



## **O ATIVISMO JUDICIAL COMO PROMOTOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM UMA ABORDAGEM A PARTIR DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS**

### **JUDICIAL ACTIVITY AS A PROMOTER OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS IN AN APPROACH FROM THE THEORY OF THE COSTS OF RIGHTS**

Laína Milesi de Souza<sup>1</sup>  
Jeison Francisco de Medeiros<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Este artigo apresenta o tema relativo ao Ativismo Judicial como promotor de Direitos Fundamentais Sociais em uma abordagem a partir da Teoria dos Custos dos Direitos. O Ativismo Judicial é considerado um fenômeno jurídico onde há atuação proativa do Poder Judiciário, em atitude alternativa nas ações políticas dos demais Poderes, quando esses se mostram omissos, negligentes e/ou ineficientes. Criteriosas ponderações foram suscitadas acerca da questão problema relativa ao binômio, Direitos Fundamentais Sociais e Custos dos Direitos, e com isso objetivou-se, compreender o Ativismo Judicial e seus efeitos sobre os Custos dos Direitos na promoção da Justiça. Além disso, levantaram-se questões que versam sobre o valor imperativo dos Direitos Fundamentais Sociais nas decisões judiciais, por possuírem natureza principiológica e força vinculante. Analisou-se o dever prestacional do Estado em relação à tutela e execução dos Direitos Fundamentais Sociais quando esses são valorados como princípios constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana. O trabalho possui embasamento em pesquisas bibliográficas e em artigos jurídicos relacionados ao tema em destaque, com o uso do método dedutivo, partindo-se da análise de questões genéricas acerca da atuação jurisdicional, no que tange aos Direitos Fundamentais Sociais. Por fim, foi possível afirmar que Ativismo Judicial pode ser considerado um instrumento positivo na concreção dos Direitos Fundamentais Sociais, atitude justificada e legítima do Poder Judiciário para a promoção da dignidade humana, do bem-estar e justiça social.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais Sociais. Custos dos Direitos.

---

<sup>1</sup>Bacharel em Direito; Pós-Graduanda em Direito Contemporâneo – Inovação e Prática – UNC/ESA; Pós-Graduanda em Direito Público – ESMESC; Membro do Grupo de Pesquisas em Análise Econômica do Direito e Desenvolvimento Social na Universidade do Contestado. Campus Curitiba. Santa Catarina. Brasil. E-mail: [lainamilesi@gmail.com](mailto:lainamilesi@gmail.com)

<sup>2</sup>Doutorando em Direito pela UFSC, com ênfase em Direito Tributário; Mestre em Direitos Fundamentais pela UNOESC. Diretor da Universidade do Contestado, Campus de Curitiba. Advogado com atuação em Direito Empresarial e Tributário; Assessor jurídico da Associação Empresarial de Curitiba. Santa Catarina. Brasil. E-mail: [jeisonmedeiros@unc.br](mailto:jeisonmedeiros@unc.br)

## ABSTRACT

This article presents the theme related to Judicial Activism as a promoter of Fundamental Social Rights in an approach based on the Theory of the Costs of Rights. Judicial Activism is considered a legal phenomenon where there is a proactive action of the Judiciary, in an alternative attitude in the political actions of the other Powers, when they are negligent, negligent and/or inefficient. Careful considerations were raised about the issue related to the binomial, Fundamental Social Rights and Costs of Rights, and with that, the objective was to understand Judicial Activism and its effects on the Costs of Rights in the promotion of Justice. In addition, questions were raised that deal with the imperative value of Fundamental Social Rights in judicial decisions, as they have a principled nature and binding force. It was analyzed the duty of the State in relation to the protection and execution of the Fundamental Social Rights when these are valued as constitutional principles of protection of the dignity of the human person. The work is based on bibliographic research and legal articles related to the highlighted theme, using the deductive method, starting from the analysis of generic questions about the jurisdictional action, with regard to Fundamental Social Rights. Finally, it was possible to affirm that Judicial Activism can be considered a positive instrument in the realization of Fundamental Social Rights, a justified and legitimate attitude of the Judiciary for the promotion of human dignity, well-being and social justice.

**Keywords:** Judicial Activism. Fundamental social rights. Cost of rights.

**Artigo recebido em:** 29/03/2022

**Artigo aceito em:** 12/04/2023

**Artigo publicado em:** 29/08/2023

## 1 INTRODUÇÃO

Em linhas introdutórias, o presente artigo visa à dissertação e à compreensão do Ativismo Judicial como instrumento de promoção dos Direitos Fundamentais Sociais, a partir da Teoria dos Custos dos Direitos, quando o Estado, incumbido da obrigação, resulta omissivo ou negligente na efetivação de tais direitos, devido à limitação de recursos financeiros.

Por tais razões, o Poder Judiciário, por meio de atuação proativa, passa a intervir garantindo que sejam concretizados os direitos prestacionais a partir das demandas sociais. A propósito, o Ativismo Judicial é considerado um meio de aplicação das normas constitucionais, modelo que efetiva direitos e promove a justiça em favor da dignidade da pessoa humana.

Contudo, a problemática maior reside nos custos gerados na execução dos direitos pleiteados, pois quanto mais direitos o Estado promove, maiores são os custos ao orçamento público. E o paradoxo dessa questão é deveras verdadeiro, quanto mais comprometido o orçamento estatal, menos direitos são materializados.

A propósito, em suma, muitas são as necessidades da sociedade, poucos são os recursos. Deste modo, a questão problema que move a pesquisa deste trabalho reside na perspectiva de ser o Ativismo Judicial um meio de efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, quando os custos dos direitos são causas de sua limitação.

Logo, o que se pretende analisar também são as implicações geradas pelos custos dos direitos como obstáculo ao exercício do Ativismo Judicial e como justificativa da ineficiência estatal. A hipótese de que a atuação do Poder Judiciário, na tutela e efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, afeta diretamente o orçamento do Estado.

Para responder a essa problemática, objetiva-se, de forma geral, desenvolver a pesquisa sobre o Ativismo Judicial e seus efeitos, como promotor de Direitos Fundamentais Sociais, numa abordagem a partir da Teoria dos Custos dos Direitos. De forma específica, analisar a gênese e a finalidade do Ativismo Judicial na perspectiva de tutelar e promover os Direitos Sociais e, dissertar sobre a Teoria dos Custos dos Direitos no contexto dos Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.

Tecidas as considerações introdutórias, resta enfatizar a importância da justiciabilidade proativa, da legitimidade da atuação dos magistrados e do dever prestacional do Poder Judiciário em relação à salvaguarda e execução dos Direitos Fundamentais Sociais.

Por fim, ressalta-se que a presente pesquisa é embasada em pesquisas bibliográficas e em artigos jurídicos relacionados ao tema, sendo o método utilizado o dedutivo, partindo-se da análise de questões genéricas acerca da atuação jurisdicional, no que tange aos Direitos Fundamentais Sociais constitucionalizados.

## **2 ANÁLISE DA GÊNESE E FINALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DE TUTELAR E PROMOVER OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Pretende-se abordar nesse primeiro tópico os Direitos Fundamentais Sociais em seu conceito e evolução histórica, finalidade e abrangência e, ainda, discorrer-se-á sobre os Direitos Fundamentais Sociais como garantias constitucionais e, também, o dever do Estado brasileiro em promovê-los.

Logo, tratar-se-á do instituto do Ativismo Judicial, gênese e finalidade, teorias antagônicas e favoráveis; por fim, dissertar-se-á sobre o papel do Judiciário na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

### **2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ASPECTO CONCEITUAL E HISTÓRICO**

Quando se trata de Direitos Fundamentais Sociais, logo questões se sobressaem como: o que são, a quem atingem, como são garantidos e/ou efetivados e, também, como são violados; a questão reside se são efetivamente cumpridos ou tornaram-se meras utopias constitucionalizadas?

Tais direitos são considerados resultados das transformações históricas, vicissitudes lentas, marcadas por circunstâncias desfavoráveis diversas de abusos de poder praticados pelo Estado ao longo da história da humanidade. Os Direitos Fundamentais Sociais, assim como os individuais, são direitos assegurados pela Constituição brasileira de 1988.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p.259), “os Direitos Fundamentais nascem a partir do processo de positivação dos Direitos Humanos, a partir do reconhecimento pelas legislações de direitos considerados inerentes à pessoa humana”.

Fábio Konder Comparato (2008, p.176) ao distinguir os Direitos Fundamentais, explica:

Os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional ainda que não possam ser reconhecidos pela

consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana.

Desse modo, os Direitos Fundamentais assim como os Direitos Fundamentais Sociais decorrem dos direitos naturais, impregnados à pessoa humana enquanto ser humano, sendo reconhecidos ao longo da história na medida em que se expandia sua racionalidade, caracterizando-se como limitadores do poder Estatal e como fundamentos para condutas positivas do Estado (MEDEIROS, 2017).<sup>3</sup> Portanto, o “desenvolvimento histórico dos Direitos Fundamentais Sociais está intimamente ligado à limitação do poder” (SARLET, 2012, p. 75).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os Direitos Fundamentais estão acampados no Título II, dividido em cinco capítulos, nos quais os Direitos Fundamentais Sociais serão causa de estudo no presente artigo.

Os direitos sociais são àqueles que promovem a igualdade, assegurando a todos oportunidades de melhoria de vida. São os direitos à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados; dispostos a partir do Art. 6º;

Os Direitos Fundamentais Sociais são reconhecidos não somente pelo fato de estarem corporificados constitucionalmente, mas por vincularem o Estado em todos os seus Poderes à sua efetivação.

## 2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO GARANTIAS

### CONSTITUCIONAIS E O DEVER DO ESTADO BRASILEIRO EM PROMOVÊ-LOS

Durante o período de reinado absolutista, o Estado era visto como inimigo da liberdade individual - especialmente durante o século XVIII, sendo que qualquer restrição ao indivíduo, em favor da coletividade, mostrava-se ilegítima. Deste modo, o Estado Liberal surge pregando a intervenção mínima na vida social e a liberdade como um direito natural dos indivíduos (DALARI, 1998).

---

<sup>3</sup> Os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos (declarados internacionalmente), porém recepcionados nos textos constitucionais de cada Estado. Não há como negar seu caráter abstrato e universal, pois como dito, são naturais, da essência do ser humano. Contudo, somente passam a ter eficácia e aplicação quando reconhecidos e positivados pelo direito interno de cada Estado.

O objetivo fundamental do Estado Liberal era a não intervenção estatal nas relações privadas, liberdade privada e contenção estatal. Celso Ribeiro Bastos (1995) afirma que se esperava muito pouco do Estado Liberal: apenas a proteção da sociedade contra inimigos externos. Já para Walber de Moura Agra (2018, p. 56), o Estado passou a assumir caráter abstencionista, sendo reconhecido como 'Estado Mínimo'.

Ao longo da história, em especial por volta do século XX, surgiram crises econômicas, políticas e sociais que originaram recessões e desempregos, fazendo com que o Estado fosse obrigado a intervir na sociedade para conter o desnivelamento social gerado pelas crises políticas, econômicas e institucionais. Houve a “necessidade de uma maior intervenção do Estado para proporcionar um padrão mínimo de vida e harmonizar as desigualdades sociais” (AGRA, 2018, p. 55).

O Estado tornou-se o protagonista na promoção dos Direitos Fundamentais Sociais, tendo o poder e o dever de promovê-los, pois tais direitos são atributos de ordem social, voltados também para a realização do bem comum<sup>4</sup>.

Paulo Bonavides (2002, p. 558) vislumbra que:

Surge um novo juiz: o juiz constitucional tendo por incumbência proteger esses direitos, fazendo da concretização uma tarefa essencial. Concretizar significa, para ele, dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos do decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na Sociedade.

Verifica-se, contudo, no decorrer dos tempos, principalmente no período neoconstitucional<sup>5</sup>, com as demandas sociais e as transformações de ordem política,

---

<sup>4</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (CF/ 1988). Art. “6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (CF/ 1988).

<sup>5</sup> “O neoconstitucionalismo ou novo constitucional, identifica-se como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio as quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do estado constitucional de direito; (ii) como *marco filosófico*, pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição da constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômeno resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (BARROSO, 2006).

jurídica e econômica, ocorre o reconhecimento dos Direitos Fundamentais Sociais, por meio de forte atuação do Poder Judiciário, através do Ativismo Judicial.

### 2.3 O ATIVISMO JUDICIAL – GÊNESE E FINALIDADE

A gênese do Ativismo Judicial remonta à jurisprudência da “Suprema Corte” norte-americana, quando surgiu o controle judicial de constitucionalidade das leis federais. Até a primeira metade do século XX, o Ativismo da “Suprema Corte” teria sido de natureza conservadora, o que começaria a mudar a partir de então, sob a presidência de E. Warren (1953-69) e durante os primeiros anos da presidência da Corte, por Warren Earl Burger (até 1973), quando a Instituição produziu uma série de jurisprudências progressistas relativas aos Direitos Fundamentais e Sociais, em especial sobre questões raciais.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 09) preleciona afirmando que, “o Ativismo Judicial está ligado à atuação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e objetivos constitucionais”. Desse modo, o Ativismo Judicial é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são atribuídos.

Thamy Pogrebinski (2000, p. 02) considera ativista o juiz que:

a) Use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do Estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

Logo, o Ativismo é a decisão judicial que visa, por meio de interpretação jurídica extensiva, à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, resolvendo os litígios de forma célere e precisa diante das lacunas advindas da lentidão, ineficiência, negligência e/ou omissão legislativa e executiva.

Esse instituto tem por característica principal a atuação ativa do magistrado na aplicação do Direito, sendo necessária a precisa interpretação e a positiva atuação do hermeneuta na resolução da demanda apresentada.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 279) reforça que:

O Ativismo estaria relacionado a uma escolha, uma forma de interpretar e aplicar a Constituição. Estaria marcado pela aplicação direta do Texto Magno, pela declaração de inconstitucionalidade de leis com base em critérios pouco rígidos e pela “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

As principais críticas ao Ativismo Judicial estão concentradas na legitimidade que juízes e Tribunais possuem contra os atos legalmente instituídos pelos Poderes Legislativo e Executivo.

A Teoria Procedimentalista afirma que as pessoas não têm o direito de exigir do Judiciário a garantia de determinadas faculdades previstas na Lei para que possa ser-lhes atendido o princípio da dignidade da pessoa humana (MONTEIRO, 2001, p.172). Essa teoria assevera que os valores substantivos da sociedade devem ser escolhidos por meio de deliberação democrática, ou seja, pelo Poder representativo do povo, o Poder Legislativo (KOZICKI; BARBOSA, 2008).

A Teoria Substancialista, adepta e defensora do Ativismo Judicial, aduz que “o Judiciário dever intervir nessas questões, pois é o STF<sup>6</sup> (Supremo Tribunal Federal) o “Guardião da Constituição Federal” (GALVÃO, 2010, p. 137). O mesmo autor ainda afirma que, quando certos comportamentos vêm a prejudicar a paz social, a vida digna da coletividade, afetando os direitos mínimos existenciais, esse Poder deve garantir os Direitos Fundamentais e Fundamentais Sociais (GALVÃO, 2010, p. 137).

George Marmelstein Lima (2008, p. 86-119) disserta acerca das três teorias sobre a eficácia e aplicabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais:

Na teoria da eficácia zero, o Judiciário não pode implementar Direitos Sociais, logo, na teoria da eficácia mínima, o Judiciário somente pode agir negativamente ou, somente pode agir para efetivar o mínimo existencial e por fim, a teoria da efetividade máxima, o Judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de Direitos Fundamentais Sociais.

A crítica recorrente entre os estudiosos contrários ao Ativismo mostra-se no sentido de o Judiciário estar ocupando o papel do Legislativo e do Executivo, no que diz respeito à competência de cada Poder, violando da “Separação dos Poderes” (permitindo ao juiz ultrapassar o limite da legalidade, afirmando convicções pessoais em suas decisões) e promovendo a insegurança jurídica (ao relativizar a interpretação

---

<sup>6</sup>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...].

de cada caso concreto, perdendo o Judiciário seu genuíno papel de “Guardião das Leis”).

Em contrapartida, os defensores do Ativismo Judicial declaram que o Poder Judiciário possui legitimidade para invalidar decisões do Legislativo e do Judiciário. Estudiosos favoráveis ao Ativismo defendem que o “Princípio da Separação dos Poderes” evoluiu, sobrevivendo flexibilização nas decisões judiciais.

Em suma, de quem é ou não a atribuição ou obrigação de materializar direitos, os Poderes do Estado devem atender as demandas subjetivas individuais e coletivas da sociedade, e assim, garantir o alcance dos Direitos Fundamentais Sociais em sua maior extensão possível.

#### 2.4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme estudos até aqui, pode-se afirmar que o Ativismo judicial é um instrumento para concretizar Direitos Fundamentais Sociais. Embora existam controvérsias acerca do tema, o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, aduz no art. 5º, inciso XXXV que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Lenio Streck (2007) reforça que frente à inércia do Poder Executivo e do Poder Legislativo, direitos e garantias fundamentais, não estão sendo implementados conforme o comando constitucional, não restando alternativa a não ser a aplicação pelo Judiciário, resultando esse Poder “como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.”

[...] quando o Legislativo não cumpre a contento com sua função, o que se percebe é o cidadão buscando junto ao Judiciário a resolução de seu problema, acabando com que o Judiciário venha a desempenhar papel que não lhe compete, ou seja, de editar normas por meio de seus julgamentos em substituição à lei, já que o órgão responsável por regular as condutas previamente tem sido omissor nesse ponto. Tire-se como exemplo disso os recentes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceram a possibilidade de união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo na ADI 4277/ADPF 132, bem como de adoção por casal homoafetivo no Recurso Extraordinário 846.102 (MEDEIROS, 2017).

Desse modo, o Poder Judiciário possui legitimidade de atuação para assegurar direitos, em sua maior amplitude possível, àqueles que buscam amparo judicial para suas necessidades. Torna-se dever constitucional do Poder Judiciário garantir o cumprimento de direitos como saúde, educação, habitação, entre outros, e ainda, a desconstrução de dogmas que blindam a atuação estatal e a construção de novos paradigmas que tornem realidades as promessas constitucionais.

Compreende-se então que as decisões com relação ao cumprimento dos Direitos Sociais mediante políticas públicas podem e devem ser controladas pelo Poder Judiciário (KRELL, 2002, p.100). Quando os órgãos responsáveis falham na distribuição de recursos, os juízes e tribunais têm a função de correção (KRELL, 2002, p. 101). Assim sendo, os Direitos Sociais não podem ficar a mercê da inércia legislativa ou de uma momentânea ou crônica ausência de recursos (KRELL, 2002, p.102).

Por derradeiro, conclui-se que os Direitos Fundamentais Sociais são garantias constitucionais que tutelam a vida humana em toda sua dimensão. Cabe o Estado brasileiro promovê-los, seja pela via Executiva ou, quando esta se mostra omissa e/ou ineficiente, pela via judicial, através do instituto do Ativismo Judicial. Logo, o Ativismo Judicial apresenta-se como vereda fundamental de acesso à justiça e aproximação à tutela jurisdicional na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

### **3 A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS NO CONTEXTO DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Dissertar-se-á sobre a Teoria dos Custos dos Direitos na visão de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein – muitas necessidades, poucos recursos. Em seguida, abordar-se-á sobre o Princípio da Reserva do Possível como barreira para concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. Por fim, explanar-se-á sobre o Princípio do Mínimo Existencial como tutela aos Direitos Fundamentais Sociais.

### 3.1 TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS – MUITAS NECESSIDADES, POUCOS RECURSOS

A Teoria dos Custos dos Direitos foi estudada e desenvolvida pelos professores Stephen Holmes e Cass Sunstein, lançada nos Estados Unidos da América e publicada no livro intitulado *The cost of rights: Why Libert Depends on Taxes*, em 1999. Baseados em pesquisas, analisaram os diversos tipos de direitos e os custos deles derivados quando materializados.

A propósito, esse estudo reverbera no Poder Judiciário brasileiro, pois o Judiciário encontra-se empenhado com quantidade expressiva de processos recebidos dos estados, municípios e da própria União, onde esses entes alegam que o cumprimento de determinado direito implica no comprometimento do equilíbrio do orçamento público.

Decorrendo desse fato, as batalhas jurídicas envolvendo o Estado e grande parte da sociedade que não dispõe de condições financeiras para satisfazer suas carências primárias, é o que há de mais conflituoso nessa frustrante relação: direito *versus* custos.

Diante desse inafastável conflito, a Teoria dos Custos dos Direitos não acentua que os direitos devam ser suprimidos por falta de recursos, tampouco os autores afirmam isso. O que se busca é o equilíbrio dos recursos públicos disponíveis com as demandas sociais prioritárias.

Nesse sentido, os autores argumentam:

O custo dos direitos levanta não apenas questões de responsabilidade democrática e transparência no processo de alocação de recursos; também nos traz inesperadamente no cerne da teoria moral, para problemas de distribuição, equidade e justiça distributiva. Para descrever direitos como investimentos públicos e encorajar os teóricos dos direitos a prestar atenção à questão da aplicação de direitos não é meramente valiosa e prudente, mas também razoavelmente alocado. A questão aqui é se, conforme projetado atualmente e implementados, os desembolsos para a proteção de direitos beneficiam a sociedade como um todo, ou pelo menos a maioria de seus membros, ou apenas os grupos com influência política especial. Face às nossas prioridades nacionais, na área de aplicação de direitos, meramente refletem a influência de grupos poderosos, ou eles promovem o bem-estar geral? Estudar custos não é enganar a política e moralidade, mas sim para obrigar a consideração de tais questões. O assunto é tão importante justamente porque chama a atenção para a relação entre direitos de um lado e democracia, igualdade e distribuição justa do outro (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 192).

Insta ressaltar que o Judiciário, ao garantir os Direitos Fundamentais Sociais, promove oportunidades a uns em detrimento de outros, distribuindo de maneira desigual direitos.

Luís Roberto Barroso (2007) transcreve que:

Questões referentes a decisões judiciais que impliquem na concreção de um Direito Fundamental Social pelo Estado provocam uma desorganização da Administração Pública, agravada pela postura do Judiciário em privilegiar tão somente aqueles que têm acesso qualificado à Justiça em detrimento dos demais.

Considera-se que um dos fatores que originam as desigualdades sociais encontra-se em instituições estruturadas para proteção de uns indivíduos e a exclusão de outros que fazem parte do complexo contexto social.

Oportuno aduzir que em um contexto de escassez de dinheiro e de necessidades humanas ilimitadas, deve-se zelar pela eficiente administração e alocação dos recursos disponíveis, para concretização de direitos e garantia de proteção ao bem jurídico mais importante: a vida humana.

Um exame do custo dos direitos levanta várias questões, não somente acerca do quanto efetivamente custam os diversos direitos, mas também quem decide como serão distribuídos os escassos recursos públicos no que se refere à proteção de direitos, quais direitos serão protegidos e para quem haverá essa proteção (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 19).

Segundo Holmes e Sunstein, “não há direitos se não houver recursos materiais para sua promoção, e um Estado sem recursos não teria como proteger direitos” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 151). Indubitável é que o orçamento público é limitado e as demandas sociais são ilimitadas.

Por tais razões, resta ao cidadão contribuir solidariamente e de forma contraprestacional para com o Estado por meio de tributos, para que essa cooperação seja a forma mais eficaz de garantir direitos. Logo, “uma sociedade só atingirá seus objetivos relativos ao bem comum quando os cidadãos aceitarem a ideia de que suas obrigações serão recompensadas através de um sentimento de vantagem mútua” (FLORES, 2016).

O que se observa nesse conflito que se instala entre Direito e Economia é o fenômeno econômico inviabilizando a materialidade dos direitos. E, ainda, diante

dessa inafastável conclusão, a frágil subordinação do Direito à Economia, escravizando as normas constitucionais e tornando-as inefetivas, a partir da interpretação econômica custo-benefício.

José Reinaldo de Lima Lopes (2004, p. 06) defende a possibilidade de discutir o raciocínio jurídico com a economia:

É bem verdade que o direito e a economia observam as ações do indivíduo sob diferentes ângulos. Sob o aspecto econômico, releva-se o custo e o benefício: 'o preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico'. Já o direito, diz que permite dizer o proibido, o permitido, o obrigatório, segundo uma regra jurídica. Ao fazer a comparação do direito com a economia vemos que os respectivos raciocínios divergem também porque as decisões serão avaliadas (criticadas) diferentemente. Isto porque o sentido que se pode dar como resposta é diferente em cada um dos campos. No campo da economia a crítica e a avaliação podem ser feitas em termos de eficiência ou custo. No campo do direito a crítica dá-se pela legalidade. Isto quer dizer que a eficiência não pode ser o critério primeiro ou último de uma decisão jurídica, ela não dá sentido a uma questão jurídica.

Reportando-se aos fundamentos já deduzidos, impende-se frisar que a escassez de recursos disponíveis para as necessidades da sociedade é realidade inegável. Embora a Constituição assegure que deva haver estrutura e organização financeira mínima para a efetivação de Direitos Fundamentais básicos, essa garantia constitucional fica aquém da realidade orçamentária estatal. Ao Estado cabe fazer escolhas criteriosas de áreas, programas e projetos políticos considerados prioritários, para que seja adequada a alocação dos recursos públicos.

Alusões feitas à obra de Holmes e Sunstein vêm sendo utilizadas na Suprema Corte brasileira, demonstrando relevância do texto no contexto jurídico do País. Em um julgado de outubro de 2014, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes citou a obra no ARE n. 704520/SP julgado pelo Tribunal Pleno do STF:

[...] na medida em que os direitos sociais – como, de resto, qualquer dos direitos fundamentais – demandam ações positivas e têm custos que não podem ser ignorados pelo poder público, tampouco pelos tribunais. Lembro, de passagem, a ilustrativa doutrina de Sunstein e Holmes quando afirmam “Os direitos são familiarmente descritos como invioláveis preemptivos e conclusivos. Mas esses são floreios claramente retóricos. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto”. Vale dizer: levar os direitos a sério requer que se considerem também os custos de sua efetivação, que, aliás, serão tanto mais relevantes quanto mais dispendiosa seja a concretização do direito ou da política pública em questão (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p.97).

Em virtude dessas considerações, importante salientar que os entes da federação (municípios, estados e União), em lides de demandas de alto custo, alegam que o deferimento acarreta custo elevado ao orçamento público e, conseqüentemente, um desequilíbrio nas contas públicas. Em que pese a relevância, esses argumentos não vêm sendo considerados nas decisões de Tribunais Superiores porque um direito que gera dignidade humana se sobrepõe a qualquer argumento.

Com isso, o entendimento do STF é de que a violação das prerrogativas constitucionais afeta diretamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, ainda, a integridade moral e social do indivíduo em sociedade:

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais (BRASIL, 2021).<sup>7</sup>

A Teoria dos Custos dos Diretos pode ser considerada a face sombria do Estado, regulando Direitos Fundamentais Sociais pela ótica da economia, com duros cálculos matemáticos, escolhendo quem terá ou não seu direito realizado, verdadeira “roleta-russa” jurídica.

Discorrem Alexandre Moraes da Rosa e Julio Cesar Marcellino Jr. (2009, p.13):

[...] existe um manifesto e frontal ataque em curso aos Direitos Fundamentais, especialmente aos Direitos Sociais. Desde o surgimento da Constituição de 1988 que as garantias sociais são objeto de vilipêndio neoliberal. A lógica de custos é gradativamente implantada através de um hábil discurso que seduz o meio jurídico rumo à reclassificação dos Direitos Fundamentais à condição de direitos patrimoniais, renunciáveis e negociáveis, lançado no mercado de ofertas e trocas, cuja referência se perde em mãos invisíveis [...].

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: [www.portal.stf.jus.br](http://www.portal.stf.jus.br). Acesso em: 05 ago. 2021.

Por tais fundamentos, e por derradeiro, conforme aduzidos em linhas pretéritas, os Direitos Fundamentais Sociais podem ter um custo alto para o Estado, porém a ineficiência estatal em face da não promoção desses direitos gera um prejuízo muito maior para a sociedade como um todo. Um direito desagasalhado gera tanta insegurança jurídica quanto uma economia desestabilizada.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO BARREIRA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A Teoria sobre a Reserva do Possível teve origem na Alemanha, no início dos anos 1970, com a tese de que a efetividade dos Direitos Fundamentais prestacionais estaria sob a reserva de capacidades financeiras do Estado, ou seja, da real disponibilidade desses recursos para arcar com tais direitos. Logo, foi recepcionada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em um caso que ficou conhecido como *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior.

Cumprir observar que a teoria regulamenta a possibilidade e o alcance da atuação do Estado no que diz respeito à efetivação de alguns direitos, como exemplo, os Direitos Sociais. Assim, a concretização desses direitos está diretamente ligada às possibilidades financeiras do Estado, vinculando a existência de recursos públicos disponíveis à atuação Estatal.

Nesse sentido Dirley da Cunha Júnior (2006, p.287) assevera que:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um mesmo sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível.

Em virtude dessas considerações, o instituto da Reserva do Possível limita os recursos públicos e cerceia a efetivação dos Direitos Fundamentais prestacionais, servindo como supressor da responsabilidade estatal para justificar a contenção orçamentária frente às demandas sociais.

No Brasil, foi inserido o instituto da Reserva do Possível, importado do direito estrangeiro ao ordenamento jurídico, sem qualquer adaptação que levasse em consideração o contexto sócio-político-econômico brasileiro.

Acerca dessa questão, Otegildo Carlos Siqueira (2009, p.01) reforça a tese:

Não se pode importar conceitos ou teorias sem que haja um ajustamento mínimo a nossa realidade. Os Estados que possuem uma efetiva concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo dos países desenvolvidos, é que podem, com maior legitimidade, suscitar limitações.

Por fim, muito embora a Reserva do Possível obste a prestação de direitos em uma situação em que não existam recursos disponíveis, o mero argumento de ausência orçamentária não impede o Poder Judiciário de zelar pela realização dos Direitos Sociais.

### 3.3 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO TUTELA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O conceito de “mínimo existencial” surgiu na Alemanha, no ano de 1954, através de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo. A decisão determinava que o Estado deveria dar auxílio material ao indivíduo hipossuficiente, tornando-se um direito nato subjetivo, prerrogativa inerente à dignidade da pessoa humana e à liberdade material garantidos pelo estado social.

No Brasil, o conceito de mínimo existencial surgiu primeiramente na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello. A ADPF discutia a constitucionalidade do veto presidencial na fixação das diretrizes de elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O mínimo existencial refere-se ao básico da vida humana, diz respeito a um Direito Fundamental essencial, previsto na Constituição Federal, e conjunto dos Direitos Fundamentais mínimos para se garantir a dignidade humana.

Nesse sentido, Antônio Ítalo Ribeiro Oliveira (2016) tece suas considerações:

A Teoria do Mínimo Existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais e busca respaldar as lutas sociais contra a exclusão social e a miséria, bem como fornecer teorização suficiente para amparar os pleitos processuais em face do poder público e elementos para fundamentação das decisões judiciais e das escolhas políticas.

A obtenção do Direito Fundamental ou um Direito Fundamental Social, motivado pelo Princípio do Mínimo Existencial não está vinculada à existência de lei, mas ligada à necessidade inerente de todo ser humano, constitucionalmente agasalhada. Sem o mínimo existencial, não é possível que um indivíduo possa ter uma vida digna, tampouco condições mínimas para isso. Suzana Tavares da Silva refere-se a uma “mochila da dignidade humana, a ser garantida a cada indivíduo pelos governantes” (SILVA, 2010, p. 129).

Nesse sentido, versando sobre o tema, a doutrina traz à luz o Princípio da “proibição da insuficiência”<sup>8</sup>, como meio de proteção às violações estatais no que diz respeito aos Direitos Fundamentais e Fundamentais Sociais. “O objetivo é auxiliar a concretização desses direitos, quando definidos a partir da Constituição, ao qual o legislador estaria vinculado e proibido de suprimir sem uma compensação adequada” (QUEIROZ, 2006, p. 105).

Diante dessas considerações, resta claro que, mesmo insuficientes ou limitados os recursos estatais, o Poder Público não deve se eximir do dever de garantir os Direitos Fundamentais Sociais, bem como o Poder Judiciário, ao atuar de forma positiva, aplicando a norma constitucional, contribui para a materialização desses direitos, imprescindíveis para assegurar a dignidade da vida humana e o bem-estar social.

---

<sup>8</sup> A proibição de insuficiência é tida como a face menos conhecida da proporcionalidade. Ela analisa a constitucionalidade de omissões estatais. Busca conferir maior racionalidade ao exame e à justificação na limitação de direitos fundamentais.

## **4 AS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A SUPREMACIA DAS DECISÕES JUDICIAIS RELATIVAS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

No último tópico serão analisadas as implicações da atuação do Poder Judiciário, através do Ativismo Judicial, para concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. Em seguida, as decisões dos Tribunais Superiores acerca dos Direitos Fundamentais Sociais e os custos que demandam esses Direitos. Por fim, explanar-se-á sobre, a supremacia das decisões judiciais relativas à dignidade da pessoa humana.

### **4.1 AS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

A realidade brasileira retrata gritantes mazelas sociais, carências humanas de ordem material e imaterial, evidenciando que as políticas públicas estão sendo ineficientes e que os direitos básicos estão sendo negligenciados pelo Estado. O Poder Público posiciona-se, alegando falta de recursos para tamanha demanda da sociedade, eximindo-se do compromisso político de promover o equilíbrio social. Direitos como à saúde e a educação carecem de solução rápida e concreta.

Ao Estado cabe a contraprestação desses direitos em benefício de toda coletividade, pois o caráter social dos direitos prestacionais, quando não atendidos, geram consequências que recaem sobre toda a sociedade. Por fundadas razões, o Poder Judiciário tornou-se um instrumento de acesso à materialização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Daniel Wei Liang Wang (2008, p. 553) reafirma a condição do Poder Judiciário em função atípica de impor a implementação de Políticas Públicas negligenciadas pelo Estado:

Não sendo papel do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, cabe a esse poder, 'em bases excepcionais', obrigar que políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais cuja omissão mostra-se apta a

comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.

Em razão desse deslocamento de atribuições, do Executivo para o Judiciário, a atitude ativista tem sido, embora questionável, legítima, pois fornece resposta célere e efetiva que a sociedade precisa.

Lênio Streck (2007, p.54-55), leciona sobre o tema versado:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

O cerne da questão relaciona-se, fundamentalmente, sob a expansão judiciária, que supre omissões e garante que o mandamento constitucional seja de fato consolidado. Sob a ótica garantista<sup>9</sup>, o Ativismo Judicial atua como um recurso importante para a realização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Nesse sentido desenvolve-se o pensamento de Eduardo Cambi (2008, p.97-98):

Se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de mero carimbador das decisões políticas tomadas pelo Legislativo e/ou pelo Executivo [...] O Poder Judiciário é chamado a exercer função sócio-terapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isto, mais condicionado à estrita legalidade (*dura Lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social.

Nessa senda, importante asseverar que o Ativismo Judicial não está vinculado à vontade deliberada manifestada pelos juízes, com intenção de serem os protagonistas do contexto político e social. Mas, a atuação ativista dos magistrados

---

<sup>9</sup>Garantismo jurídico: forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes (FERRAJOLI, 1998, p. 851).

atende às atribuições que lhes são inerentes, como o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional<sup>10</sup>.

Sob a luz do art. 5º, XXXV, da Constituição encontra-se o lastro, “a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, garantindo, a qualquer cidadão, a possibilidade de dirigir-se ao Judiciário para o exercício e a garantia de seus direitos”.

Em apartada síntese, reportando-se às decisões dos Tribunais acerca dos Direitos Fundamentais Sociais e o custo desses direitos, os Tribunais Superiores têm feito escolhas predominantemente em face da garantia de direitos, e assim, tem-se agasalhado os direitos sociais sob o manto constitucional nas decisões judiciais.

Logo, as consequências econômicas imputadas ao Estado não são elementos relevantes na interpretação jurídica dos julgadores para efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, tampouco obstáculos para o cumprimento da obrigação estatal: “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (MUNIZ, 2002, p. 92). Coerente com esse entendimento, afirma o Ministro Marco Aurélio que “problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente” (BRASIL. STF - RE 195192/ RS, Rel. Marco Aurélio, 2000).

Por derradeiro, não se pode olvidar, tampouco refutar, que a intervenção do Poder Judiciário, por meio do Ativismo Judicial, torna-se justificada e plenamente legítima, pois além de promover a concreção dos Direitos Fundamentais Sociais, atinge a finalidade e característica própria constitucional: o bem-estar e a justiça social.

---

<sup>10</sup>Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: corresponde o direito fundamental à efetividade do processo, ou efetividade da jurisdição (BERLOTO; RIBEIRO, 2015). O juiz não pode furtar-se a realizar a prestação da atividade jurisdicional, alegando a inexistência de lei. A expressão lei deve ser entendida como ordenamento jurídico, na sua total extensão, ou seja, conjunto de normas jurídicas vigentes, compreendendo regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais (SOARES; DIAS, 2012, p. 13).

## 4.2 AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E OS CUSTOS DOS DIREITOS

Do Poder Judiciário tem-se exigido mais respostas às demandas da sociedade, devido às omissões e ineficiências Executiva e Legislativa. Com isso, nota-se que se instala um problema recorrente ligado ao Ativismo Judicial e à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais: o custo financeiro.

O Estado alega que a materialização de direitos sociais acarreta comprometimento ao orçamento, e a realização de um direito individual é escolha crucial em contraposição ao interesse de uma realização coletiva muito mais abrangente. Flávio Galdino (2005, p.159) acentua afirmando que, “em muitas situações, seja qual fora solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número), é uma opção trágica”.

Cumprir observar, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, sobre a decisão da aplicabilidade/exigibilidade de direitos sociais prestacionais:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (BRASIL. STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

A constatação da limitação de recursos existentes, nesse contexto, é circunstância que não pode ser ignorada. Contudo, a decisão da ADPF n.45/DF reafirma que a incapacidade econômico-financeira estatal não poderá ser causa de inadimplemento das obrigações das prestações sociais.

Do teor do acórdão em destaque, retira-se que:

[...] não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] não se mostrará lícito ao Poder Público [...] mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (BRASIL. STF - ADPF 45).

Oportuno observar que as decisões do STF têm reconhecido a importância da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais e Sociais. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, a norma programática não pode tornar-se mera promessa constitucional, onde se depositam as expectativas humanas, porém frustradas devido à inconstitucionalidade estatal em realizá-las. Assim, segue:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (BRASIL. STF, 2 Turma, RE 271.286/AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000).

Por esses fundamentos e, por fim, os Direitos Fundamentais Sociais possuem expressivo valor social e moral. Oportuno considerar cerne do ordenamento jurídico, portanto norma jurídica, cujo objetivo a ser alcançado é a busca pela sua materialização, eis a grande atribuição imposta ao Estado Democrático de Direito.

#### 4.3 A SUPREMACIA DAS DECISÕES JUDICIAIS RELATIVAS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A Constituição Federal de 1988 tutelou os Direitos Fundamentais e Sociais, atribuindo-lhes caráter principiológico, valor e força constitucional vinculante. Tais direitos estão associados à imperatividade das decisões judiciais, por estar intimamente ligado à dignidade humana. Para Robert Alexy, os direitos

supramencionados “são considerados ‘mandados de otimização’ que devem ser realizados em sua maior amplitude possível” (ALEXY, 2014, p. 90).

Nas palavras do autor Edimur Ferreira Farias (2000, p.66), “o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio norteador, fonte jurídico-positiva, princípio que dá unidade e coerência ao conjunto dos Direitos Fundamentais”. Na Constituição Federal, o princípio supracitado é valorado como princípio essencial, fazendo parte dos fundamentos constitucionais, previsto no art. 1º, III<sup>11</sup>. Nota-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o vetor que conduz o Estado, a cumprir os deveres constitucionais e a garantir direitos à população.

Em caráter finalístico, o entendimento que se sobressai é o de que não basta o Estado reconhecer um Direito Fundamental Social, é preciso que ele seja efetivamente concretizado. Por essa vereda, resta claro que o Poder Judiciário deve intervir para garantir o cumprimento dos direitos prestacionais, logo a dignidade humana, e também, a construção de novos precedentes e a desconstrução de paradigmas que blindam a atuação estatal e impeçam de se tornarem realidades as promessas constitucionais.

## 5 CONCLUSÃO

Reportando-se aos fundamentos deduzidos no trabalho realizado, ao Estado cabe o encargo inerente a sua função de ser garantidor da prestação eficiente e, se omissa ou negligente, resta ao Judiciário, garantir a atividade regular das funções estatais, tomando para si o encargo de garantir a tutela àqueles que dela mais necessitam. O instituto do Ativismo Judicial se apresenta como via fundamental de acesso à justiça e meio de aproximação dos sujeitos à tutela jurisdicional na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Ressaltou-se, também, o expressivo valor consagrado aos Direitos Fundamentais Sociais no ordenamento jurídico, possuindo natureza principiológica,

---

<sup>11</sup>Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – [...]

II – [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]. (BRASIL. Constituição (1988), 1990).

logo força vinculante, com isso maior imperatividade nas decisões judiciais. Sendo considerado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana à luz da Constituição Federal e consoante a doutrina e jurisprudência, princípio matriz, norteador das decisões judiciais, afigurando-se como princípio que contribui com a mais adequada e possivelmente justa decisão.

A Teoria dos Custos dos Direitos despontou a problemática, onde o Estado depara-se com a escassez de recursos e a sociedade encontra barreiras na salvaguarda de seus direitos e na supressão de suas necessidades. Pôde ser observado, a partir dessa teoria, que as muitas necessidades da sociedade e os poucos recursos estatais não podem ser justificados pela ineficiência estatal frente à concretização de Direitos Fundamentais Sociais.

Outro ponto relevante da questão sub examine foi o fato de que Princípio da Reserva do Possível está concatenado com a Teoria dos Custos dos Direitos, servindo tal princípio como base de fundamentação estatal e justificativa dos escassos recursos públicos para a não prestação de direitos.

Em contrapartida, o Princípio do Mínimo Existencial apresenta-se como tutela aos Direitos Fundamentais Sociais por estar intimamente ligado às prerrogativas constitucionais da dignidade da pessoa humana, do equilíbrio e bem-estar social.

Diante de tudo quanto exposto, foi possível delinear que as decisões dos Tribunais Superiores analisadas acerca dos Direitos Fundamentais Sociais e os custos dos direitos, evidenciaram que a limitação de recursos é circunstância que não pode ser ignorada, porém não deve servir de fundamento para omissão estatal.

Ao concluir o presente artigo, reportando-se aos fundamentos deduzidos, chega-se à constatação de que o Ativismo Judicial é instrumento de materialização célere e integral dos Direitos Fundamentais Sociais. O que prevalece diante dessa senda é que nada é mais relevante para o ordenamento jurídico que a promoção da dignidade humana a todos os indivíduos por meio da concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. Jurisdição Constitucional Brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista sequência**, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008. Doi: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n56p151>.
- BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos**. Artigos 2018. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 03 ago. 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, 2010. Disponível em: <http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 03 ago. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 46, nov./dez. 2007, p. 49-54. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 02 ago. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Âmbito Jurídico**, 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/43852>. Acesso em 02 ago. 2021
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BECKER, Idel. **Pequena história da civilização ocidental**. 6. ed. São Paulo: Nacional, 1973.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 21 ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29. ed. São Paulo: Edipro, 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. Disponível em: [www.portal.stf.jus.br](http://www.portal.stf.jus.br). Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: [www.portal.stf.jus.br](http://www.portal.stf.jus.br). Acesso em: 05 ago. 2021.

CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. *In*: KLOCK, Andrea Bulgakov et al. (orgs.). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FLORES, Rodrigo Gomes. Resenha da obra: “O custo dos direitos - por que a liberdade depende dos impostos”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 21, n. 4641, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38623>. Acesso em: 2 ago. 2021.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GALVÃO, José Octavio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HOLMES, S; SUSTEIN C. **The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.

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

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21.ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. **Revista de Direito Público da Economia**, a. 2, n. 8, 2004.

MEDEIROS, Jeison Francisco de. **A razoável duração do processo como elemento de efetividade do Direito Humano Fundamental de acesso à justiça**. Uma leitura a partir da teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. Disponível em: <http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/>

editora/A\_razoavel\_duracao\_do\_processo\_como\_elemento\_de.pdf; 2017. Acesso em 04 ago 2021.

MONTEIRO, Janicleide Neri. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível. *In*: ANDRADE, Fernando Gomes de (org.). **Estudos de direito constitucional**. Recife: Edupe, 2011.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902>. Acesso em: 23 nov. 2021.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, ago./dez. 2000.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Constituição, economia e desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v.1, n.1, p. 7-23, ago./dez. 2009. Disponível em: [http://www.abdconst.com.br/revista/revista\\_completa.pdf](http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf). Acesso em: 25 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Suzana Tavares da. Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados. **Revista de Direito Público e Regulação**. Coimbra, n. 5, p. 129, mar. 2010. Disponível em: [https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/revista\\_5.pdf](https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/revista_5.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.

SIQUEIRA, Otegildo Carlos. Direitos prestacionais: reserva do possível, mínimo existencial e ponderação jurisdicional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2307, 25 out. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13735>. Acesso em: 18 ago. 2021.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WANG, Daniel WeiLiang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5ScHqNs657gS9gsNhYcmFbg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 set. 2021.