



**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB UM PERSPECTIVA  
TRANSCONSTITUCIONAL: superação da discricionariedade administrativa e  
ponderação na materialização dos direitos sociais**

**SOCIAL RIGHTS FROM A TRANSCONSTITUTIONALISM PERSPECTIVE:  
overcoming administrative discretion and the weighting in the materialization of social  
rights**

Júlia Rodrigues Oliveira Sousa\*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo explorar, por meio do método indutivo/dedutivo (utilizando o procedimento monográfico e a pesquisa doutrinária e jurisprudencial), a discricionariedade administrativa entre as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais sociais e a superação dos limites da reserva do possível, bem como, realizar uma breve análise sobre como o transconstitucionalismo, sob uma ótica democrática e participativa, pode ser aplicado na materialização desses direitos na sociedade multicêntrica. Destaca-se a necessidade do diálogo na resolução dos conflitos, o que gera um aprendizado mútuo para as ordens jurídicas diferentes.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais. Reserva do Possível. Discricionariedade Administrativa. Ponderação de princípios. Transconstitucionalismo.

**Abstract:** This article aims to explore, through the inductive/deductive method (using the monographic and doctrinal and jurisprudential research), the administrative discretion between the objective and subjective dimensions of fundamental social rights and to overcome the limits of the reservation for contingencies, as well as to carry out a brief analysis on how transconstitutionalism, under a democratic and participatory perspective, can be applied to assist in the materialization of fundamental social rights in a multicentric society. The need for dialogue in conflict resolution is highlighted, which generates mutual learning for different legal orders.

**Key words:** Fundamental social rights. Reserve for Contingencies. Administrative Discretion. Weighting of Principles. Transconstitucionalism.

\* Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogada. E-mail: julia\_rodriguesos@hotmail.com





## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna multicêntrica sofre constantes mudanças sociais, devido a globalização, e os Estados Democráticos de Direito tentam solucionar os novos problemas constitucionais emergente nessa realidade dinâmica.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, destaca Bonavides (2004, p. 185), “[...] a busca desesperadora de reconhecimento e efetivação dos direitos sociais parece representar a tarefa mais árdua e importante dessa forma de Estado”. Nesse cenário, não basta apenas a positivação dos direitos fundamentais na Constituição é necessário implementá-los afim de atender as demandas da população, tais como, educação, moradia, saúde, dentre outras.

Os direitos fundamentais sociais constituem uma garantia, visam criar uma sociedade mais justa e igualitária, desse modo, exigem do Estado a formulação de políticas públicas para serem materializados, logo, a administração pública não pode alegar sua discricionariedade para eximir-se de realizar as políticas públicas.

Conforme demonstra Limberger (2016, p. 145), a Constituição prevê tarefas que devem “[...] ser realizadas de acordo com a capacidade orçamentária, mas que não se constituem em uma discricionariedade administrativa, não ficando, portanto, imunes à questionamento judicial”.

Todavia, atualmente ocorre que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está relegada ao segundo plano, isto gera uma crise de confiança na democracia representativa, entre representados e representantes. Diante dessa realidade de dinamismo social, de insuficiência prestacional dos direitos fundamentais sociais, e de insatisfação popular é cada vez mais comum os indivíduos buscarem a efetivação de seus direitos no judiciário.

Assim, é preciso utilizar novos métodos para solucionar os casos/problemas jurídicos constitucionais surgidos, principalmente agora em que a maior parte dos conflitos envolvem ordens jurídicas diferentes. O método transconstitucional possibilita, por meio do diálogo, um aprendizado recíproco entre as diferentes ordens, o que possibilita a resolução desses problemas de forma mais eficiente. O transconstitucionalismo, segundo Neves (2014, p. 227), “[...] implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver”.



O trabalho pretende demonstrar os limites da discricionariedade, como a capacidade orçamentária deve ser submetida a ponderação no caso concreto, como a participação popular (a cidadania como meio de acesso aos direitos fundamentais sociais) é essencial na atualidade, e como o transconstitucionalismo como método de realce da aplicação dos direitos fundamentais sociais. A metodologia de pesquisa a ser empregada no desenvolvimento do trabalho é a indutiva/dedutiva, utilizando o procedimento monográfico e a pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

## **2 DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

No âmbito jurídico, a Constituição de 1988 determina o processo de redemocratização do Estado brasileiro ao romper com o regime da ditadura militar, vigente no país de 1964 até 1985. O texto constitucional instaura a democracia no Brasil e tutela, de forma inédita no país, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Desde seu preâmbulo a Constituição<sup>1</sup> consagra a criação de um Estado Democrático de Direito, por sua vez, os artigos 1º e 3º regulam os fundamentos e objetivos do Estado. Como destaca Silva (2014, p. 92): “É a Constituição Cidadã, [...], porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.

Segundo Sarlet (2015, p. 90), a dignidade da pessoa humana impõe-se como base axiológica do ordenamento jurídico brasileiro, e passa a representar um limite e uma orientação para a atuação do Estado, pois o Poder Público possui um duplo dever, o de

---

<sup>1</sup> Preâmbulo, CF: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacificadas controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Art. 1º, CF: “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 - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Art. 3º, CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.



protegê-la e o de abster-se de violá-la. Nesse diapasão, atenta Bonavides (2001, p. 233): “Demais disso, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais estabelecem os valores éticos e a noção de justiça atual<sup>2</sup> presentes no ordenamento jurídico, se situam assim, como suporte axiológico do Estado Democrática de Direito brasileiro e de sua Constituição. Os direitos e garantias fundamentais, explica Piovesan (2013, p. 91), são “[...] dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico”. Na mesma linha, esclarece Sarlet (2012, p. 46), a respeito dos direitos fundamentais integrarem, em conjunto com a: “[...] definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material”.

Os direitos fundamentais, para Canotilho (1993, p. 172), constituem-se nos “[...] princípios definidores da forma de Estado, [...] da estrutura do Estado, [...] os princípios estruturantes do regime político [...] e os princípios caracterizadores da forma de governo”. Ademais, a Constituição, no artigo 5º, §1º, prevê a aplicação imediata das normas de direito e garantias fundamentais, desse modo, cabe aos Poderes Públicos assegurarem a eficácia imediata de tais preceitos.

Os direitos fundamentais sociais são capazes de causar transformação social e econômica e, por isso, exigem do Estado uma prestação positiva, ou seja, é necessário a intervenção estatal para garantir sua concretização. Por esse motivo, são conhecidos também como direitos a prestação ou direitos prestacionais.

<sup>2</sup> Habermas (1997, p. 193) não apresenta um conceito exato sobre justiça, para ele a justiça não possui uma definição precisa, contudo, ela é guiada pela vida social. A norma “[...] só é justa quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes”, logo, a justiça demanda participação deliberativa de todos os interessados. Segundo o autor “Questões de justiça referem-se a pretensões contestadas em conflitos interpessoais, que nós podemos julgar imparcialmente a partir de normas válidas. Essas normas, por sua vez, têm que passar por um teste de generalização que examina o que é igualmente bom para todos. Assim como ‘verdadeiro’ é predicado para a validade de proposições assertóricas, ‘justo’ é um predicado para a validade das proposições normativas gerais que se expressam por mandamentos morais. Por isso, a justiça não é um valor entre outros valores. Valores concorrem sempre com outros valores. Eles se exprimem quais bens determinadas pessoas ou coletividades ambicionam ou preferem em determinadas circunstâncias. Somente na perspectiva delas os valores podem ser trazidos para uma ordem transitiva. Por conseguinte, a pretensão de validade da justiça é absoluta, como a dos valores: mandamentos morais pretendem validade para todos e cada um em particular”.



Atualmente a tendência doutrinária é diferenciar os direitos fundamentais em duas categorias, duas funções: a função objetiva e a função subjetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais confere aos seus titulares a prerrogativa de exigir a sua materialização em face do poder público, do Estado. Conforme explicam Dimoulis e Martins (2012, p. 96) a função subjetiva surge “Quando o indivíduo adquire um *status* de liberdade positiva (liberdade para alguma coisa) que pressupõe a ação estatal, tem-se como efeito a proibição da omissão do Estado”.

Por sua vez, a dimensão objetiva sustenta a independência da invocação dos titulares dos direitos fundamentais para que eles sejam respeitados pelo poder público. Conseqüentemente, de acordo com Wedy (2018, p. 177), a função objetiva “[...] reforça a juridicidade das normas de direitos fundamentais, das quais emanam efeitos jurídicos autônomos que ultrapassam a perspectiva subjetiva”.

É importante destacar ainda, a existência de duas características importantes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A primeira constitui-se no caráter de normas de competência negativa desses direitos, isto não anula a natureza dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, mas demonstra a existência destes direitos mesmo se os titulares não o exigirem em juízo. A segunda característica é a função dos direitos fundamentais como critério de interpretação e de configuração do direito infraconstitucional.

Outro aspecto importante da dimensão objetiva é o dever de proteção dos direitos fundamentais, por parte do Estado, contra agressões exercidas pelo poder público ou por outros indivíduos da sociedade. Logo, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 301), a função objetiva reforça a efetividade da função subjetiva dos direitos fundamentais, logo, os direitos de “[...] defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos”.

Nesse contexto, no campo de materialização dos direitos fundamentais sociais, o argumento da discricionariedade administrativa tem servido como fundamento para justificar a omissão do Estado. Mas, afinal qual o papel e a função da discricionariedade no ordenamento jurídico brasileiro?

No entendimento de Mello (2015, p. 440-441), a discricionariedade:

[...] é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso



concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir *arbitrariamente* o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir *discricionariamente* o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), *cumprindo* a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Assim, utilizar a discricionariedade administrativa como álibi para justificar a não realização dos direitos fundamentais sociais configura deturpação da significação jurídica deste instituto. Diante disso, a discricionariedade deve ser utilizada, pelos administradores, segundo Hachem (2016, p. 339), “[...] com o objetivo de identificar o espaço dentro do qual eles podem, em um juízo de oportunidade e conveniência, determinar os meios mais eficazes para o atendimento dos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais”.

Ademais, sob a ótica do direito administrativo regido pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais<sup>3</sup>, é inconcebível utilizar a discricionariedade administrativa como argumento para o administrador agir conforme sua vontade, se desviando da função e dos limites impostos a ele pela lei.

Logo, esclarece Mello (2015, p. 444), a discricionariedade existe “[...] única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada”. Por conseguinte, a Administração tem liberdade para utilizar as melhores opções para alcançar os objetivos previstos na lei, porém, essa liberdade não autoriza a Administração Pública a agir conforme sua vontade, apenas a permite decidir sobre o melhor método de cumprir a norma.

Outra questão importante, que deve ser analisada é o efeito jurídico produzido pelo artigo 5º, §1º, da Constituição nas hipóteses de discricionariedade administrativa. Aqui, cabe destacar, sobre a diminuição do alcance da discricionariedade administrativa pela função objetiva dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, Hachem (2016, p. 340) aponta, a seguir, como a aplicação imediata dos direitos fundamentais influência na atuação da Administração:

A lógica é a de que, por mais que para exercer determinada competência relativa à algum direito fundamental social a Administração Pública possa escolher entre

<sup>3</sup> Conforme explica Pérez (2007, p. 21): “Es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona. Y algo más, todos y cada uno de sus actos han de estar informados por este valor esencial de nuestro Ordenamiento”.



diversos caminhos, se alguns deles forem menos apropriados para atender de modo otimizado o dever de satisfação desses direitos, tais opções deixam de ser autorizadas pelo direito, tornando-se condutas antijurídicas, ainda que não vedadas expressamente pela lei. Essa tese possui respaldo na doutrina nacional e estrangeira, que defende que a discricionariedade é sempre mais ampla na abstração da norma jurídica, podendo chegar a zero diante das peculiaridades dos casos concretos (sejam casos em que um titular exige um comportamento do Estado – dimensão *subjetiva* –, sejam casos em que existe um dever do Poder Público em agir de uma determinada maneira – dimensão *objetiva*).

Destarte, devido a aplicação imediata dos direitos fundamentais, tutelada pela Constituição, toda a atividade da Administração Pública deve ser orientada para sua concretização. Assim, o artigo 5º, §1º, da Constituição tem a função de orientar as ações da Administração e, não de apenas impor um limite na atuação do Estado, ou seja, na prática toda atividade administrativa deve fundamentar suas ações conforme a eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

### **3 RESERVA DO POSSÍVEL: LIMITES À APLICAÇÃO NA MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS?**

Cabe a Administração Pública aplicar a lei, por meio de diversas ações e programas, ou seja, através de políticas públicas. Bucci (2006, p. 38) conceitua políticas públicas como “programas de ação governamental visando coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Nesse sentido, complementa Barcellos (2005, p. 90) sobre como, através das políticas públicas, o Estado “[...] poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição [...], sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção”.

Entretanto, a materialização dos direitos fundamentais sociais encontra na reserva do possível um limite, em outras palavras, a grande dificuldade do estado moderno está em concretizar esses direitos de acordo com a sua condição econômica.

Diante disso, alguns doutrinadores buscam limitar a exigibilidade dos direitos fundamentais e sociais de acordo com padrões econômicos e jurídicos. Holmes e Sunstein<sup>4</sup>,

<sup>4</sup> Holmes e Sunstein (2000, p. 14-15): “Americans seem easily to forget that individual rights and freedoms depend fundamentally on vigorous state action. Without effective government, americans citezens would not be able to enjoy their private property in the way they do. Indeed, they would enjoy few or none of their constitutionally guaranteed individual rights. [...] To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. [...] Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less



dois juristas norte-americanos, defendem que só é possível atingir o bem comum dos cidadãos por meio do pagamento de tributos, o Estado necessita de recursos econômicos para se manter e para assim ser possível proteger e concretizar os direitos previstos na Constituição.

Entendimento similar a respeito dos direitos é defendido por Galdino (2002, p. 188), para o autor, a existência do Estado é essencial para o reconhecimento e concretização dos direitos, “[...] considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômicos-financeiros captadas junto aos indivíduos, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”.

Por outro lado, existe na doutrina brasileira, quem argumenta contra a adaptação do conceito de reserva do possível pelo nosso direito constitucional. Tal conceito foi criado na Alemanha em 1972, na decisão conhecida como *Numerus Clausus*, que tratou a respeito da validade da limitação do número de vagas na universidade de medicina de Hamburgo e Monique em face da pretensão de ingresso de um número maior de candidatos.

Nesse sentido, Krell (2002, p. 51) defende que países do terceiro mundo, onde as necessidades básicas de boa parte da população não são satisfeitas, não é plausível utilizar o conceito de reserva do possível, originado em um país de primeiro mundo, pois isto provoca a diminuição da eficácia dos direitos fundamentais sociais. Logo, no Brasil, a utilização do argumento da reserva do possível foi “fruto de um Direito Constitucional Comparado equivocado”.

Desse modo, para o autor (2002, p. 54), o condicionamento:

[...] da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”.

Países do terceiro mundo, como o Brasil, possuem grande carência econômica e isso destaca a incapacidade do país em realizar, completamente, todos os direitos fundamentais sociais. Porém, a pobreza do país não afasta a utilização da reserva do possível, na verdade demonstra sua necessidade, não para obstruir a proteção judicial sob os direitos sociais, mas para servir como um parâmetro na concretização desses direitos.

---

than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury. The ‘cost of rights’ is a richly ambiguous phrase because both words have multiple and inevitably controversial meanings. To keep the analysis as focused and, along this dimension, as uncontentious as possible, ‘costs’ will be understood here to mean *budgetary costs* and ‘rights’ will be defined as *important interests that can be reliably protected by individuals or groups using the instrumentalities of government*”.



Diante disso, observa Sarmiento (2010, p. 411), a escassez de recursos econômicos de cada país coloca limites ao desenvolvimento máximo de todos os direitos sociais:

Por isso, entendo que a reserva do possível fática deve ser concebida como *a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes*. Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta.

Não quero com isso dizer que as decisões judiciais em matéria de direitos sociais não devem avaliar as singularidades de cada caso, contentando-se com generalizações. [...] O que pretendo salientar é apenas que, em razão do princípio da isonomia, pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições.

Quanto à possibilidade de realização, por parte do judiciário, dos direitos sociais não se pode negar a preferência do legislador para discorrer sobre os gastos públicos, mas, também não é possível ignorar a força vinculante, prevista na Constituição, dos direitos fundamentais sociais sob todos os poderes. O legislador possui certa liberdade para decidir sobre os gastos públicos, entretanto, suas escolhas não podem contrariar a Constituição que institui algumas prioridades a serem seguidas pelo legislador.

Nesta linha de pensamento, Alexy<sup>5</sup> (1993, p. 495), dispõe o seguinte:

Os direitos sociais fundamentais mínimos também têm consideráveis efeitos financeiros quando muitos exigem sua efetivação. No entanto, isso por si só não justifica inferir a inexistência de esses direitos. A força do princípio da concorrência orçamental do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto. Os direitos individuais podem superar as razões de política financeira. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal, na sua decisão sobre a moradia daqueles que recebem assistência social aumentou, com consequências financeiras, o círculo de quem tem direito a este benefício, afim de eliminar uma desigualdade de tratamento e, uma decisão sobre a duração da prisão preventiva, obrigou o Estado a fornecer os meios necessários para evitar uma detenção preventiva ao julgamento

<sup>5</sup> No original: “También los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdade de tratamiento' y, en una decisión sobre la duración de la prisión preventiva, obligó al Estado a facilitar los medios necesarios para evitar una prisión preventiva desproporcionadamente larga. Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos”.



desproporcionalmente longa. Todos os direitos fundamentais limitam a competência do legislador; muitas vezes fazem isso de uma maneira que é desconfortável para ele e, às vezes, eles também afetam sua competência orçamentária quando se trata de direitos financeiramente mais onerosos (tradução nossa).

Assim, não é plausível o entendimento no qual o magistrado não deve se atentar com a existência ou não de previsão orçamentária ao determinar o dispêndio de recursos públicos com a materialização dos direitos sociais<sup>6</sup>, a carência de tal previsão também não significa o afastamento da justiciabilidade dos direitos sociais. Por isso, a falta de previsão orçamentária deve constar na ponderação de interesses na adjudicação dos direitos sociais, entretanto, apesar de ser um fator importante, não constitui um fato definitivo, contrário a prestação do direito fundamental. Consequentemente, o argumento da previsão orçamentária pode ser superado de acordo com as particularidades do caso em análise.

Na sociedade contemporânea prevalece a concepção de que os direitos fundamentais possuem um mínimo existencial e isso gera o dever, aos poderes públicos, de garanti-los. Este mínimo é necessário para proteger a democracia, os direitos fundamentais sofreram uma constitucionalização, após a 2ª Guerra Mundial, com o objetivo de impedir o legislador de os violar e garantir o exercício da participação política dos indivíduos. Ademais, satisfazer as necessidades humanas essenciais constitui um fim em si mesmo, os cidadãos das sociedades modernas não são considerados meros súditos, ou consumidores, na verdade o Estado existe principalmente para lhes proporcionar uma vida digna.

A satisfação da liberdade humana é defendida entre vários autores, dentre eles, o filósofo e economista Amartya Sen (2000, p. 28-32), em sua acepção, o desenvolvimento também está relacionado com as liberdades política e civil (ausência de fome, oportunidade de trabalho, saneamento básico, direito de voto, enfim a oportunidade de participar de um governo democrático) não apenas com a produção de riquezas e do Produto Interno Bruto. Nas palavras do autor (2000, p. 29), aumentar as liberdades “[...] não só torna nossa vida mais rica e desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo que vivemos e influenciando esse mundo”.

Nesse diapasão, Schwab (2018, p. 92) ao discorrer sobre como os benefícios advindos da 4ª Revolução Industrial podem ser distribuídos a todos, sustenta que as liberdades:

---

<sup>6</sup> Orientação seguida por algumas decisões judiciais no STF, como o Recurso Extraordinário nº 273834/RS: “[...] Ao contrário, a ausência de previsão é evidência de que aos homens públicos falta capacidade de administrar a coisa pública e de prover o bem comum. A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes [...]”.



[...] empoderam as pessoas e lhes dão os recursos para que possam viver uma vida boa, seja em uma sociedade rica ou em desenvolvimento. A distribuição das riquezas e dos benefícios não precisa ser igual entre todas as partes interessadas, mas deve ser suficiente para que todas as partes interessadas tenham uma vida à qual possam dar valor.

As liberdades demonstram assim, a importância da instrução e da participação dos cidadãos na sociedade. Por isso, ao se compreender a relevância das liberdades, fica claro a necessidade, por parte do Estado, de garantir condições mínimas de vida para todos. De acordo com Sarlet (2015, p. 279), o conteúdo do mínimo existencial engloba o mínimo necessário para a sobrevivência física, como também, um mínimo existencial sociocultural, isto abrange o direito à educação, o acesso a bens culturais e um mínimo existencial ecológico ou ambiental.

Reconhecido o caráter prestacional dos direitos fundamentais sociais, na Constituição, em relação ao Poder Público fica a dúvida sobre quais medidas o Estado deve realizar para efetivar a justiça social, o tema está relacionado com a quantidade de recursos públicos destinados a execução dos direitos sociais.

Diante da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial, há quem defenda como melhor solução conciliar os direitos fundamentais com a limitação orçamentária do Estado. Nessa perspectiva, argumentam Faria, Ito e Costa (2016, p. 104), que o Estado Social objetiva proporcionar “condições para uma existência digna, e não um padrão ótimo de bem-estar social e, portanto, estaria vinculado ao adimplemento das condições mínimas de existência digna do ser humano e não à totalidade de suas necessidades”.

Por outro lado, existe quem critique esta concepção de garantir apenas o mínimo existencial em relação aos direitos sociais. Assim, explica Sarmento (2010, p. 419):

Se em relação a todos os demais direitos fundamentais persegue-se a máxima efetividade, dentro do que seja fática e juridicamente possível, porque, em matéria de direitos sociais, deveríamos nos contentar com o mínimo? Na minha opinião, o ponto a que pode chegar o Judiciário depende de uma ponderação de interesses a ser feita em cada caso, na qual, de um lado, figure o direito social em questão, e, do outro, os princípios concorrentes, como a democracia, a separação de poderes e os direitos de terceiros que seriam atingidos ou economicamente inviabilizados caso fosse universalizada a prestação demandada.

A lei da ponderação, formulada por Alexy<sup>7</sup> (2003, p. 103), é descrita do seguinte modo: “Quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou de prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (tradução nossa). A respeito do assunto, Barcellos (2005, p. 97-123), esclarece que a ponderação ocorre em três fases: a)

<sup>7</sup> No original: “Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del outro”.



identificação dos enunciados normativos em tensão, b) identificação dos fatos relevantes e c) decisão. Na última fase, leciona a autora (2005, p. 123), é onde ocorre de fato a distribuição dos pesos aos direitos em conflito, aqui “[...] será o momento de definir se é possível conciliar os diferentes elementos normativos ou se algum deles deve preponderar e, afinal, qual a norma que dará solução ao caso”.

Ao aplicar a ponderação no caso concreto deve-se levar em consideração que quanto mais essencial for o direito, maior será seu peso. Em consequência, demandas situadas fora do mínimo existencial têm menor probabilidade de serem concedidas, pois terão seu peso reduzido no momento na ponderação. Todavia, conclui-se que a parte interessada possui legitimidade para buscar a efetivação de seus direitos, incluindo aqueles situados fora do mínimo existencial, no Poder Judiciário.

#### **4 OS DIREITOS SOCIAIS SOB UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA E TRANSCONSTITUCIONAL**

A globalização provocou diversas mudanças financeiras, econômicas, política, cultural, na comunicação, com a criação da internet, e também, no conceito de soberania estatal ligada apenas aos limites territoriais. Conforme relatam Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 42-43), a globalização provocou a “[...] desterritorialização do poder”. A autora Forjaz (2000, p. 39) destaca ainda que o Estado, sofreu transformações ligadas ao fenômeno da globalização, mas “[...] ainda é um ator fundamental na economia mundial e apenas começa a sofrer limitações em sua soberania e em sua autonomia decisória”. Em outras palavras, o Estado deixou de ter uma posição privilegiada na resolução de problemas constitucionais, ele é apenas um entre as várias ordens jurídicas em colaboração na busca de uma solução, todavia, sua participação ainda se faz essencial e indispensável neste processo de deliberação.

Neste cenário, a ideia do transconstitucionalismo ganha destaque, com a maior integração da sociedade em escala global, os temas relacionados a proteção dos direitos fundamentais ou humanos<sup>8</sup> e a limitação do poder legislativo transformam-se em problemas

<sup>8</sup> Sarlet (2012, p. 18) diferencia, de modo predominantemente didático, os direitos humanos e fundamentais: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem



importantes para diferentes ordens jurídicas, tais como a estatal, as locais extraestatais, a internacional, dentre outras, sem conferir, em um primeiro momento, superioridade a nenhuma dessas ordens. Desse modo, o direito constitucional se emancipa do Estado, pois outras ordens jurídicas passam a se envolver na resolução dos problemas constitucionais.

O transconstitucionalismo, aqui discutido, não se trata do constitucionalismo internacional, transversal, supranacional, local ou estatal, mas sim de problemas que alcançam diversas ordens jurídicas. Nessa perspectiva, Neves (2014, p. 208) conceitua o transconstitucionalismo a seguir:

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas [...]. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico no plano de sua própria autofundamentação, reconstruem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí por que, em vez da busca de uma *Constituição hercúlea*, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos *problemas-hidraconstitucionais* mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

A solução dos problemas advindos das colisões entre as várias ordens jurídicas não ocorre por meio da fragmentação, mas através de pontes transversais construídas a partir da observação das constantes transformações sofridas nas diferentes sociedades. Nesse sentido, esclarecem Silva e Serrano (2017, p. 45), que o transconstitucionalismo “não caminha no sentido de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial, mas sim da existência de um diálogo e uma conversação transconstitucional”. O transconstitucionalismo do sistema jurídico surge quando as diferentes ordens, apesar de estarem sujeitas ao mesmo código binário de comunicação “lícito/ilícito”<sup>9</sup> possuem estrutura e organização divergentes.

Esta diferenciação ocorre além da esfera das ordens jurídicas estatais, em outras palavras, não ocorre somente entre Estados, caracterizado por Rezek (2014, p. 106), como

---

constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

<sup>9</sup> De acordo com Silva e Serrano (2017, p. 45): “O código binário, na visão de Niklas Luhmann, se caracteriza por ser a base que garante a própria autopeiose do sistema, uma vez que institui um valor positivo, ou seja, o que se entende como lícito, bem como um valor negativo, ou melhor, ilícito, permitindo, dentro do sistema jurídico, uma categorização de condutas como sendo compatíveis ou não com o direito, simplificando as questões que se encontram em seu entorno”.



personalidade originária de direito internacional público que contempla três atributos “uma base territorial, uma comunidade humana estabelecida sobre essa área, e uma forma de governo não subordinado a qualquer autoridade exterior”. Ocorre também uma diferenciação entre as “categorias” de ordem jurídica (internacional e estatal, por exemplo).

Nesse diapasão, as demandas transnacionais, ensina Garcia (2010, p. 104), se legitimam devido à necessidade “[...] de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional”. A relação entre ordens jurídicas heterógenas não possui hierarquia e implica na procura pela solução de um caso relevante, concomitantemente, de forma transversal, mediante o diálogo.

A comunicação entre as ordens jurídicas, pertencentes ao mesmo sistema funcional da sociedade global, (este sistema se reproduz, principalmente, mediante o código binário lícito/ilícito), fornece diferentes interpretações e possibilita uma cooperação entre elas, uma vez que a divergência entre ordens ocorre de modo recorrente. No transconstitucionalismo as ordens não podem ser analisadas isoladamente é preciso haver um entrelaçamento entre elas, é necessário fomentar os diálogos constitucionais entre as ordens estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais, ou seja, é crucial a criação de pontes de transição.

Nos casos jurídicos transterritorializados<sup>10</sup> cada ordem utiliza suas normas e critérios para solucionar o caso, conseqüentemente, surgem colisões, é por isso que as pontes de

<sup>10</sup> Um caso relevante de transconstitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal é o caso entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as ordens constitucionais dos possíveis Estados que a ratificaram. Assim, discorre Neves (2009, p. 144-179): “Um caso interessante diz respeito à colisão entre o art. 7º, nº 7, inciso LXVII, da Constituição brasileira. Enquanto essa disposição permite a prisão civil do depositário infiel, o dispositivo da Convenção a proíbe. No julgamento do RE 466.343/SP, do RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 3 de dezembro de 2008, por maioria, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, quando não aprovados nos termos procedimentais do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, têm uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. [...] o argumento em favor da validade supralegal e infralegal da Convenção ratificada serve a uma decisão no sentido de que a Constituição apenas admitiu a prisão do depositário infiel, então, o direito infraconstitucional poderia decidir livremente a respeito da permissão ou proibição e, nessa hipótese, o pacto internacional teria primazia sobre o Código Civil brasileiro. Só a manutenção da orientação dominante anteriormente na tradição jurídica brasileira, ou seja, a concepção de que os atos internacionais ratificados têm o nível de validade de uma lei ordinária, poderia levar a um conflito insuperável entre o STF e o CIDH, pois o Código Civil brasileiro entrou em vigor após a ratificação do tratado e, nesse caso, prevaleceria a máxima *lex posterior derogat priori*. [...], mas, há experiência no sentido inverso, nas quais a norma internacional de proteção dos direitos humanos a ser invocada pode apresentar-se como restrição de direitos fundamentais da Constituição estatal. Esse é o caso da colisão entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional em 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil, mediante o Decreto Legislativo nº 112, de 2002. Enquanto o art. 77, nº 1, alínea b, do Estatuto de Roma prevê a prisão perpétua



transição são primordiais, desse modo, a cooperação entre as diversas ordens exige um aprendizado recíproco. O método do transconstitucionalismo é dinâmico, e na emergência de um novo caso a ordem jurídica deve contribuir para o intercâmbio de aprendizado com a ordem concorrente, e não destruir ou bloquear a outra norma para possibilitar uma solução adequada.

Quando uma ordem não aceita respeitar a liberdade da outra, não há interação e forma-se um bloqueio recíproco, diante disso, Silva e Serrano (2017, p. 52), observam que nas ordens “confrontadas com problemas comuns, principalmente quando essas adversidades têm natureza jurídico-constitucional, privilegia-se a alteridade, a qual significa busca constante de rearticular a identidade em face de outro”. O método transconstitucional busca a reconstrução constante da identidade constitucional capaz de equilibrar a alteridade.

O transconstitucionalismo não se concentra na identidade de uma única constituição, fundamenta Neves (2009, p. 272):

Ordens jurídicas isoladas, são evidentemente levadas, especialmente mediante seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente. Mas, se elas estão confrontadas com problemas comuns, especialmente quando esses são de natureza jurídico-constitucional, impõe-se que seja considerada a alteridade. Caso contrário, a tendência é o bloqueio recíproco. Nesse sentido, é fundamental, no plano da construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável à reconstrução permanente da “identidade constitucional” por força de uma consideração permanente da alteridade. Isso não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos. Evidentemente, permanece uma incerteza de resultados, mas só mediante essa disposição é possível absorver o dissenso originário.

O transconstitucionalismo pretende sanar os problemas jurídico-constitucionais (envolvendo direitos humanos e fundamentais) conforme torna possível a criação de regras e princípios diante do caso concreto. Logo, as diferentes ordens jurídicas presentes na solução

---

[...], essa pena é proibida conforme o art. 5º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição Federal. Embora o art. 5º, §4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tenha estabelecido que o ‘Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, cuja criação tenha manifestado adesão’, a questão permanece problemática, tendo em vista que, de acordo com o art. 60, §4º, inciso IV, do diploma constitucional brasileiro, a vedação de penas de ‘caráter perpétuo’, incluída no catálogo de direitos e garantias individuais, não pode ser abolida enquanto cláusula pétreia. [...] Uma solução unilateral não é adequada nesse caso. De acordo com os casos precedentes, há a tendência na constituição nacional brasileira de exigir uma condição específica para a extradição do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI): ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos. [...] Essa é uma solução intermediária, que, embora não seja inteiramente compatível com o Estatuto de Roma, pode ser suportada pelo Tribunal Penal Internacional em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado”.



do caso devem procurar meios transversais para solucionar os problemas, cada uma delas deve observar a outra para entender seus limites e suas possibilidades de contribuição na solução do problema.

Além disso, na busca pela concretização dos direitos fundamentais sociais é preciso haver uma reconstrução democrática e participativa. O cenário político atual evidencia a crise da democracia representativa, ao destacar a crise de confiança entre representantes e representados, pois o Estado não consegue atender as demandas da população. Esta realidade leva aos fenômenos do ativismo (Poder Judiciário) e do populismo (Poder Executivo), fenômenos que rompem com o papel destes poderes tutelados pela Constituição, sob a justificativa de “proteger” a democracia.

Neste momento, é importante destacar a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, de acordo com Streck (2016, p. 47-48), a judicialização “[...] é uma contingência do tipo de constituição e da realidade social que estamos inseridos”, por outro lado, o ativismo “apresenta-se com uma anomalia que sob o pretexto de concretizar direitos ultrapassa os limites do direito e também se arvora em competências dos demais poderes”.

Portanto, a judicialização surge devido a não efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. É preciso reconhecer a judicialização da política como um fenômeno importante na atual realidade social, para garantir o mínimo dos direitos fundamentais aos cidadãos. No Brasil, a judicialização, portanto, decorre das necessidades da sociedade que encontra no Poder Judiciário uma alternativa para garantir seus direitos e interesses. Destarte, os poderes Legislativo e Executivo formulam as políticas públicas, quando da omissão do poder público em instituí-las o judiciário possui legitimidade de se pronunciar.

A Constituição de 1988, símbolo da redemocratização e reconstitucionalização brasileira, amplia o rol de direitos civis, políticos, sociais, culturais. Sobre o assunto, discorre Santos (2011, p. 14):

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de serem cumpridos os direitos e garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transforma-se num motivo de procura dos tribunais. Acresce o fato de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições das quais se podem lançar mão para invocar os tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para proposição de ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interporem ações em nome



de seus associados, a consagração da autonomia do ministério público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça.

As pessoas, tendo consciência dos seus direitos, ao se depararem com a ineficiência do Estado em atender suas necessidades, recorrem ao judiciário para exigir sua efetivação e isso gera o quadro atual da crise democrática representativa. Nesse sentido, Ribeiro e Scalabrin (2009, p. 59) defendem que “[...]a democracia participativa é a verdadeira democracia do Terceiro Milênio, onde o adjetivo participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção da (re)qualificação do povo, para além de mero ícone, [...]”, o povo deixa de ser apenas o espectador e se converte na figura principal.

Os problemas enfrentados pelo Estado Liberal, fruto da Revolução Francesa, motivaram sua substituição, na segunda metade do século XX, pelo Estado Social, um modelo intervencionista de Estado, surge, assim, a justiça social e amplia-se os poderes políticos individuais, consequentemente, o Estado social estaria mais apto a materializar os valores democráticos e as demandas da sociedade.

Teoricamente, a participação do cidadão deveria ter aumentado com o advento do Estado Social, no entanto, o cenário político atual demonstra precisamente o contrário, poucas são as pessoas que se sentem representadas pelo Estado. A cidadania não deve ser exercida de modo periódico, apenas durante o período eleitoral, e, sim durante todo processo de formulação e implementação das políticas públicas.

Os sistemas representativos vigentes estão em crise em toda a sociedade global, nos países em desenvolvimento, como o Brasil, este fenômeno se prolifera cada vez mais, como verifica Bonavides (2001, p. 223): “[...] as casas legislativas, os tribunais, os palácios do Poder executivo enfrentam, perante o regime representativo, a sua pior crise de legitimidade”, ocorre a desmoralização do governo e o enfraquecimento dos valores.

Destarte, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, na realidade da globalização e da desterritorialização do poder, depende de uma maior participação popular no âmbito das políticas públicas, a utilização do transconstitucionalismo, como método de solução de problemas envolvendo direitos fundamentais, ajudam a atender as demandas populares de modo mais eficiente, ao possibilitar o diálogo e o aprendizado recíproco entre ordens jurídicas diversas.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transconstitucionalismo, ao ser proposto como método de solução dos conflitos, é capaz de alcançar resultados relevantes. Nessa perspectiva, as ordens jurídicas, submetidas a um mesmo código binário de lícito/ilícito, possuem normas e critérios diferentes, entretanto, não existe hierarquia entre as diferentes ordens.

As ordens devem estar sempre em comunicação, de modo que não aconteça a imposição da interpretação feita por uma ordem sobre outra. Na sociedade moderna global, com as relações transterritoriais, surgem casos-problemas jurídico-constitucionais concomitantemente importantes para ordens jurídicas heterogêneas.

No contexto brasileiro, por diversas razões políticas e econômicas, os direitos fundamentais sociais não se materializam efetivamente, por conseguinte, destaca-se a importância da participação popular na democracia em um Estado Social. Assim, é preciso haver uma relação transnacional e participativa na proteção dos direitos fundamentais, para assegurar sua realização a todas as camadas da sociedade.

O Estado não pode se eximir de cumprir os direitos fundamentais sociais ao alegar a discricionariedade administrativa, por outro lado, não é possível negar a limitação representada pela reserva do possível na execução de tais direitos. Deve-se buscar a materialização dos direitos sociais dentro os limites fática e juridicamente possíveis. A sociedade multicêntrica contemporânea exige uma interpretação transconstitucional, desterritorializada, sem sobreposição de uma norma de determinada ordem a outra norma proveniente de ordem diversa, dos direitos fundamentais para que seja possível oferecer uma vida digna a todos os cidadãos.

Portanto, é preciso estabelecer um diálogo entre as ordens jurídicas, capaz de respeitar as normas da outra, e que privilegie a proteção dos direitos fundamentais não apenas em um território específico, mas além dele.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 15, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273834/RS. Recorrente: Município de Porto Alegre, Laura Antunes de Mattos, Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: PGE/RS – Yassadara Camazzato, Cristiane Carneiro Bortolaz, Rodrigo Mizunski Peres e outros. Relator: Min. Celso de Mello, 23/08/2000. Data da publicação: 18/09/2000.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIA, Daniela Lopes de; ITO, Christian Norimitsu; COSTA, Inês Moreira da. Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 96-113, jan./jul. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v6i1.3780>. Acesso em: 13 mar. 2022.



FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. *RAE- Revista de Administração de Empresas*, v. 40, n. 2, p. 38-50, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-75902000000200005>. Acesso em: 13 mar. 2022.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 33, p. 103-129, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i0.1801>. Acesso em: 20 mar. 2022.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.104>. Acesso em: 28 mar. 2022.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, Inc, 2000.

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

LIMBERGER, Têmis. Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Sousa. (orgs.). *Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. *E-book*.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book*.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, dez. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>. Acesso em: 5 abr. 2022.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.



- NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- PÉREZ, Jesús González. La dignidad de la persona y el derecho administrativo. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v7i29.344>. Acesso em: 10 abr. 2022.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.
- RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*, Belo Horizonte, n. 65, p. 1-264, jan./mar. 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. *E-book*.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: EDIPRO, 2018.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 8ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SILVA, Juvêncio Borges; SERRANO, Elis Betete. O transconstitucionalismo como método propulsor da concreção dos direitos coletivos na sociedade multicêntrica. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v. 3, n. 1, p. 39-59, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-012X/2017.v3i1.1965>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Sousa. (org.). *Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.



WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.