaram leis devido a inconsistência com a constituição com efeito imediato, fundado na presunção de que estes remédios negativos e imediatos alcançariam o cumprimento com a constituição”. ROACH, Kent. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights. In: LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. 48.

<sup>106</sup> Alerta-se que “a ideia de que um magistrado iniciasse um processo conjunto e dialógico seria recebido, na tradição de soluções jurídicas, como um sinal de que o juiz abandonou o direito e se rebaixou à política, como o consequente emprego de negociação e barganha, em oposição à adjudicação”. ROACH, Kent. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights. In: LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. p. 49.

<sup>107</sup> Aventra-se que “o resultado do emprego sistêmico do Judiciário para assegurar, em via individual, o suposto direito individual a medicamentos custeados pelo Estado poderia diminuir o sistema constitucional de direitos sociais e econômicos por completo”. GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICJ Journal**, v. 7, n. 4, 2013. p. 465.

<sup>108</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Princeton: Princeton University Press, 2008. p. xi. O autor assevera que « sistemas fracos são atrativos, em parte, porque preservam a autoridade legislativa: sistemas fracos presumem que o legislativo, dado a responsabilidade para participarem no desenvolvimento do significado constitucional, em diálogo com os tribunais, o farão, razoavelmente, bem”. TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** p. xii.

fundamentais sociais<sup>109</sup>, desaprovam o déficit de experiência dos órgãos jurisdicionais<sup>110</sup>, e, por conseguinte, privilegiam o matiz objetivo dos direitos econômicos e sociais. Não obstante, negligenciar sua índole subjetiva fomentaria a tese da denegação da fundamentalidade: se estes direitos comportam apenas formas de tutela coletivas e menos intrusivas nas demais esferas de poder, diminui-se sua fundamentalidade, em comparação aos direitos de primeira geração.<sup>111</sup> O adjetivo social, presente na nomenclatura destes direitos, não importa em monopólio da coletividade; compartem, igualmente, uma face objetiva e outra subjetiva<sup>112</sup>.

Os precedentes apontam o predomínio de mecanismos fracos na, e, a consequente, primazia da índole subjetiva na adjudicação dos direitos sociais. As respostas, neste sentido, oscilam entre a completa deferência, o adiamento de ordens judiciais em prol do cumprimento voluntário pela Administração Pública do direito social e econômico, o mandamento para cumprimento da ordem jurisdicional ou combinações entre estes modelos.

O Direito Administrativo norte-americano digladiava entre deferir às interpretações construídas por órgãos administrativos ou encontrar repostas harmônicas. Em *Chevron, USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, a Suprema Corte

<sup>109</sup> Vanice Lirio do Valle assinala que as políticas públicas “se desenvolvem dentro de uma determinada perspectiva temporal, sendo inadequado a pretensão de controle que se dirija a um momento determinado no tempo, sem ter em conta os desdobramentos previstos na sua formulação. Isso significa que do ponto de vista prático, uma determinada política pública pode não ter ainda gerado os efeitos perseguidos jurisdicionalmente, mas estar em vias de determinar os resultados a que se propõe – o que pode tornar inadequada a intervenção que paralisa, reconfigura ou substitui a estratégia de ação já traçada”. VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 110.

<sup>110</sup> Aventava-se que “uma vez mais no campo das deficiências de expertise, um importante elemento a se destacar diz respeito não à técnica diretamente relacionada à garantia do direito em si, mas aos elementos necessários à superação de uma outra patologia que pode estar na raiz da inefetividade da política pública) e por via de consequência, da garantia do direito fundamental), a saber, eventuais bloqueios políticos à sua implementação”. VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 110.

<sup>111</sup> VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021.

<sup>112</sup> Designa-se por dimensão subjetiva a posição jurídica pela qual se autoriza um indivíduo pleitear direitos do Estado; por objetiva, o conjunto de valores que inspiram a ordem constitucional. Jorge Reis Novaes aponta que se desenvolve “nos Estados sociais e democráticos de Direito do pós-guerra, mesmo que difusamente, a noção de que, para além da sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do Direito”. Assim, “desta dupla dimensão resultaria uma vinculação abrangente do Estado aos direitos fundamentais que se traduziria genericamente, não apenas na necessidade de os poderes públicos se absterem de intervir restritivamente nos âmbitos de liberdade que os direitos fundamentais garantem aos particulares, mas também de actuarem positivamente no sentido de permitir o seu exercício efectivo, bem como do Estado estruturar todo o ordenamento jurídico em conformidade e em função dos direitos fundamentais”. NOVAES, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 57-58.

norte-americana sedimentou um exame duplo das questões que envolvessem uma interpretação realizada por um órgão integrante da Administração Pública. Se o parlamento, ao elaborar a legislação, requisitasse a competência das agentes administrativas para interpretá-la, o Poder Judiciário, nada mais realizaria, que deferir a este posicionamento. Se, todavia, a legislação fosse omissa, “a corte não impõe, simplesmente, sua própria construção da lei”<sup>113</sup>, mas, lhe caberia examinar “se a resposta da agência é fundamentada em uma construção permissível da legislação”<sup>114</sup>. De qualquer forma, verifica-se a sobreposição da vontade administrativa sobre a construção judiciária.

Em continuação, verificam-se mecanismos que adiam o cumprimento dos efeitos da ordem judicial. Em *Schachter v Canada*, (1992) S.C.R. 679 observa-se o adiamento dos efeitos da decisão judicial. Neste caso, a corte constitucional canadense rememorou as respostas disponíveis no Direito Constitucional para a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos e a reparação individual.<sup>115</sup> A Corte declarou a inconstitucionalidade da seção 32, *Unemployment Insurance Act*, de 1971, e “deixou aberta a opção de suspender a declaração de invalidade por um período de tempo para permitir ao Parlamento emendar a legislação, de forma que atenda suas obrigações constitucionais”<sup>116</sup>. No entanto, a corte constitucional negou-se a estender um direito *a priori*, privativo a países adotivos a países naturais, como pleiteava o autor. Recordou os “poderes limitados para estender a legislação disponível para os tribunais em circunstâncias apropriadas, por meio do poder derivado da seção 52”<sup>117</sup>, do Ato Constitucional, de 1982<sup>118</sup>. Trata-se de um mecanismo que exalta a separação entre os poderes,<sup>119</sup> po-

<sup>113</sup> Chevron, USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778, 81 L. Ed. 2d 694.

<sup>114</sup> Chevron, USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778, 81 L. Ed. 2d 694. Recorda-se que Loper Bright Enterprises et al. v Raimondo, Secretary of Commerce, et al., 603 U.S. \_\_\_\_ (2024), 144 S. Ct. 2244, anulou a decisão Chevron. Nesta sentença, a decisão majoritária assinala que “talvez, fundamentalmente, a presunção em Chevron seja equivocada porque as agências não possuem competência especial na resolução de ambiguidades normativas. Os Fundadores [da Constituição] previram que os tribunais poderiam, geralmente, confrontar ambiguidades normativas e almejavam que os tribunais as solucionariam através do exercício jurisdicional independente. A decisão Chevron equivocou-se, gravemente, ao concluir que a investigação se diferenciava somente porque uma interpretação administrativa estaria em jogo”.

<sup>115</sup> Para uma compreensão sobre a Suprema Corte do Canadá: ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Constitutional Law around the globe: selection of justices for the Supreme Court of Canada. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 57-73, jul./set. 2022.

<sup>116</sup> Schachter v. Canada, (1992) S.C.R. 679.

<sup>117</sup> A seção 52 reza que:“(1) A Constituição do Canadá é a lei suprema do Canadá e qualquer lei que for inconsistente com as prescrições da Constituição não tem, na extensão de sua inconsistência, força ou efeito. (2) A Constituição do Canadá inclui (a) o Ato canadense de 1982, incluindo este mesmo Ato; (b) os Atos e ordens referenciadas na agenda; e, (c) qualquer emenda para qualquer Ato ou ordem referenciada nos parágrafos (a) ou (b)”. CANADA. The Constitution Acts of 1867 to 1982. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca>>. Acesso em: 17 out. 2023.

<sup>118</sup> CANADA. The Constitution Acts of 1867 to 1982. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca>>. Acesso em: 17 out. 2023.

<sup>119</sup> Sobre o tema: GÓMEZ-VELÁSQUEZ, Alejandro. La colaboración armónica entre poderes: un principio inherente y necesario para el constitucionalismo transformador latinoamericano. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e238, maio/ago. 2023.

rérm, descuida dos interesses particulares dos demandantes. Neste caso, reconhece-se o direito, porém, não o concede aos demandantes vitoriosos.

No polo oposto à completa deferência e a suspensão da decisão judicial em matéria de adimplemento dos direitos sociais, vigem respostas que ordenam a efetivação de direitos sociais pela Administração Pública ou combinam os efeitos das demais modalidades. Se nas primeiras privilegiam-se os matizes objetivos dos direitos sociais e econômicos, e, por conseguinte, o significado coletivo do vocábulo “social”, nestas respostas reconhecem-se sua fundamentalidade. Cita-se a decisão T. 760, de 2008, da Corte Constitucional da Colômbia. Nesta ocasião, o tribunal ordenou o Estado a reestruturar seu sistema de saúde<sup>120</sup>.

As respostas híbridas originam-se do Direito Internacional Público. Talvez, pela debilidade de ferramentas coercitivas, os tribunais internacionais de vocação regional combinam o mandamento ao Estado-parte e aquiescente à sua jurisdição, com procedimentos fiscalizatórios. Em *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*, Judgement of 31 Aug. 2001, IACtHR (ser. C) n.º 79<sup>121</sup> e em *Yake Axa Indigenous Community v. Paraguay*<sup>122</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos conciliou expedientes mandamentais (o reconhecimento do direito fundamental social pleiteado pelo autor) com a inspeção, progressiva, do adimplemento da medida pelos Estados réus. Nestas sentenças, admite-se a fundamentalidade dos direitos sociais e se descontinua o monopólio argumentativo da deferência ao Poder Público ou da inabilidade dos magistrados na salvaguarda de direitos sociais. Encaram-nos, aqui, na sua essência: direitos fundamentais.

### **3.2. A superação da falsa necessidade de argumentação dos direitos sociais: o direito comparado não justifica a fundamentalidade dos direitos sociais**

Nos capítulos anteriores, postulou-se que as desconstruções dos vocábulos “político” e “social” revelam as justificativas de preterir os órgãos jurisdicionais na adjudicação de direitos fundamentais sociais e do monopólio de respostas coletivas. Embora

<sup>120</sup> A sentença manda, dentre outros: “o Ministério de Proteção Social, a Comissão de Regulação em Saúde e o Conselho Nacional de Seguridade Nacional em Saúde, adotar as medidas necessárias, de acordo com suas competências, para superar as falhas de regulação nos planos de benefícios, assegurando que seus conteúdos (i) sejam precisos, de maneira clara, (ii) sejam atualizados integralmente, (iii) sejam unificados para os regimes contributivo e subsidiado e, (iv) sejam oportunos e efetivamente fornecidos pelas Entidades Promotoras da Saúde”. COMLOMBIA, T. 760, de 2008. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 13.5.2023. Sobre a temática da proteção do direito à saúde na Venezuela: VIVAS ROSO, Jessica. Prohibición de regresividad de los derechos sociales y derecho a la salud en Venezuela. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 9, n. 1, p. 43-59, ene./jun. 2022.

<sup>121</sup> IACtHR. *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*, Judgement of 31 Aug. 2001, IACtHR (ser. C) n.º 79.

<sup>122</sup> IACtHR. *Yake Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 17 June 2005, IACtHR (Ser. C) n.º 125.

denominadas políticas, os mecanismos de adimplemento, ingressam no âmbito jurisdicional como leis, atos normativos e contratos. O adjetivo social, ademais, não poderia deixar ofuscar a dimensão subjetiva, típica dos direitos de primeira geração e, por conseguinte, sua fundamentalidade. Nesta seção, desconstruir-se-ão outras práticas, marcada pelo emprego restrito do termo social: sustenta-se que a defesa reiterada da fundamentalidade de direitos sociais e econômicos, assim como, o imperativo de universalizá-los constituem falsas necessidades.

A tese da falsa necessidade “oferece uma visão implacavelmente anti-necessitária que, todavia, gera um grande leque de explicações sociais e históricas: algumas compreensivas e abstratas, outras restritas e concretas”<sup>123</sup>. Esta tese “demonstra como carregamos adiante projetos radicais para libertar nossas práticas e negociações apaixonadas de restrições impostas sobre elas por papéis sociais e hierarquias”<sup>124</sup>. Neste sentido, ainda que, aparentemente inexistentes, a leitura dos vocábulos “políticas públicas” e “direitos sociais” parece pressupor que as primeiras competem, exclusivamente, aos órgãos do Poder Executivo e os segundos contemplam, unicamente, garantias e soluções coletivas. Não se trata de elementos explícitos nas palavras “políticas públicas” e “direitos sociais”, porém, ao exaltá-los irrompe-se a necessidade de compreendê-los desta forma: imunes à aferição jurisdicional e exigentes de respostas coletivas. Falsas necessidades.

Inicialmente, observam-se a argumentação reiterada da fundamentalidade dos direitos sociais e econômicos. Na demanda de simples direitos como o acesso a medicamentos, ingresso em sistemas públicos de saúde,<sup>125</sup> ou, ainda, a aposentadoria, exige-se, na prática jurídica, que se recorde a fundamentalidade desses direitos. Se, no entanto, dispõe da fundamentalidade formal, ou seja, encontram-se expressos no texto constitucional, inexistiria a necessidade de deduzi-los da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Como se encontram na Constituição, bastaria aplicá-los, sem maiores esforços hermenêuticos. O desconforto provocado pelas prováveis respostas para seu adimplemento, todavia, faz necessário recordar o magistrado da fundamentalidade destes direitos. Inesperadamente, observa-se esta necessidade em decisões do sentido oposto: evocar o Judiciário que os direitos sociais comportam, igualmente, um matiz coletivo.

<sup>123</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics. A Work in Constructive Social Theory**. Nova Iorque: Verso, 2001. p. 1.

<sup>124</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics. A Work in Constructive Social Theory**. Nova Iorque: Verso, 2001. p. 1.

<sup>125</sup> SOARES, Guilherme; CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Judicialização de serviços e políticas públicas de saúde no período pandêmico: medicamentos, tratamentos e lockdown. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 135-162, jan./mar. 2022; LIMA, Fernando Rister de Sousa. Direito e a política nos julgamentos da Suprema Corte em direito à saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 75-112, jul./set. 2022.

Na Apelação Civil n.º 862.676-5\9<sup>126</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconheceu o pedido do autor, que sofria de tetraplegia flácida, ao acesso a cadeira de rodas e a serviço especializado de transporte. Quando requisitado pelo Ministério Público (autor da demanda) que estendesse o benefício a todos os casos semelhantes no município, por via do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal negou. Aduziu que a ação “não tutela interesses coletivos ou individuais homogêneos, mas o de uma única pessoa, diante das condições especialíssimas em que se encontrava”<sup>127</sup>, e, que o interesse homogêneo “não dá azo ao acolhimento da pretensão do parquet de segundo grau”<sup>128</sup>. Por um lado, pode-se apontar à dificuldade de identificação de taxonomias rígidas e imprecisas<sup>129</sup>. Por outro, verifica-se o império da exigência de uma falsa necessidade: não se faria necessário iniciar outra demanda, coletiva desta vez, para abranger indivíduos titulares de idênticos direitos ao autor da ação inicial. Se se trata de direitos sociais, reconhece-se sua face subjetiva e individual, como na apelação citada, assim como, seu matiz coletivo, aberto à pluralidade de indivíduos.

O expediente da falsa necessidade não se restringe, entretanto, à argumentação reiterada da fundamentalidade dos direitos sociais e econômicos. Aponta-se, como mau raciocínio, o emprego de precedentes estrangeiros para validar a fundamentalidade dos direitos econômicos e sociais. Assinalam, principalmente, no Brasil, que “a doutrina na qual a decisão se fundamentou era, quase em sua totalidade, alemã, orientada para a lógica de um Estado rico e igualitário. Uma vez “tropicalizada” e despida de seu contexto próprio, o argumento torna-se apto para o teatro do absurdo”<sup>130</sup>. Estes

<sup>126</sup> A Ementa reza: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA voltada à prestação de serviço público em prol de deficiente físico. 1. O Ministério Público detém legitimidade ativa para a propositura de ação em defesa de direito individual indisponível, diante de que estabelece o art. 127 da CR; anotados precedentes do STJ e do STF nesse sentido. [...] 3. Não suscitado e incabível reexame necessário, não cabe alegar os efeitos da coisa julgada segundo autorizado pelo art. 103, II, do CDC. A ação, ademais, não tutela interesses homogêneos – hipótese de incidência de regras, mas individual heterogêneo, a par de não haver ter sido formulado pedido nesse sentido pelo autor. 4. Ação julgada procedente. Sentença confirmada. Recurso não Provido”. TJSP, Ap. Civ. Com Revisão n.º 862.676-5\9. 7 Câm. Civ. Dir. Públ. Rel. Des. Coimbra Schmidt. J. 30.03.2009.

<sup>127</sup> TJSP, Ap. Civ. Com Revisão n.º 862.676-5\9. 7 Câm. Civ. Dir. Públ. Rel. Des. Coimbra Schmidt. J. 30.03.2009.

<sup>128</sup> TJSP, Ap. Civ. Com Revisão n.º 862.676-5\9. 7 Câm. Civ. Dir. Públ. Rel. Des. Coimbra Schmidt. J. 30.03.2009.

<sup>129</sup> Daniel W. Hachem assinala que “o que irá demonstrar, portanto, a natureza jurídica da titularidade do direito – se individual ou transindividual – não é o próprio direito, abstratamente considerado, mas sim a pretensão jurídica a ele vinculada que se pretende proteger em cada situação concreta. O fator crucial para o enquadramento da pretensão em uma das espécies de direito tutelável por meio do processo coletivo é o pedido formulado”. HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Titularidade (individual e Transindividual) dos Direitos Fundamentais Econômicos, Sociais, culturais e Ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013, p. 683-684. Sobre o processo coletivo para a tutela de direitos: LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 169-198, abr./jun. 2021; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021.

<sup>130</sup> GOUVEIA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICJ Journal**, v. 7, n. 4, 2013, p. 471. O autor acrescenta que “a influência da doutrina de fontes estrangeiras, outro aspecto deste “novo constitucionalismo”, que

argumentos não se restringem ao país<sup>131</sup>, e, tampouco se limitam aos direitos sociais<sup>132</sup>. Reconhece-se que “ao combinar o contextualismo com o entendimento que o estudo comparado incitar questões se determinados arranjos, aparentemente necessários para nós, são, de fato, falsas necessidades”<sup>133</sup>, no entanto, o reconhecimento da fundamentalidade de direitos sociais e econômicos independe do Direito Comparado. A doutrina e precedentes nacionais já os reconheceram como direitos fundamentais sociais. Sugerir que a identificação de direitos sociais como direitos fundamentais representa outra falsa necessidade.

---

possui aspirações globais, é tão alegórico que efetivo. O patrimonialismo dominou a prática de “canabilizar” a doutrina estrangeira, valendo-se dela como instrumento meramente retórico para vestir interesses domésticos em termos universais”. GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. p. 474. Pablo Castro Miozzo assevera que “A recepção acrítica deste modelo como dogmática para tais direitos no Brasil é absolutamente equivocada, tendo em vista que, como demonstrado, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy e sua teoria dos princípios foi desenvolvida para resolver problemas próprios do direito constitucional alemão, que não ocorrem ou não existem na mesma dimensão na Constituição brasileira. Tal fato torna urgente, de um lado, uma ruptura radical com o modelo e, de outro, o desenvolvimento de um outro modelo dogmático, este sim adequado para o tipo de positivação que os direitos fundamentais sociais recebem na constituição brasileira. A ruptura aqui defendida, implica, entre outras questões, o abandono da distinção entre princípios e regras e da técnica da ponderação como parâmetros para interpretar e aplicar os direitos fundamentais sociais. A necessária proposta alternativa de dogmática, que não trabalhe com tais categorias, será apresentada pelo autor do presente artigo em trabalhos futuros”. MIOZZO, Pablo Castro. Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 619-643, set./dez. 2022. p. 639. Neste caso, não se poderia apontar à recepção acrítica ou a um transplante jurídico puro, capaz de assegurar o exato comportamento do instituto jurídico estrangeiro no foro. Inevitavelmente, ao traduzir as lições jurídicas estrangeiras, já as modifica.

<sup>131</sup> Relembra-se a decisão dissidente do Juiz Antonin Scalia, em *Ropper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2005): “Esta Corte deve professar sua disposição em reconsiderar todas estas matérias à luz de perspectivas estrangeiras ou deverá cessar o recurso a pareceres estrangeiros como parte da fundamentação de suas decisões. Invocar direito estrangeiro quando concordante com a própria opinião e ignorar outros contrários não é decidir racionalmente, é sofisticação”. A Corte constitucional sul-africana oferece uma solução ao dilema. Autorizada a consultar precedentes estrangeiros pela própria Constituição (§ 39 (1) (c)), em *S. v. Makwanyne and Another* 1995 (3) SALR 391 (CC) considerou que “ao considerar o direito comparado, devemos ter em mente que necessitamos interpretar a Constituição da África do Sul e não um instrumento internacional ou a constituição de outro país estrangeiro, e, que isto deve ser feito em cuidado ao nosso sistema jurídico, nossa história e circunstâncias e a estrutura e linguagem da nossa própria Constituição. Podemos recorrer ao auxílio do direito internacional público e da jurisprudência estrangeira, porém, não estamos, de forma alguma, vinculados a segui-los”.

<sup>132</sup> A Suprema Corte norte-americana, em *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), reconheceu a aplicação extraterritorial do direito ao Habeas Corpus a prisioneiros da baía de Guantánamo. A Suprema Corte britânica reconheceu a extensão de direitos fundamentais a combatentes, ingleses, no Iraque, em *Smith (and Others) v MOD* [2013] UKSC 41. Em sede de direitos sociais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em opinião consultiva, atesta a irradiação de efeitos horizontais dos Direitos Sociais, prescritos nas constituições de seus Estados-Membros. Segundo a decisão: “Em uma relação trabalhista regida pelo direito privado, deve-se ter em consideração que existe uma obrigação de respeito dos direitos humanos entre particulares. Isto é, da obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existe para os Estado, derivam-se efeitos em relação a terceiros (erga omnes). Essa obrigação foi desenvolvida pela doutrina jurídica e, em particular, pela doutrina do *Drittewirkung*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos como pelos particulares em relação a outros particulares”. IACRH. Advisory Opinion OC-18\03, September 17, 2003, requested by the United States of America.

<sup>133</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 13.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No domínio das palavras inexistem deliberações democráticas. O emprego de palavras resulta da escolha, hierárquica, de eruditos linguistas dos potenciais conceitos que abarcaria. No Direito, estas escolhas competem a uma prática, especializada e restrita. Consequentemente, vocábulos comuns como causa, forma e consideração ganham contornos jurídicos específicos. Referir-se a estas palavras importa na vinculação a obrigações contratuais. Observa-se idêntico fenômeno no Direito Constitucional. Discorrer sobre o controle jurídico de políticas públicas em matéria de direitos sociais requer reconhecer, *a priori*, que por políticos, excluem-se do entorno jurídico, e, como sociais, submetem-se a respostas coletivas. A aceitação desta postura importa mais que o império da técnica jurídica; revela os fundamentos, preconceitos e escolhas. A desconstrução dos termos “políticas” e “sociais” evidencia a disposição da doutrina e prática jurídica em retirá-los da aferição jurisdicional e de diminui-los perante os direitos de primeira geração, ao negligenciá-los de respostas individuais.

O substantivo políticas, em políticas públicas, não designa um instituto, eminentemente, governamental. Concretizam-se por leis, atos normativos e contratos públicos, logo, não se poderiam exclui-los da aferição dos órgãos jurisdicionais. Desconstruí-los permite demonstrar que, inexiste algo mais jurídico que legislações, atos normativos e instrumentos negociais. Denominá-los políticos, no entanto, autorizaria maior discricionariedade do Poder Público e demandaria maiores conhecimentos dos magistrados. A opção de qualificar os meios para cumprimento dos direitos sociais de políticas públicas revela o propósito de cingi-los ao domínio político, privativo dos Poderes Executivo e Judiciário. A desconstrução, no entanto, proporciona considerar outras opções, que, de fato, há legitimidade na atuação dos órgãos jurisdicionais no controle de políticas públicas e que inexiste déficit de expertise, já que se debruçará sobre leis, atos normativos e contratos; nada mais jurídico.

Em conjunto, desconstrói-se o termo “sociais”, em direitos sociais, e evidencia-se sua índole fundamental e a pertinência de respostas coletivas e individuais, como rememoradas nos direitos de primeira geração. Qualificá-los como, eminentemente, coletivos suscita falsas necessidades: a reiterada justificação de sua fundamentalidade e a desnecessidade de sustentá-los segundo o Direito Comparado. Direitos sociais apresentam-se como fundamentais; a fundamentalidade formal bastaria.

A prática forense esconde efeitos perniciosos. A preponderância de posições, jurídicas e interpretativas, não importa em sua validade ou legitimidade. Não se poderia aceitar como válido uma mera interpretação, sustentada pelo prestígio de seu intérprete. Reconhece-se que entre o texto e o intérprete, sobressai o grupo ao qual pertence. No entanto, por vezes, torna-se necessário desconstruir estes hábitos. A desconstrução permite a análise de elementos que compõe, seja o edifício, na engenharia,

seja o Direito. Considerar as políticas públicas, como pertencentes ao entorno político, significa diminuir os direitos sociais como expressões dos direitos fundamentais.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.
- ALNES, Jan Harald; TOSCANO, Manuel. Introduction. In: ALNES, Jan Harald; TOSCANO, Manuel. **Varieties of Liberalism: Contemporary Challenges**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2014.
- ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Constitutional Law around the globe: selection of justices for the Supreme Court of Canada. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 57-73, jul./set. 2022.
- BARBOSA, Kelly de Souza; SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade: o robustecimento dos valores éticos e sociais no exercício empresarial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 269-294, jan./abr. 2018.
- BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa: Discursos de Rui Barbosa em Haia**. v. XXXIV. Tradução de Estela Abreu e Arthur Bomílcar. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007.
- BEAUD, Olivier. La Distinction entre Droit Public et Droit Privé: un Dualisme qui Résiste aux Critiques. In: FREEDLAND, Mark; AUBY, Jean-Bernard. **The Public\Private Law Divide: Une Entente assez Cordiale? La Distinction du Droit Public et du Droit Privé: Regards Français et Britanniques**. Portland, OR: Hart Publishing, 2006.
- BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdiccional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012.
- BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez. 2021.
- BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England. Book III: Of Private Wrongs**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016.
- BONIFÁCIO, Robert; MOTTA, Fabrício Macedo. Monitoring and evaluation of public policies in Brazil: conceptual approach and trajectory of legal and institutional development. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 2, p. 340-371, maio/ago. 2021.
- BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. Buenos Aires: Emercé Ediciones, 1996.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-47.

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

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil. Les Biens; Les Obligations**. v. II. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

DAWSON, John. The Oracles of the Law. In: GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor von. **An Introduction to the Comparative Law: Readings, Cases, Materials**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

DERRIDA, Jacques. Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority". In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992.

ELLUL, Jacques. **Histoire des Institutions**. v. 3. Paris : Presses Universitaires de France, 1982.

EPSTEIN, Richard A. Optimal Constitutional Structure. In: PARISI, Francesco (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 3: Public Law and Legal Institutions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.

FARNSWORTH, E. Allan. **Contracts**. 14. Ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.

FISH, Stanley. Interpreting the Variorum. **Critical Inquiry**, vol. 2, n. 3, Spring, 1976. Disponível em: <[criticalinquiry.uchicago.edu](http://criticalinquiry.uchicago.edu)>. Acesso em: 10.04. 2018.

FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. Nova Iorque: Free Press, 2006.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract Law**. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GÓMEZ-VELÁSQUEZ, Alejandro. La colaboración armónica entre poderes: un principio inherente y necesario para el constitucionalismo transformador latinoamericano. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e238, maio/ago. 2023.

GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICJ Journal**, v. 7, n. 4, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Titularidade (individual e Transindividual) dos Direitos Fundamentais Econômicos, Sociais, culturais e Ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HEIDEGGER, Martin. **Being and Time**. Trad. John Macquarrie; Edward Robinson. Nova Iorque: Harper Perennial, 2008.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 113-141, jul./set. 2022.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: GOODIN, Robert E. **The Oxford Handbook of Political Science**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. trad. Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1970.

LASWELL, Harold D. Politics: **Who Gets What, When, How**. Nova Iorque: Meridian Books, Inc, 1958.

LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 119-135, jan./mar. 2021.

LEGREND, Pierre. Introduction. In: LEGREND, Pierre. **Derrida and Law**. Nova Iorque: Routledge, 2009.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Direito e a política nos julgamentos da Suprema Corte em direito à saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 75-112, jul./set. 2022.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 169-198, abr./jun. 2021.

MIOZZO, Pablo Castro. Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 619-643, set./dez. 2022.

MIOZZO, Pablo Castro. Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 619-643, set./dez. 2022.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Formulação, implementação e controle de políticas públicas no contexto “pós”: pós-modernidade, pós-democracia e pós-verdade como mudanças de paradigma. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 73-100, jul./set. 2023.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

NOVAES, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El Principio de Proporcionalidad como Criterio para Determinar el Contenido de los Derechos Fundamentales Vinculante para el Legislador**. 3. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RANADE, Arati; BERTOTTI, Bárbara Mendonça. Implementation of the right to health in Brazil and India: a comparative study. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 27-46, jul./dic. 2021.

ROACH, Kent. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights. In: LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

RODRIGUES, Marco Antonio; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Políticas públicas consensuais em momento de crise: como arranjos normativos viabilizam soluções criativas?. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 231- 255, jul./set. 2021.

ROSENFIELD, Michel. Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy, and the Temptations of the New Legal Formalism. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFIELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BORTOLINI, André Luis. Voucher como instrumento de fomento da educação básica no Estado Social e Democrático de Direito. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 9, n. 1, p. 181-204, ene./jun. 2022.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2003.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021.

SILVA, Carla Luana da; LEAL, Rogério Gesta. Os programas constituidores da política pública educacional voltados à educação básica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 423-450, maio/ago. 2022.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Ativismo, populismo e judicialização da política: a difícil tarefa de compreender o comportamento decisório judicial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 101-131, jul./set. 2023.

SITARAMAN, Ganesh. **The Great Democracy: How to Fix Our Politics, Unrig Economy, and Unite America**. Nova Iorque: Basic Books, 2019.

SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2015\06**. Sep. 2015. Disponível em:<[ssrn.com](http://ssrn.com)>. Acesso em: 8 mai. 2016.

SOARES, Guilherme; CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Judicialização de serviços e políticas públicas de saúde no período pandêmico: medicamentos, tratamentos e lockdown. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 135-162, jan./mar. 2022.

SUNSTEIN, Cass. Against Positive Rights: Why Social and Economic Rights Don't Belong in the New Constitutions of Post-Communist Europe. **East European Constitutional Review**. v. 2, Winter, 1993.

SUNSTEIN, Cass. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. **Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 12**. University of Chicago, 2001.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. Avaliação de políticas públicas e interoperabilidade na perspectiva da governança pública digital. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 687-723, set./dez. 2022.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics. A Work in Constructive Social Theory**. Nova Iorque: Verso, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021.

VIVAS ROSO, Jessica. Prohibición de regresividad de los derechos sociales y derecho a la salud en Venezuela. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 9, n. 1, p. 43-59, ene./jun. 2022.

## INFORMAÇÕES ADICIONAIS

### ADDITIONAL INFORMATION

Editores responsáveis	
Editor-chefe	Daniel Wunder Hachem
Editor-adjunto	Luzardo Faria