



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Érica Silva Teixeira¹
Saulo José Casali Bahia²

RESUMO: O presente trabalho visa debater acerca da importância dos aspectos econômicos para o campo jurídico como ferramenta para a quebra de paradigma quanto ao caráter intangível dos direitos fundamentais. A partir daí, cumpre descortinar a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena de tais direitos através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, abordar sobre como o método de ponderação de interesses, em uma primeira análise, visto como a chave para alcançar o ponto alto de eficácia dos direitos fundamentais, pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Reserva do possível; Mínimo existencial; Ponderação de interesses; Ativismo judicial.

THE WEIGHTING THEORY CAPTURE AND THE IMPORTANCE OF THE CONSIDERATION OF THE MATERIAL AND LEGAL LIMITS TO THE FULFILLMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: This paper aims to discuss the importance of economic aspects for the legal field as a tool for breaking the paradigm regarding the intangible character of fundamental rights. From this point on, the work shows the legal fiction that revolves around the full efficacy of these rights, through the economic relations ignored by the jurisdictional action, and at the same time it address how the method of weighing interests, in a first analysis, seen as the key to achieving the high point of effectiveness of fundamental rights, can serve as a normative reinforcement to increase ideological discourses.

KEY WORDS: Fundamental rights; Reserve of the possible; Existential minimum; Weighting of interests; Judicial activism.

¹ *Mestranda em Direito (UFBA). Advogada. Associada do CONPEDI.

² *Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Doutor (PUC-SP). Juiz Federal (SJBA). Associado do CONPEDI.



1. INTRODUÇÃO

Ao longo do contexto histórico e de um modo universal, pouco a pouco a concepção sobre os direitos fundamentais conquistou espaço no universo jurídico.

Algumas ordens jurídicas valeram-se do seu alcance para disseminar a ideia de que, pelo grau de relevância que assumem, os direitos fundamentais são revestidos de caráter absoluto e inafastável. Cortes judiciais atuam, em muitos locais e momentos, imbuídas da ingênua percepção de que lhes cumpre materialmente assegurar, a qualquer custo e sem atenção a restrições de nenhuma natureza, as promessas constitucionais relativas a esses direitos, sempre que a Administração Pública falhar em sua implementação.

No entanto, e este é o objetivo do presente trabalho, a inclusão de aspectos econômicos na prolação de decisões judiciais abre uma nova perspectiva para a atividade judicial, evitando a reprodução institucionalizada de arbitrariedades e promovendo a justiça em uma dimensão adequada.

Metodologicamente, far-se-á uma revisão de parte da literatura existente, selecionada pelos autores, no quadro ou estado de arte atual no Brasil, inferindo, dedutivamente, argumentos no sentido crítico à praxe judicial. E, a partir desta, inferir-se-á um modelo teórico conciliatório, com atenção à análise econômica do direito, sem ingressar, todavia, em maiores considerações sobre esta linha de pesquisa.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais assumiram relevância em face de sua existência relacionada à tutela da dignidade da pessoa humana e do fomento ao bem-estar nas esferas individual e coletiva.

Na fase liberal, que no Ocidente se estendeu contemporaneamente até o século XVIII, mais ou menos, primou-se pela atuação não intervencionista do Estado, que deveria respeitar um dever de abstenção, de forma a preservar a liberdade dos indivíduos em detrimento da ingerência estatal nas alçadas de domínio e autonomia dos particulares. A época consagrou o *Estado mínimo* a que alude a expressão francesa *laissez-faire, laissez-passer*.

A postura de abstenção estatal cria um campo fértil para a primeira perspectiva ou dimensão em face dos direitos fundamentais (estes que chegaram a ser alcunhados de direitos



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

fundamentais de primeira geração, embora se tratasse apenas da perspectiva empregada relativamente aos mesmos, e não propriamente de uma afirmação histórica precedente do direito fundamental) satisfazerem exclusivamente os interesses das classes socialmente favorecidas e ricas, defensoras então do direito à liberdade individual, mormente o direito à propriedade exclusiva, estruturando-se um sistema jurídico onde o *status quo* não corria o risco de intervenções arbitrárias do poder público (NOVAIS, 2010, p. 256).

No séc. XVIII, a seu turno, com a derrocada do modelo absolutista e o surgimento prático dos ideais propugnados pela Revolução Francesa, ocorre uma ruptura com o regime do pensamento liberal-burguês e este cede espaço ao *Estado Social e Democrático de Direito*, conhecido como o *Estado de Bem-Estar Social* ou *Welfare State*, instalando-se um elenco de direitos sociais fundamentais de segunda dimensão, estes que inauguram uma nova interpretação constitucional (embora caiba dizer que não se tratam de direitos fundamentais novos, mas tão apenas de uma nova perspectiva em relação a estes direitos).

Diante da insuficiência do paradigma liberal em atender às demandas sociais, cumpre aos direitos fundamentais de segunda dimensão a tarefa de oportunizar condições mais equânimes entre os estratos sociais através da adoção de medidas que satisfaçam as necessidades indispensáveis dos indivíduos (MEIRELES, 2009, p. 17).

Para tanto, recai para o Estado um novo dever geral de promoção dos direitos fundamentais condizente com uma atuação positiva do poder público, através da respectiva intervenção na ordem econômica e social, de modo a garantir a efetividade de tais direitos essenciais à pessoa humana.

Nessa toada, conforme preleciona Jorge Reis Novais, (2010, p. 257-261) incumbe ao organismo estatal reunir em seu aparato o dever de respeito aos direitos fundamentais consentâneo com uma postura de abstenção e sem interferências indevidas na esfera de domínio dos particulares, cumulada com o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, que exige, por sua vez, uma atuação positiva com enfoque no fomento dos direitos sociais, individuais ou coletivos. Assim, o Estado social de Direito fica obrigado a garantir meios para os indivíduos ascenderem aos bens jurídicos fundamentais tutelados.



A previsão constitucional de direitos fundamentais, com efeito, deveria corresponder à realidade, donde a construção da *teoria da força normativa* surgida no período pós Segunda Guerra Mundial, capitaneada por Konrad Hesse, que pode ser resumida nos seguintes termos:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas [...]. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas [...]. A “Constituição real” e a “Constituição Jurídica” se condicionam mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. (HESSE, 1991, p. 26-27)

E novas dimensões ou perspectivas ainda viriam a se abrir aos direitos fundamentais, incluída a liberdade, a propriedade, a vida, a igualdade e a segurança. Nessa esteira, surgiu ainda no final do séc. XX, a perspectiva dos direitos fundamentais em uma terceira dimensão, esta que visa garantir a proteção da coletividade. Consideram-se como pertencentes à categoria dos direitos fundamentais de terceira dimensão aqueles de titularidade difusa, como o direito ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio cultural, entre outros.

Fala-se, ainda, em direitos fundamentais da quarta dimensão, relacionados ao conceito de pluralismo e democracia, de tal forma a conceber a pluralidade multifacetada em seus mais variados aspectos, com o respeito das minorias (HABERLE, 1997, p. 57-58), direito à informação, dentre outros, compondo, assim, as faces dos direitos fundamentais na ordem constitucional.

3. NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais destinam-se à proteção da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da liberdade e do bem-estar nas esferas individual e coletiva, dentre outros interesses, de modo a criar condições materiais que possibilitem o incremento das necessidades vitais dos indivíduos.

A dicção de que os mesmos possuem aplicabilidade imediata leva a uma primeira impressão de que constituiriam regras superiores do ordenamento ou comandos imperativos e



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

necessariamente cogentes, ao menos quando o comando normativo é preciso e bem delimitado (NOVAIS, 2010, p. 270). Ao revés, alguns outros afirmam a sua natureza de princípio, com aplicação apenas *prima facie*, levando em conta os critérios de ponderação conforme as circunstâncias do caso concreto. E, de qualquer modo, esta natureza é sempre atribuída se o enunciado normativo indica tão somente as diretrizes genéricas do direito positivado.

Esta questão será discutida adiante.

4. A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À ESFERA DOS PARTICULARES

Durante o apogeu do pensamento liberal-burguês, predominou a ficção jurídica segundo a qual os direitos fundamentais eram oponíveis apenas em relação ao Estado, sem atingir o domínio dos particulares, o que, de *per si*, justificaria o afastamento e inaplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito privado.

A chegada do *Welfare State* e a consequente instauração de novo paradigma constitucional, rompe, todavia, com a clássica distinção travada entre o binômio Estado e Sociedade para reconhecer a expansão dos direitos fundamentais à esfera dos particulares.

É o que se verifica, por exemplo, com a subordinação jurídica do empregado que, em decorrência da posição desprivilegiada que ocupa na relação contratual, não raro submete-se a condições precárias impostas pelo empregador. É também o que ocorre com o consumidor diante de grandes corporações, devido a seu estado de hipossuficiência.

Noutras palavras, as decisões levadas a efeito pelos particulares podem ser tão nocivas quanto aquelas tomadas pelo aparelho estatal, em função da existência de desequilíbrio entre as partes. Uma vez reconhecido o fenômeno do poder privado (UBILLOS, 2005, p. 337), não é crível conceber que se tolere uma perspectiva simplista que restrinja a proteção dos direitos fundamentais apenas contra as ingerências do Estado, sob o argumento da necessidade de preservação da autotutela em face do axioma da autonomia privada. No cenário atual, os efeitos das normas constitucionais espriam-se indistintamente para todos os setores das relações sociais, inclusive entre particulares.



5. A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROPORCIONALIDADE

Sobre o tema dos direitos fundamentais, muito se discute quanto à sua correlação com o chamado *princípio da proporcionalidade*.

Duas posições doutrinárias opostas foram construídas acerca do problema, a saber: a *tese da necessidade* e a *tese da contingência*.

A primeira posição (*tese de necessidade*), vislumbra a aplicação dos direitos fundamentais atrelada a uma análise prévia associada à noção de proporcionalidade, formando um nexo causal de dependência entre os institutos, que se retroalimentariam. Para os defensores dessa teoria, a eficácia dos direitos fundamentais em concurso tem no postulado da proporcionalidade condição *sine qua non* para sua legitimidade (ALEXY, 2011, p.11).

Em sentido diametralmente oposto, os partidários da denominada *tese de contingência* aduzem que a eventual vinculação dos direitos fundamentais à proporcionalidade está subordinada apenas a uma eventual expressa previsão no direito positivo para proceder de tal forma, feita pelo legislador constituinte. Ou seja, de acordo com essa teoria, cuida-se de controvérsia que para ser sanada deve se submeter a uma interpretação que esbarra nos limites específicos do Texto Constitucional, exclusivamente competente para definir se há o liame necessário entre a aplicação dos direitos fundamentais e o uso da proporcionalidade.

Robert Alexy compõe a parcela doutrinária que advoga em favor da *tese da necessidade*, e para ilustrar a adoção do seu posicionamento se utiliza de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão que julgou demanda judicial onde em um dos polos figurava como parte a Revista Titanic.

No caso em tela, a revista havia publicado duas edições cujas notas fazem menção a um soldado paraplégico da reserva do exército, referindo-se ao mesmo no primeiro momento pela alcunha de *assassino nato* e, em uma segunda oportunidade, o denomina através da expressão *aleijado*. Diante dos fatos, o Tribunal de Dusseldorf de primeira instância condenou a Revista Titanic ao pagamento de indenização arbitrada no valor de 12.000 Marcos alemães a parte contrária (ALEXY, 2011, p.18).

Em grau de recurso, ao se deparar com a decisão vergastada, o Tribunal Constitucional Federal procede a um juízo de ponderação em face do conflito de interesses identificado entre as partes, que se divide, de um lado, na prerrogativa à liberdade de expressão assegurada à



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPEAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

revista como veículo de comunicação, e, de outro, a garantia ao direito de personalidade (honra do oficial).

Assim, atento as especificidades do caso concreto, o tribunal entendeu que, em relação ao termo *assassino nato* utilizado pela revista Titanic para referir-se ao soldado, o nível de violação à sua esfera da personalidade foi mínimo, já que dentro dos limites quanto ao regular exercício da liberdade de expressão assegurado à acusada, que comumente se valia de expressões semelhantes como símbolo do seu perfil sarcástico, sem denotar qualquer ofensa pessoal dirigida ao militar, pelo que concluiu ser a condenação ao pagamento de indenização arbitrada em primeira instância desarrazoada.

No entanto, do ponto de vista concernente ao uso da denominação *aleijado*, entendeu diversamente o Tribunal Constitucional por haver ofensa ao direito fundamental à honra da vítima, pela associação de uma expressão pejorativa à sua condição física, com nítido propósito de causar-lhe constrangimento.

Com base na linha de argumentação acima disposta, conclui Alexy que, de fato, há uma relação de simbiose entre a eficácia dos direitos fundamentais e o tripé que integra o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como critério racional que auxilia na resolução de conflito, atestando, destarte, o imperativo quanto à adoção da *tese de necessidade* como trajetória inarredável para o alcance da justiça (ALEXY, 2011, p.26).

6. A SUPOSTA INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo do processo de consagração dos direitos fundamentais, firmou-se o entendimento de que tais garantias, dado o grau de relevância que possuem, seriam dotadas de caráter intangível, não permitindo qualquer alteração lesiva ou que implicasse na supressão de direitos anteriormente tutelados.

Essa concepção, no entanto, perfaz tão somente um emaranhado de fundamentos retóricos para criar uma aparente segurança jurídica e, assim, camuflar os obstáculos que podem esvaziar a atuação jurisdicional.



Isso porque a incidência das garantias fundamentais pressupõe apenas uma delimitação de direitos para ambas as partes envolvidas, através da fixação de limites sinalagmáticos que impedem a extrapolação no exercício de prerrogativas de um sujeito em relação ao outro (na medida em que sua conduta possa acarretar prejuízo a esfera de direitos de terceiros), de modo a harmonizar os interesses antagônicos, premissa que se coaduna com os ditames propugnados pelo *Ótimo de Pareto* (consistente em que a alocação de recursos para garantir a melhoria de condição de um sujeito não resulte em prejuízo para outrem).

Por isso, é temerário afirmar que os direitos fundamentais possuem caráter absoluto ou irrestrito, já que os interesses de todos os sujeitos contemplados pela proteção constitucional devem ser conciliados, não se podendo definir de modo apriorístico a hierarquia cabível (ABRANTES, 2005, p.172).

Para descortinar esse novo paradigma mister se faz introduzir aspectos econômicos no âmbito jurisdicional a fim de compreender o papel dos magistrados ao se depararem com situações de conflito entre interesses das partes e relacionados a direitos fundamentais.

7. A INFLUÊNCIA DOS ASPECTOS ECONÔMICOS NO UNIVERSO JURÍDICO

Não paira dúvidas de que incumbe ao Estado a competência primária de promover a realização de políticas públicas destinadas a conferir efetividade aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Essa plataforma de ação governamental que visa dar concretude as diretrizes da Constituição reclama prestações positivas do órgão administrativo.

Ocorre que o cenário político brasileiro tem sido marcado cronicamente pela inércia ou inefetividade estatal, o que inspirou a alguns defenderem a ideia do denominado *ativismo judicial*, que consiste em admitir a transferência para os tribunais de funções típicas da Administração Pública em face de sua omissão ou mau funcionamento, com o fito de garantir a plena eficácia dos comandos constitucionais no plano material.

Esse fenômeno é também conhecido pela doutrina como a *judicialização da política*, tendo em vista que permite ao Judiciário avocar atribuições que, em regra, caberiam aos órgãos de natureza administrativa.

A teoria se apoia no argumento de que é imperioso assegurar um *mínimo existencial* para os destinatários da norma, como um pressuposto que auxilia no incremento de



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPEAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

concretização dos direitos fundamentais, ainda que para tanto seja preciso ampliar o controle judicial diante das falhas estruturais e inércia por parte do Legislativo e do Executivo.

Para muitos, isto chegaria a configurar violação ao princípio da tripartição dos poderes, pois a atuação insatisfatória da Administração Pública quanto ao cumprimento dos preceitos constitucionais não configuraria permissivo que justificasse a substituição por outra entidade para desempenhar o seu papel (ANDRADE, 2009, p. 370).

Ocorre que a prerrogativa de conformação autônoma do legislador e do administrador não deve condicionar a eficácia dos direitos fundamentais ao mero arbítrio da atividade legiferante ou executiva, pois o exercício do respectivo poder autônomo não é absoluto, estando os Poderes Legislativo e Executivo, portanto, obrigados a agir para garantir mecanismos que viabilizem a eficácia material dos direitos fundamentais.

Em sendo assim, resta ao Judiciário, quando verificada manifesta inconstitucionalidade nos atos praticados pela Administração Pública, agir para a garantia da concretização da Constituição.

O tema é palco de divergências. O dissenso que gira em torno da exegese quanto à fixação dos limites a atuação jurisdicional para conferir efetividade aos direitos fundamentais assume maior relevo a partir da concepção dividida entre considerar ou não tais previsões como regras absolutas.

Ilustrativamente, decidiu o Tribunal de Santa Catarina, ao apreciar pretensão de menor vitimado pela síndrome de distrofia muscular progressiva de Duchenne, como sendo o direito à saúde incontestável, o que justificaria a obrigação do Estado em custear as despesas com o tratamento, não obstante a escassez de recursos financeiros e ausência de incentivo a políticas públicas dirigidas a coletividade (AMARAL, 2001, p. 29).

Por outro lado, em condições similares, processo que tramitou perante a 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, onde um menor também pleiteava por via judicial a exigibilidade do Estado em arcar com os gastos decorrentes do tratamento para a doença de distrofia muscular progressiva de Duchenne, no montante de R\$ 174.500,00, determinado por medida liminar, teve um desfecho diverso.



Ao proferir a sentença, o magistrado julgou improcedente a demanda judicial, revogando os efeitos da antecipação da tutela, tendo por base o fundamento de que incumbe ao Estado assegurar ao cidadão o direito à saúde na exata medida dos recursos financeiros disponíveis, não sendo crível admitir a extrapolação dos limites das verbas orçamentárias destinadas a prestação de serviço à saúde para beneficiar o demandante, considerando a sua escassez, sob pena de privilegiar o direito individual em detrimento do interesse da coletividade. (AMARAL, 2001, p. 30)

Com efeito, a prática dos atos administrativos deve seguir os critérios de conveniência e de oportunidade, dirigidos a assegurar o bem-estar comum dos membros da sociedade, tendo como alicerce o postulado da reserva do possível em face da insuficiência de recursos, seja absoluta ou relativa, correspondendo ao fator determinante para definir como o poder público deve alocar as verbas disponíveis.

Nessa toada, não é dado ao juiz fazer “justiça com as próprias mãos” aos casos que forem submetidos a sua apreciação apenas para garantir um alívio breve de consciência. Daí o desafio para não se deixar influenciar pela vaidade em querer conquistar os aplausos do senso comum, mas, ao revés, valer-se do poder do qual como juiz foi investido para zelar pela unicidade do sistema e pela tripartição das funções estatais.

Para tanto, cabe ao julgador pensar para além dos limites específicos do litígio individual adstrito as circunstâncias do caso concreto (*microjustiça*), definindo como resolução da controvérsia judicial somente o que puder ser estendido, a um só tempo, para situações semelhantes (*macrojustiça*), de modo a contemplar a comunidade como um todo, considerando o grau de disponibilidade dos recursos financeiros, em homenagem ao princípio da isonomia e universalidade, não se devendo fazer prevalecer o interesse meramente particular sobre o público. Tanto legitima a restrição no gozo de direitos fundamentais na esfera individual, corroborando a tese de serem estes últimos destituídos de caráter absoluto (AMARAL, 2001, p. 38/39).

Somente em casos excepcionais é que deve ficar autorizado ao juiz se utilizar do *discrimen* para conferir tratamento diferenciado na lide *inter partes*, desde que demonstrada a motivação e os critérios de escolha que o conduziram a privilegiar uma determinada situação jurídica em detrimento de outra, tendo como norte a reserva dos recursos financeiros



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

disponibilizados pelo órgão público como garantia de que a concessão da tutela jurisdicional ao demandante não resulte em prejuízo para o restante da coletividade.

Daí a importância de introjetar uma abordagem do campo jurídico à luz de aspectos econômicos, a fim de despertar um padrão de racionalidade das decisões judiciais, compromissadas com a garantia dos direitos fundamentais sem, no entanto, onerar indevidamente os cofres públicos, atingindo, destarte, o ponto de equilíbrio entre os interesses conflitantes.

A fruição de qualquer pretensão jurídica pressupõe um uso de parte das verbas orçamentárias arrecadadas que integram o acervo governamental, sendo alocadas seletivamente conforme o estoque financeiro disponível do Estado, de tal sorte que não cabe ao Judiciário usurpar da competência inata aos demais poderes para determinar como devem ser dispostos os recursos arrecadados simplesmente por considerar este ou aquele outro direito fundamental inviolável ou de caráter absoluto, o que no fundo, não passa de retórica ou discurso ideológico (STEPHEN, 1999, p. 31).

Um caso emblemático submetido a apreciação e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal com pertinência ao tema foi o quanto discutido na ADPF nº 347, onde veio à tona a discussão acerca das condições precárias dos presídios nacionais que implicam, por sua vez, na ofensa a preceito fundamental da dignidade humana da população carcerária, motivo pelo qual entendeu o Supremo, diante da suposta letargia das autoridades administrativas no fomento das políticas públicas relacionadas, poder dispor sobre a distribuição das finanças para assegurar a preservação do conteúdo mínimo existencial dos presidiários, sem se dar conta de que tal façanha, exemplo de ativismo judiciário, dá azo ao cometimento de algumas injustiças (STF, 2018).

A decisão se utiliza de manobras interpretativas oriundas do Estado de Bem-Estar Social para cancelar o modelo de intervenção jurisdicional nas relações econômicas sob o pretexto de reduzir as desigualdades sociais e promover a eficácia plena dos direitos fundamentais, desprezando os fatores financeiros que servem de substrato para efetivar a tutela jurídica.

O mesmo ocorreu com o processo de aprovação da Emenda Constitucional nº 62/2009, responsável por modificar a redação do art. 100 da CF/88 e acrescentar o art. 97 ao Ato das



Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir regime especial de pagamento dos precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, ao alterar a ordem cronológica de apresentação das dívidas decorrentes dos precatórios, para dar prioridade aos créditos alimentares de idosos ou portadores de doença grave, créditos alimentares em geral, e, sucessivamente, os créditos destituídos de natureza alimentar.

Tal feito acarretou em um curto espaço de tempo o endividamento da Fazenda Pública que, devido à escassez de recursos financeiros, não conseguiu atender a demanda, o que trouxe, por via oblíqua, prejuízo à coletividade em face do déficit monetário que não permitiu a prestação de serviços aos demais segmentos da engenharia social (GOMES, 2009).

Nesse contexto, a autoridade pública no exercício de sua função deve estar atenta às consequências orçamentárias provenientes das suas tomadas de decisões, mormente os juízes no âmbito de sua atuação jurisdicional, aos quais cumpre o poder-dever de ponderar o custo-benefício acaso seja concedida a pretensão jurídica deduzida por via individual, de modo a não ensejar o colapso da estrutura pública com conseqüente prejuízo para os demais membros da sociedade.

Cada vez mais é indubitável a interação entre os campos da economia e o direito, sendo certo que, esse ponto de tangenciamento interdisciplinar pode ser utilizado como critério de aplicação supletiva que auxilia no processo de formação de cognição exauriente das decisões judiciais, levando a efeito, por exemplo, aspectos como o dimensionamento dos recursos financeiros disponíveis como mecanismo de combate ao esvaziamento dos cofres públicos, de forma a prestigiar a realização de políticas públicas em prol de toda a coletividade, maximizando, assim, a eficiência do aparato judicial (LEAL, 2010, p. 67).

Vê-se, portanto, como os fatores econômicos podem ser grandes aliados na busca por decisões judiciais mais equânimes, na medida em que conjugam a eficácia de preceitos constitucionais numa perspectiva macrossocial sem perder de vista os limites da reserva financeira do poder público, sob pena de corroer o regime estatal, de tal forma que resulte na vulnerabilidade das premissas teóricas assentadas no bojo das decisões judiciais em virtude da impossibilidade de cumpri-las no plano material.

Assim, cabe ao magistrado, no exercício de sua função institucional, ter em mente que a possível resolução jurídica para a controvérsia *inter partes* representa tão somente a ponta do iceberg para conferir concretude aos direitos fundamentais, devendo ampliar o seu espectro



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

para justificar a concessão da tutela normativa na via individual se dela não decorre qualquer espécie de afronta a um patamar mínimo de segurança dirigido à coletividade em face da escassez de verbas orçamentárias, já que todos são titulares de direitos fundamentais igualmente relevantes (LEAL, 2010, p. 242).

Noutras palavras, o deferimento da pretensão jurídica na esfera individual subordina-se a um exame prévio de ausência de prejuízo para os demais membros da sociedade, tendo como protagonista a disponibilidade de recursos financeiros do aparelhamento estatal, variáveis que devem ser sopesadas pelo juiz.

É nesse mesmo sentido que preceitua o art. 194, § único, da CF/88, (BRASIL, 1988, p. 63) ao dispor que cabe a Fazenda Pública reunir esforços para o incremento da assistência social destinada a suprir as necessidades de diversos segmentos, dentre elas, saúde, educação, segurança, transporte, previdência, infraestrutura, programas de incentivo a geração de empregos, voltadas para o benefício da coletividade em geral, observado os limites da capacidade econômica dos cofres públicos.

Para atender a espiral de demandas sociais sem, contudo, ultrapassar a reserva financeira disponível da máquina estatal, por vezes se faz necessário ao controle judiciário sacrificar a proteção jurídica no âmbito do litígio individual, ainda que verse sobre a tutela de direitos fundamentais, em prol da coletividade. Bem por isso, é que se mostra como artifício meramente retórico por parte daqueles que afirmam serem os direitos fundamentais absolutos ou de conteúdo peremptório.

A rigor, os argumentos comumente utilizados gravitam em torno da intangibilidade quanto ao princípio da vedação ao retrocesso social e garantia absoluta do mínimo existencial, que supostamente deveriam ser assegurados acima de quaisquer circunstâncias, sem levar em conta que o governo precisa suprir as inúmeras necessidades sociais em um quadro de limitação de recursos financeiros (LEAL, 2010, p. 247).

8. O OUTRO LADO DA MEDALHA DECORRENTE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES



A essa altura, resta claro que o enredo argumentativo que se desenvolve ao redor da tese segundo a qual os direitos fundamentais possuem natureza absoluta e incontrastável, ao ponto de subscrever a atuação jurisdicional como substitutivo para a suposta inércia do órgão público e saída para conferir efetividade a tais direitos no plano material, não passa de uma manobra criadora de uma interpretação utópica, ignorando os custos dos direitos.

Nessa toada, cumpre aos membros do Judiciário desvelar essa ficção jurídica valendo-se dos critérios econômicos como ferramenta para demonstrar, em termos práticos, que o déficit ou limitação orçamentária do Estado, no mais das vezes, constitui obstáculo para a concretização plena dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, de tal forma que, não raro, a prerrogativa na esfera individual sucumbe em prol do interesse público, corroborando, destarte, a relativização das garantias fundamentais nos casos em que for preciso ao juiz ponderar o conflito de interesses em face da escassez dos recursos financeiros disponíveis nos cofres do Poder Público.

Para solucionar o conflito, aplica-se a ideia proposta pela teoria de sopesamento, método que almeja estabelecer qual dos direitos fundamentais deve preponderar no caso concreto (interesse público *versus* privado) com o fim de acomodar na maior medida possível a fruição da tutela jurídica para os diversos vetores da sociedade na busca pela aplicação escoreita dos princípios constitucionais em choque (ÁVILA, 2012, p. 166).

De acordo com a teoria, a solução para resolver o conflito depende da realização de um sopesamento que deve ser feito entre os princípios conflitantes e os bens jurídicos por eles tutelados, cabendo ao intérprete avaliar, no caso concreto, qual dos princípios em colisão merece maior peso, e assim, preceder enquanto sucumbe ao outro. (ALEXY, 2006, p. 93)

Nas palavras de Alexy, a colisão entre princípios somente pode ser dirimida a partir de uma relação de precedência condicionada. Ou seja, quando dois princípios se encontram em zona de colisão, submetidos a condições específicas, um deverá ter precedência em face do outro. Nesse ponto, exclui-se a hipótese de precedência incondicionada, pois, não existe a possibilidade de haver um princípio detentor de precedência absoluta que goze de prioridade no plano abstrato das normas (ALEXY, 2006, p. 93-94).

Em qualquer caso, a controvérsia em exame deve ser regida pelo postulado da reserva do possível, que tem por escopo assegurar a salvaguarda dos direitos fundamentais conforme a capacidade econômica do sistema público. Daí a importância de aperfeiçoar o processo de



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

formação profissional dos magistrados através da inclusão de conceitos decorrentes do campo da economia, que podem servir de instrumento para desmistificar algumas ilusões jurídicas meramente ideológicas, a exemplo da tese que propugna o caráter peremptório dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o juízo de ponderação tal qual proposto por Alexy, a rigor, demonstra ser o método mais adequado para mensurar conforme as circunstâncias do caso concreto qual dos interesses deve preceder do ponto de vista da disponibilidade dos recursos financeiros da Fazenda Pública. E serve para evitar os excessos de ativismo, como trata Conrado Hübner Mendes, ao discorrer sobre o tema no âmbito do STF:

Atado a uma espiral de autodegradação, o poder moderador converteu-se em poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos. O ator que deveria apagar incêndios fez-se incendiário. Não foi vítima da conjuntura, mas da própria inépcia. A vanguarda iluminista na aspiração descobriu-se vanguarda ilusionista na ação (e na inação). (MENDES, 2018)

A técnica de sopesamento, ao ingressar no regime jurídico pátrio, sofre com certas deturpações que comprometem a sua eficácia à luz da nova interpretação constitucional, daí porque afirmar que o acolhimento da ponderação de interesses perante a ordem jurídica interna pode se mostrar como um facilitador para abrir portas ao cometimento de arbitrariedades sob o manto da legitimidade e da justiça.

Considerando que a inserção da teoria do sopesamento no cenário jurídico brasileiro pode ter ocorrido com o propósito de ser utilizada como veículo para fomentar iniquidades é que o ex-ministro do STF Eros Grau tornou-se porta-voz na defesa de que *juízes, desembargadores e ministros têm fugido de um princípio básico – julgar com base na lei – para aplicar ponderação entre princípios*. (MENDES, 2018)

A utilização da ideia de sopesamento ou ponderação, assim, que deveria, *a priori*, ser uma ponte para corroborar o compromisso com a consagração dos direitos fundamentais, revelou-se, a seu turno, como mais um passo rumo à beira do abismo para a prática de injustiças, dado o caráter político mal praticado, com a conseqüente disseminação de retórica e ideologia para simular uma segurança jurídica aparente, pelo que faz-se imprescindível integrar aspectos econômicos no cotidiano da atuação jurisdicional a fim de desvendar ilusões jurídicas que



servem tão somente para apaziguar com medidas de curto alcance e imediatismo o organismo social. (GRILLO, 2017)

9. CONCLUSÕES

Ao longo do contexto histórico, tanto no plano constitucional como no panorama internacional, a consagração dos direitos fundamentais tornou-se a viga mestra para consolidar as prerrogativas elementares a toda pessoa humana.

Tamanha repercussão serviu como degrau para promover o discurso ideológico, travestido de legitimidade normativa, no sentido de considerar qualquer direito fundamental como absoluto e intangível, ao ponto de haver partidários do entendimento de que se deveria ampliar o controle judicial para proteger a sua tutela a qualquer custo, sem levar em conta os limites dos recursos financeiros do Estado, o que pode propiciar o colapso do próprio aparelhamento estatal, extinguindo as chances mais remotas de consolidar os direitos fundamentais, ou a atuação ineficiente quando se toma em conta o conjunto da sociedade.

Bem por isso é que tal discurso demonstra o seu conteúdo perigoso, tendo em vista que, ao ignorar a capacidade econômica do Estado, sepulta qualquer possibilidade de concretude dos direitos fundamentais, contrariando as próprias premissas teóricas.

No Brasil, a aplicação da técnica de sopesamento apenas endossou o discurso ideológico da intangibilidade dos direitos fundamentais, onde o Judiciário passou a operar uma espécie de cortesia institucionalizada para favorecer os interesses de alguns em detrimento da coletividade.

Assim, incumbe ao magistrado a tarefa de incorporar os parâmetros econômicos e orçamentários na sua atuação jurisdicional, de modo a evitar a perpetuação de retóricas que apenas visam anestesiar a ordem social e garantir a manutenção de um ciclo vicioso quanto aos interesses políticos que contemplam uma pequena parcela da sociedade em detrimento da atuação eficiente do Poder Público na promoção de políticas sociais.



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. [s.n]. Portugal: Coimbra Editora, 2005.





ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [tradução de Virgílio Afonso da Silva]. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Revista Española de Direito Constitucional**, n. 91, jan./abr., 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. [s.n]. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1876**. 4. ed. Coimbra: Edições Almedina. S.A, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

GOMES, Luiz Flávio. **EC 62/09 altera o regime dos precatórios**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2059489/ec-62-09-altera-o-regime-dos-precatorios>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2018.

GRILLO, Brenno. **Limites normativos – judiciário trocou lei por ponderação de princípios, dizem Eros Grau e Advogados**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/judiciario-trocou-lei-ponderacao-principios-eros-grau?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 17 de dez. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre, Sérgio Fabris, Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. [s.n]. Brasília: ENFAM, 2010.



A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MEIRELES, Ana Cristina Costa et al. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. [s.n]. São Paulo: LTr, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 02 de fev. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1. ed. Portugal: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.

STEPHEN, Holmes; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on Taxes. [s.n]. United States: W. W. Norton & Company, 1999.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. **Revista da AJURES**, n. 98, v. 32, jun., 2005.