

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

FERNANDO DE BRITO ALVES

ANDRE STUDART LEITAO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andre Studart Leitao; Antonio Celso Baeta Minhoto; Fernando de Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-144-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O GT II recebeu os trabalhos abaixo listados, seguindo-se pequena ementa-resumo de cada uma das respectivas apresentações:

1. UMA ANÁLISE DA RECEPÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – Nathália Soares Corrêa. Adotou-se a estrutura de Robert Alexy para verificar a aplicação da proporcionalidade no julgamento dos DDHH e DDFF pelo STF. A teoria de Alexy não vem sendo bem aplicada pelo STF.

2. JUSTIÇA SOCIAL NO COMBATE À DESIGUALDADE NO BRASIL: OS DESAFIOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA – Wagner Casagrande. A partir de Piketty, o autor estudou a concentração de renda e a desigualdade na tributação, em desfavor dos mais pobres. Deveria haver um aumento de impostos sobre vendas de produtos revertidos para a educação pública.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL – Heloisa Sami Daou. Histórico dos direitos sociais; não basta a CF prever esses direitos. Políticas públicas são fundamentais para concretizar esses direitos sociais.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DE CASAS-ABRIGO – Caroline Fockink Ritt, Eduardo Ritt. Analisou o aumento da violência contra a mulher na pandemia. Há uma deficiência no atendimento de mulheres vulneráveis em casas-abrigo.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À MORADIA: O DIREITO REAL DE LAJE EM TELA – Murilo Leone Casadei, Plínio Antônio Britto Gentil, Fernando Passos - NÃO HOUVE APRESENTAÇÃO.

6. ORÇAMENTO DE GUERRA: REFLEXÃO SOB A PERSPECTIVA DE INCLUSÃO SOCIAL – Ilton Garcia Da Costa, Ronaldo Sergio Duarte. Há uma grande desigualdade social em nível global e no Brasil não é diferente. Há uma responsabilidade fiscal a ser atendida, mas, numa pandemia, isso precisa ser contextualizado.

7. O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO À LUZ DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL – Jacqueline Taís Menezes Paez Cury, Lucas Gonçalves da Silva. O direito ao desenvolvimento deveria ser um DH, mas não é expresso em nenhum documento internacional. Decorre de uma cooperação entre os países para que haja transferência de recursos tecnológicos e financeiros entre esses países.

8. O PROCESSO ESTRUTURAL E A DECISÃO ESTRUTURANTE: APLICABILIDADE NAS DEMANDAS COMPLEXAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE – Fernando da Silva Luque. O Estado deve assegurar o direito à saúde. Processo estrutural traz uma nova configuração ao processo civil, com um juiz mais atuante e uma estrutura processual mais flexível. O processo precisa ser mais interativo.

9. O USO DA TECNOLOGIA NO DIREITO COMO FATOR DE INCLUSÃO FACE À PANDEMIA – Fátima de Paula Ferreira, Fernando Palma Pimenta Furlan, Kádyan de Paula Gonzaga e Castro. Os direitos e garantias fundamentais como busca da justiça social. A contrariedade surge na democracia, quando uma maioria, exercendo o poder, impõe um modelo de valores às minorias.

10. IMPACTO EFETIVO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS NA PERSPECTIVA DE ACESSO A DIREITOS – Pedro Luis Menti Sanchez, Alexandre Gil de Mello. Nas políticas públicas há uma ideia de ciclos de composição: identificação; inserção dos temas na agenda; formulação; medidas legais; implementação.

11. INCENTIVOS FISCAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE: ICMS ECOLÓGICO – Marcelo Nogueira, Plínio Antônio Britto Gentil, Carla Abrantkoski Rister. ICMS ecológico nasceu para compensar os municípios, tal com disposto na lei 8510. Em 2019, foram repassados \$ 150 MM a 186 em SP. É um incentivo para preservar o meio-ambiente.

12. AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO E DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS METODOLÓGICOS APLICÁVEIS AO PROCESSO LEGISLATIVO - Robert Bonifácio da Silva, Lucas Cavalcanti Velasco, Victor Hugo Gomes Lopes. Pesquisa busca situar o processo legislativo na formulação de políticas públicas. "Elementos de racionalidade legislativa": busca de uma maior consistência na formulação de políticas públicas.

13. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO: O CASO DA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL DO INSTITUTO FEDERAL SUL-RIO-GRANDENSE – Laerte Radtke Karnopp. Direito à educação e o acesso dos mais vulneráveis. A pesquisa adota as ideias de Paulo Freire como fio condutor da formação de autonomia humana pela educação.

14. A RETOMADA DAS AULAS PRESENCIAIS DURANTE A PANDEMIA E O DIREITO À EDUCAÇÃO NA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES – Alexandre Gil de Mello, Vivianne Rigoldi, Pedro Luis Menti Sanchez. Duas questões: exercício do direito à educação está acima dos demais? Pode-se afirmar que há colisão de direitos para crianças e adolescentes?

15. POLÍTICA PÚBLICA EMERGENCIAL E O NOVO MECANISMO TRANSDISCIPLINAR – Arianne Brito Cal Athias, Jessica Rabelo Barbosa. Políticas públicas numa nova dinâmica de tomada de decisões, efetivação de políticas públicas de modo mais racional e econômico (NUDGES).

16. A NECESSÁRIA ATUAÇÃO CONJUNTA DOS ENTES FEDERADOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA – Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão, Michelle Lucas Cardoso Balbino. É preciso conhecer bem o objeto a ser tratado, a pandemia. Há divergências entre união e estados no tratamento da pandemia, isso gera confusão na gestão do problema.

17. A CRISE NA SAÚDE GLOBAL E OS DILEMAS ÉTICOS/MORAIS EVIDENCIADOS PELA COVID-19: A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA A SEGURANÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA – Natalie Maria de Oliveira de Almeida, Felipe Costa Camarão, Edith Maria Barbosa Ramos. Dilemas envolvendo a saúde, com opções entre garantia do acesso à saúde e universalizar esse acesso. "Dilema do Bonde" de Michael Sandel.

Prof. Dr. Andre Studart Leitao

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram

selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UMA ANÁLISE DA RECEPÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

AN ANALYSIS ON THE RECEPTION OF THE PROPORTIONALITY TEST BY THE FEDERAL SUPREME COURT ACCORDING TO THE SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

Nathália Soares Corrêa

Resumo

O presente estudo analisa o papel do STF quando da recepção do teste da proporcionalidade à luz dos direitos fundamentais sociais. A presente pesquisa, adotou a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Embora seja amplamente difundido na doutrina, o teste da proporcionalidade ainda não encontra terreno seguro nos tribunais brasileiros. A esse efeito são apresentados os aspectos introdutórios do teste da proporcionalidade e seus subtestes. Após, a relação dos direitos fundamentais sociais e a proporcionalidade. Por fim, são apresentadas decisões emitidas pelo STF na aplicação do teste da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, Teste da proporcionalidade, Ponderação, Supremo tribunal federal, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper analyzes the role of the STF in the reception of the proportionality test according to the social fundamental rights. This research, the hypothetico-deductive methodology and the technique of bibliographic and jurisprudential research were adopted. Even though widely spread in the doctrine, the proportionality test, has not yet found safe ground in Brazilian courts. To this effect, firstly, it will be shown some introductory aspects of the proportionality test. Later, it is presented the relation of social fundamental rights and the proportionality. Lastly, some decisions enacted by the STF are presented in the application of proportionality test.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social fundamental rights, Proportionality test, Balancing, Federal supreme court, Human dignity

1 INTRODUÇÃO

O teste da proporcionalidade, embora amplamente difundido na doutrina, ainda encontra barreiras e divergências quando da recepção pelos tribunais brasileiros. Com a Suprema Corte brasileira não é diferente. Diante disso, pergunta-se, como o teste da proporcionalidade vem sendo recepcionado no âmbito do Supremo Tribunal Federal à luz dos direitos fundamentais sociais, e quais os princípios prevalecem quando há colisão de direitos fundamentais e a técnica precisa ser utilizada.

O ponto de partida para encontrar as respostas, são os aspectos introdutórios do teste da proporcionalidade. No presente estudo, adotando-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foram percorridas conceituações e caracterizações do teste da proporcionalidade, bem como, abordados os subtestes (ou subprincípios) que compõem o todo, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu* (ponderação).

Após, estabeleceu-se a relação entre o teste da proporcionalidade e os direitos fundamentais sociais – objeto da presente análise. Desta relação, pode ser destacado as ideias de Alexy para melhor entendimento da conceituação de direitos fundamentais sociais (prestacionais) que são a “*ideia-chave objetiva*” e “*ideia-chave substantiva*”, bem como estas ideias-chave implicam em direitos humanos e dignidade humana.

E por fim, adentrou-se no objeto do presente estudo, a análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para que possa ser clareado o questionamento acerca do sopesamento de princípios nesse Tribunal. Conclui-se, da presente análise, que o teste da proporcionalidade foi sim recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal – porém com uma certa inadequação – o que pode vir, inclusive, a tornar-se um elemento estratégico operacional quando a referência for a discricionariedade administrativa.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

O teste da proporcionalidade – tratado por alguns autores como princípio e por outros como preceito da proporcionalidade – ocupa uma posição de evidência no Direito Constitucional contemporâneo. É possível que se diga, inclusive, que o teste da proporcionalidade atingiu o nível de máxima importância quando falamos em hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites imanentes e colisão de direitos fundamentais (STEINMETZ, 2001, p. 140).

Acerca da conceituação do teste, Maliska (2015, p. 269) destaca que:

A proporcionalidade é um conceito que está vinculado à compreensão pós positivista do direito, na qual os princípios tomam a forma de normas jurídicas. Igualmente se relaciona com a ideia de que a Constituição possui força normativa, ou seja, que a Constituição é formada por normas jurídicas. [...] a proporcionalidade vincula-se estritamente com a noção de princípios como mandados de otimização.

Segundo Alexy (ALEXY *apud* MALISKA, 2015, p. 269):

[...] há uma conexão tão estreita quanto possível entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade, pois o caráter principiológico está implícito no princípio da proporcionalidade e este está implícito naquele. Dizer que o caráter principiológico está implícito no princípio da proporcionalidade significa entender que o princípio da proporcionalidade com seus três subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito são uma dedução lógica do caráter principiológico.

Ainda segundo Alexy, as disposições de direitos fundamentais se caracterizam por regularem – de forma vaga – questões extremamente discutidas da estrutura normativa básica de Estado e da sociedade, como exemplo, os casos dos direitos a dignidade, a igualdade e a liberdade. Deste modo, essa vagueza exige que haja uma espécie normativa que permita o reconhecimento do caráter normativo e de justiça dos direitos fundamentais, sempre levando em consideração as colisões existentes entre si. (ALEXY *apud* LEIVAS, 2006, 48-49).

É importante ressaltar que a origem do teste da proporcionalidade não é recente, teve seu surgimento no direito administrativo de polícia da Prússia¹, em meados do século XIX, estendendo-se posteriormente a todo o direito administrativo e, por fim, para o direito público (GONZALES-CUELLAR SERRANO *apud* STEINMETZ, 2001, p. 145).

Não obstante é o fato de que além do reconhecimento pelo direito administrativo – conforme já descrito – até a primeira metade do século passado, o teste da proporcionalidade carecia de um fundamento dogmático claro, possuindo, portanto, uma precisão mais adequada após o período do pós-guerra em razão da doutrina e jurisprudência alemãs (STEINMETZ, 2001, p. 140), cabendo destacar neste momento o caso Lüth².

¹ Bernal Pulido (2014, p. 59) destaca: “[...] a partir de su consolidación en Derecho prussiano de Policía, el principio de proporcionalidad ha conocido una incesante expansión em Derecho Publico europeo, que lo ha llevado a convertirse en un critério ineludible para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales e comunitarios.”

² Embora existam, anteriormente ao caso Lüth, outros dois casos pontuados pela doutrina como primeiras decisões onde a proporcionalidade teria sido usada, a decisão do caso em questão tornou-se o marco para a doutrina horizontal dos direitos fundamentais e da ponderação. Acerca do referido caso, Fausto Santos de Moraes (2018, p. 98-99) descreve: “Em 15 de janeiro de 1958 o Tribunal Federal Constitucional Alemão proferiu decisão sobre o

O teste da proporcionalidade, no direito constitucional alemão, logra um status de norma constitucional não escrita (MENDES *apud* MALISKA, 2015, p. 273). Acontece que no quadro jurídico da Alemanha, o critério de avaliação da intervenção do legislador quanto a legitimidade jurídica das normas deriva do Tribunal Constitucional daquele país, que conseguiu extrair da ordem constitucional o princípio que vem a controlar o excesso legislativo, bem como manter livre de contestação o poder do parlamento para conformar e atualizar o texto constitucional (BARROS *apud* MALISKA, 2015, p. 274).

Embora há algum tempo o teste da proporcionalidade seja objeto de investigação de juristas, tanto no âmbito da dogmática jurídica quanto da teoria do direito, a formulação de uma definição não é considerada uma tarefa simples, primeiramente pela complexidade que tal definição apresenta e segundo pelas várias oscilações terminológicas e imprecisões conceituas que vimos serem apresentadas pela doutrina (STEINMETZ, 2001, p. 145).

Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 146) salienta que o primeiro passo para que haja a compreensão correta do teste da proporcionalidade é a identificação e análise de seus elementos estruturais. Alguns doutrinadores entendem e conceituam esses elementos estruturais como subtestes da proporcionalidade (neste estudo trataremos como subtestes), outros como princípios parciais e, também como subprincípios.

O que interessa é que essa decomposição tornou praticável a compreensão e aplicação do teste, conferindo densidade concretizadora a algo, que a primeira vista, pode parecer impreciso ou indeterminado (STEINMETZ, 2001, p. 147).

Carlos Bernal Pulido (2014, p. 165) destaca que a estrutura do teste da proporcionalidade decompõe-se em cinco características, que após derivarão nos subtestes:

Los cinco pasos son los siguientes: a. La adscripción *prima facie* de una norma de derecho fundamental, y su posición iusfundamental respectiva, a una disposición de derecho fundamental; b. La verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante; c. El examen de idoneidad de la ley; d. El examen de necesidad de la ley, y e. El examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley. De estos cinco pasos, los dos primeros son presupuestos de la aplicación del principio de

caso Luth (BVerfGE 7, 198). [...] Numa reclamação direcionada ao Tribunal Federal Constitucional se postulava a reforma das decisões que condenaram Erich Lüth a uma prestação negativa (deixar de fazer boicote ao filme Veit Harlan, cineasta que lançou em 1941 o filme “Jud Süb” que incitava a violência praticada contra o povo judeu). O fundamento teria sido o § 826 BGB. Lüth alegava que as decisões infringiam o seu direito à liberdade de expressão do pensamento, garantido pelo texto constitucional. O Tribunal Federal Constitucional alemão entendeu que a referência “aos bons costumes” deveria ser lida mediante o sopesamento frente ao direito de liberdade de expressão do pensamento. Portanto, a convocação para o boicote, feita por Lüth, estaria justificada constitucionalmente (DIMOULIS; MARTINS *apud* SANTOS DE MORAIS, 2018). Desse modo, a Lei Fundamental alemã no seu artigo 5º não protegia apenas a expressão da opinião como tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão (SCHWABE *apud* SANTOS DE MORAIS, 2018).

proporcionalidade y los tres últimos son los y a referidos subprincipios que lo componen.

Antes da análise dos subtestes, cabe ser ressaltado a ideia frisada por Steinmetz (2001, p. 149):

[...] o princípio da proporcionalidade, em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessivo, não-arbitrário. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.

Partindo, efetivamente, a análise dos subtestes, o primeiro a ser discorrido será o da adequação. O referido subteste ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva do direito fundamental, oportuniza o alcance da finalidade perseguida (STEINMETZ, 2001, p. 149).

Também conhecido como subteste da idoneidade, este subteste impõe, segundo Pulido (2014, p. 166), duas exigências fundamentais: a primeira que o objeto de análise tenha um fim constitucionalmente legítimo; e a segunda que o objeto de análise possua caráter idôneo para fomentar sua obtenção. Trata-se, portanto, de investigar se a medida é apta, útil, idônea e apropriada para obtenção do fim perseguido (STEINMETZ, 2001, p.150).

É sabido que esta ideia de idoneidade, segundo a análise da proporcionalidade, possui duas formulações: uma negativa e uma positiva. A partir da investigação pelo Tribunal Constitucional Federal alemão é possível extrair que para a formulação negativa, uma medida é considerada não-idônea se o for completamente (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO *apud* STEINMETZ, 2001, p. 151). Significa, portanto, que não há um único meio idôneo, mas que podem haver vários meios para se atingir a finalidade pretendida. Não sendo dito qual meio idôneo deve prevalecer, pois não há uma suposição de um meio superior a outro neste aspecto. Por sua vez, a formulação positiva diz que um meio é considerado adequado quando é possível que se alcance o resultado primordialmente almejado (STEINMETZ, 2001, p. 151).

O próximo subteste a ser abordado será o da necessidade. Para Alexy (ALEXY, 2011, p. 119-120 *apud* GAVIÃO FILHO; BACK, 2018, p. 75) a análise da necessidade deve levar em conta, no sopesamento dos princípios, aquele que afeta em menor grau a sua promoção. Isto

é, o objetivo do princípio não poderá ser realizado por uma medida menos gravosa, podendo dizer, a partir desta análise, que a medida solucionada é, então, necessária.

Acerca destes dois princípios já relatados, Robert Alexy (ALEXY, 2015, p. 19) diz:

Os princípios da adequação e necessidade referem-se às possibilidades fáticas da otimização relativa. A otimização em relação às possibilidades fáticas consiste em evitar sacrifícios evitáveis. Os sacrifícios, no entanto, são inevitáveis quando os princípios colidem entre si. Ponderá-los, portanto, se torna indispensável.

Por fim, o último subtteste a ser abordado será o da ponderação (ou proporcionalidade *strictu sensu*). Acerca deste subtteste, pode-se dizer que o mesmo pressupõe uma análise mais específica da colisão dos princípios, pois é através da ponderação que – no caso concreto – poderá se verificar qual o grau de afetação de um princípio em detrimento de outro. A argumentação que será utilizada nesta análise será justificadora da relação de preferência entre os princípios (GAVIÃO FILHO; BACK, 2018, p. 76).

Conforme já visto, o estudo do teste da proporcionalidade é bastante complexo, não cabendo – neste trabalho – o esgotamento do tema. Importante destacar, que a teoria desenvolvida por Robert Alexy, foi desenvolvida e pensada para o sistema em que o autor estava inserido, qual seja, da Alemanha (GAVIÃO FILHO; BACK, 2018, p. 76), portanto é possível notar algumas particularidades quando da aplicação da doutrina em outros países.

O exemplo brasileiro é bastante significativo quanto essas particularidades de aplicação, visto que no nosso país, a ponderação é tratada de forma bem diferente daquela proposta por Alexy, havendo divergências consideráveis em sua conceituação³ (GAVIÃO FILHO; BACK, 2018, p. 77). Embora seja amplamente difundida na comunidade jurídica e acadêmica, é possível notar – conforme já relatado – definir os limites deste tema. Alguns autores veem a ponderação como método, outros como uma forma de aplicação de princípios e, também como uma técnica para casos difíceis e elementos indispensáveis ao discurso (GAVIÃO FILHO; BACK, 2018, p. 78).

³ Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 148) destaca, acerca das imprecisões conceituais que: “o caso brasileiro é bastante elucidativo. [...] no Brasil, não está resolvido se o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade se referem a uma mesma coisa ou se, ao contrário, não se identificam; ora o princípio da proporcionalidade é entendido como princípio, ora como postulado normativo aplicativo; inúmeros e diferentes são os fundamentos normativos apresentados; e, para coroar essa falta de unidade conceitual, diversos são os significados atribuídos pela jurisprudência do STF ao princípio da proporcionalidade.”

Apesar de haver disfunções terminológicas e muitas críticas⁴ acerca da ponderação é importante destacar que há – na doutrina brasileira – grandes defensores do tema, e um deles é Anizio Pires Gavião Filho (2011, p. 260), que pontua:

A ponderação é passível de racionalidade se for levada efetivamente a sério. O ponderar exige o conhecimento de todos os seus passos e o cumprimento de todas as suas exigências. Uma decisão judicial fundamentada na ponderação somente irá descansar em uma justificação racional se explicitar todos os passos e cumprir todas as exigências colocadas para a racionalidade da ponderação mesma.

No mesmo sentido, Gavião Filho e Back (2018, p. 78), destacam que é possível dizer “que existe uma distância significativa entre a teoria da ponderação de Robert Alexy daquelas tratadas pelos doutrinadores brasileiros. Essa diferença é ainda maior quando se analisa a – incorreta? – aplicação da ponderação na prática judicial.”

Por fim, conforme já dito, não pretendeu-se esgotar o tema da proporcionalidade com essa breve explicação. No entanto, serve de embasamento para o prosseguimento do estudo, onde, na sequência, será abordado a relação do teste da proporcionalidade e os direitos fundamentais sociais.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Neste ponto do presente estudo será apresentada a estrutura e as demais características dos direitos fundamentais sociais e a relação existente quando da aplicação do teste da proporcionalidade. Robert Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* discorre de forma clara argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais, bem como sua conceituação e estruturação. A referida obra será utilizada como norte do presente capítulo, trazendo – quando necessário – demais esclarecimentos doutrinários, de forma a situar a discussão em nossa realidade fática.

No sentido de apresentar uma conceituação acerca dos direitos fundamentais sociais, o que vem à tona, primeiramente, é a ideia de serem direitos a ações positivas. Segundo Paulo Gilberto Cogo Leivas, uma ação positiva pressupõe a uma mudança do *status quo*, enquanto a

⁴ Acerca das críticas, destaca-se a de Jürgen Habermas, que afirma não existirem critérios racionais para ponderação, tornando-se, portanto, irrefletida ou arbitrária, seguindo apenas padrões de costume e ordens de precedência (HABERMAS, *apud* GAVIÃO FILHO, 2011, p. 251).

omissão significa uma não mudança de uma situação ou processos na realidade, embora fosse possível a referida mudança (LEIVAS, 2006, 87).

É importante salientar que nem todos os direitos a ações positivas podem ser considerados direitos fundamentais sociais, segundo Leivas (2006, p. 87) “estes formam uma das espécies de direitos fundamentais prestacionais em sentido amplo, que compreendem direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos fundamentais sociais”.

Para Robert Alexy, quando falamos de direitos fundamentais sociais, por exemplo, direito a saúde, ao trabalho, a moradia e a educação, se quer, primeiramente, que seja entendido a menção feita a direitos de prestação em sentido estrito. Estes, são aqueles direitos do indivíduo em face do Estado, que também poderiam ser obtidos de particulares, se eles dispusessem de recursos financeiros suficientes ou se houvesse uma oferta suficiente no mercado (ALEXY, 2017, p. 499).

O mesmo autor destaca que na Alemanha, a Constituição possui apenas um no rol direitos fundamentais sociais descritos expressamente, mesmo assim, naquele país, é discutido com veemência o tema. Diante disso, pontua ser necessário uma diferenciação entre direitos a prestações previstos expressamente nos textos constitucionais, daqueles direitos atribuídos por meio de interpretação. Ressalta (2017, p. 499) “às vezes a expressão “direitos fundamentais sociais” é reservada aos primeiros, enquanto os últimos são denominados como “direitos fundamentais a prestações” ou “interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade⁵”.

Para Alexy, o modelo de direitos fundamentais sociais é aquilo que o autor denomina de “*ideia-chave formal*” dos direitos fundamentais. Segundo esta ideia:

Aquilo que deve ser decidido em conformidade com o processo democrático e aquilo que é decidido pela Constituição, vale dizer, aquilo que deve ser decidido mediante o conteúdo da Constituição e, em última instância, pela alternativa à jurisdição constitucional, depende do grau de importância de cada posição (ALEXY, 2015, p. 166).

A partir desta ideia surge o questionamento de quais critérios definirão a importância? Alexy discorre, então, que a ideia formal deve vir associada a uma concepção substantiva, a “*ideia chave-substantiva*”. Essa dupla natureza não contesta que os direitos fundamentais sejam direito positivo a nível constitucional. Entretanto, sustenta que apenas isso não se torna

⁵ Diferentemente é o caso do Brasil, onde os direitos fundamentais sociais estão elencados de forma expressa no texto constitucional, o que poderia vir a ser desnecessário uma investigação acerca da possibilidade de serem associados, em sua interpretação, em dois “blocos”: direitos fundamentais sociais não previstos no texto constitucional e direitos fundamentais expressos no texto constitucional (LEIVAS, 2006).

suficiente para explicar a natureza desses direitos, visto que o caráter positivista é apenas o lado fático dos direitos fundamentais e para além desse, existe também sua dimensão ideal (ALEXY, 2015, p. 166-167). Sustenta ainda que:

A razão para isso é que os direitos fundamentais são os direitos gravados intencionalmente em uma constituição, com o intuito de transformar os direitos humanos em direito positivo – a intenção, em outras palavras, é de positivizar direitos humanos (ALEXY, 2015, p. 168 *apud* ALEXY, 2006, p. 15-29). [...] Direitos humanos, então, são: primeiro, direitos morais; segundo, direitos universais; terceiro, direitos fundamentais; quarto, direitos abstratos; quinto, direitos omni-prevalentes, dotados de prevalência sobre todas as demais normas. Neste particular, apenas uma dessas cinco propriedades definidoras dos direitos humanos interessa: o seu caráter moral (ALEXY, 2015, p. 168).

É possível, portanto, neste contexto, entender que os direitos humanos com caráter moral, pertencem a dimensão ideal do direito. E é sobre essa dimensão ideal que se encontra a ideia de dignidade humana, dignidade esta que justifica o direito a um mínimo existencial (ALEXY, 2015, p. 168). Segundo Alexy, o conceito de dignidade humana apresenta-se intimamente ligado ao de direitos humanos, visto que a dignidade humana implica direitos humanos. É a partir desta ótica que a dignidade humana pode ser entendida como “*ideia-chave substantiva*” (ALEXY, 2015, 169-170).

Segundo Daniel Sarmiento, o princípio da dignidade da pessoa humana é um importante fundamento da ordem jurídica e da comunidade política, haja vista sua importância e seu âmbito de incidência. Dotado de inequívoca eficácia horizontal, o referido princípio é utilizado quando o Estado tem o dever de proteger a dignidade humana de pessoas diante de ameaças que provenham de atores privados, razão pela qual é mais do que legítima a imposição de restrições estatais a direitos, voltadas à salvaguarda da dignidade humana de terceiros, destacando que “quando o exercício de um direito conflita com a dignidade humana de um terceiro – o que, no mais das vezes, envolve a tensão entre dois direitos fundamentais diferentes, ambos com algum conteúdo de dignidade – deve-se recorrer à ponderação de interesses para a solução da colisão (SARMENTO, 2019, p. 83). E mais, dentro da arquitetura constitucional, o papel da dignidade humana é o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. É considerado um princípio que dá valor, unidade e coerência ao conjunto de direitos fundamentais. Em síntese, pode-se dizer que os direitos fundamentais são a primeira e mais importante forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e que este princípio se apresenta como uma possibilidade fática e, ao mesmo tempo, como ideia normativa (SILVA; MASSON, 2015, p. 192).

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana espelha o progressivo e crescente reconhecimento do ser humano como centro e finalidade da existência e, por conseguinte, própria razão do direito. Entende-se, portanto, que não basta que o Estado busque garantir a vida, é necessário que garanta a vida digna ao ser humano (SILVA; MASSON, 2015, p. 180).

É imprescindível destacar na discussão acerca do teste da proporcionalidade que a concretização de direitos fundamentais sociais é, em grande medida, financeiramente significativa, isso quer dizer que devemos levar em conta as possibilidades financeiras do Estado quando da ponderação de direitos fundamentais sociais. Se fossem consideradas tão somente princípios formais, talvez não teria qualquer papel a desempenhar na ponderação, porém, no caso concreto, os direitos sociais possuem uma certa dimensão formal, mas a dimensão substantiva predomina (ALEXY, 2015, p. 175).

Deste modo, as possibilidades financeiras podem ser consideradas como os argumentos mais importantes para a limitação de direitos sociais. Alexy (2015, p. 176) discorre que:

Poder-se-ia dizer muito mais sobre quais princípios substantivos outros podem ser sopesados em uma equação de balanceamento de direitos humanos. Mas os dois princípios fundamentais já estão identificados: o princípio da dignidade humana, ao lado dos direitos fundamentais sociais, e o princípio das possibilidades financeiras, ao lado dos argumentos contrários. Isso é o que nos basta até aqui.

Por fim, cabe destacar a questão do mínimo existencial. A garantia dos direitos fundamentais depende de recursos escassos, o que também vale para a proteção do mínimo existencial. Daniel Sarmiento (2019, p. 229) destaca que:

A escassez obriga o estado, em alguns casos a se confrontar com verdadeiras “escolhas trágicas”, pois, diante da limitação de recursos para atender múltiplas demandas, ele é forçado a eleger prioridades dentre diversas necessidades e exigências legítimas. As escolhas alocativas acabam sendo também desalocativas, pois subtraem “fatias do bolo” dos recursos existentes, mesmo quando isso não seja explicitado.

Diante deste fenômeno, surgiu o conceito de “reserva do possível”. Com surgimento no Tribunal Constitucional Federal alemão, o conceito é amplamente referenciado nos tribunais brasileiros. Este conceito pode ser desdobrado em três componentes, quais sejam, fático, jurídico e razoável⁶, tendo como principal o componente fático, pois decorre da realidade

⁶ A reserva do possível pode ser desdobrada em três componentes: o componente *fático*, que diz respeito à efetiva existência de recursos necessários à satisfação do direito prestacional em jogo; o componente *jurídico*, que se liga

econômica de um ente público para a satisfação de determinado direito (SARMENTO, 2019, p. 231).

Sarmento (2019, p. 232) destaca que ainda que não se reconheça o absoluto caráter inoponível do mínimo existencial à reserva do possível fática

Pode-se afirmar pelo menos a *forte prioridade* das prestações concernentes ao mínimo existencial em relação a todas as demais despesas estatais, suscetíveis inclusive de controle judicial. [...] Daí porque pode-se dizer que, pelo menos em países não miseráveis, como o Brasil, o mínimo existencial deve ser quase sempre assegurado em sede judicial, quando não o seja na esfera da política majoritária.

Por fim, Robert Alexy (2015, p. 178) pontua que “a ponderação, primeiro de tudo e principalmente, entre a dignidade humana e possibilidade financeira é indispensável. Com isso, a necessária relação entre os direitos fundamentais sociais com a ponderação, ou seja, com a análise da proporcionalidade, resta provada.”

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RECEPÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O teste da proporcionalidade tem sido concebido atualmente como referência teórica à aplicação dos Direitos Fundamentais, cabendo destaque a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

É possível perceber, segundo Fausto Santos de Moraes (2018, p. 117) que após a promulgação da Carta Magna de 1988 “o princípio da proporcionalidade vem associado à noção de limites de atuação da legislação no exercício do seu poder regulamentador. Logo, proporcional significaria que o legislador teria atuado dentro dos limites iminentes dos Direitos Fundamentais consagrados no texto Constitucional”.

Acontece que no Brasil, há críticas acerca da falta de uma cultura democrática no campo argumentativo, e até mesmo a existência de uma forte tradição autoritária têm possibilitado o uso – ou até mesmo compreensão – inadequada do teste da proporcionalidade em nossos tribunais. Este uso inadequado acaba lançando mão da proporcionalidade apenas para justificar decisões irracionais, muitas vezes contra leis e precedentes condicionados, desonerando o interprete de um ônus argumentativo mais custoso. E mais, a utilização da proporcionalidade,

à existência de autorização legal – especialmente na lei orçamentária – para a realização de despesa exigida pela efetivação do direito; e a *razoabilidade* da prestação, considerando os recursos existentes e todos os demais encargos que pesam sobre o Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2007 *apud* SARMENTO, 2019, p. 230).

que deveria objetivar a racionalidade e impor pautas argumentativas fortes em relação a direitos fundamentais, acaba sendo manipulada para justificar quaisquer decisões, eliminando – por vezes – os mais básicos sentidos argumentativos por ela proposta (SCHIER, 2015, p. 295).

Desta forma para o presente estudo, serão tomadas como referência, num caráter exemplificativo três decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são elas, a ADI nº 5938 - DF; o RE 642536 – AP e por fim, o RE 581488 – RS.

A primeira, a ADI nº 5938 – DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da expressão *quando apresentar atestado de saúde emitido por medico de confiança da mulher, que recomende o afastamento* do art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo artigo 1º da Lei 13.467/2017.

Aduz o postulante – Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – que a norma em questão violaria dispositivos constitucionais de proteção aos direitos sociais, tais como, proteção a maternidade, a gestante, ao nascituro e ao recém nascido e, também estaria violando a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

A próxima decisão exemplificativa é o Recurso Extraordinário nº 642536 – AP, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, que refere-se, conforme noticiam os autos, a ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, contra o Estado do Amapá, ora recorrido, e contra o Município do Amapá, pleiteando a condenação dos entes públicos em obrigações de fazer que implicassem na adoção de medidas necessárias à melhoria da qualidade do sistema público de saúde local.

E por fim, o RE 581488 – RS, tendo como relator o Ministro Dias Toffoli, trata de Recurso Extraordinário interposto pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul – CREMERS contra acórdão prolatado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No entender do recorrente – CREMERS –, o acórdão proferido pela Corte *a quo* viola o artigo 196 da Constituição Federal na medida em que o direito à saúde, enquanto direito do todos e dever do Estado, não pode sofrer embaraço por parte de autoridade administrativa que resulte em redução de seu âmbito ou em dificuldade de seu acesso.

Das três decisões que foram examinadas e pode-se concluir que o teste da proporcionalidade tem sido recepcionado no âmbito do Supremo Tribunal Federal à luz dos direitos fundamentais sociais, levando em conta o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”. Cabe, portanto, algumas ponderações acerca dessa recepção.

Leal (2017, p. 154) ao fazer análise de decisões referentes a direitos fundamentais sociais no Brasil, principalmente no âmbito das políticas públicas, concluiu que:

A “proibição da proteção insuficiente” tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento para sua intervenção na defesa dos direitos fundamentais. Ele não há utiliza, todavia, como fundamento para a controle jurisdicional de políticas públicas prestacionais ou relativas a direitos sociais, para o que tende a privilegiar o conceito de dignidade humana.

Portanto, neste contexto, segundo a mesma autora (LEAL, 2017) é possível notar que na Corte Suprema do nosso país há uma linha muito nítida de análise que passa pela associação de elementos como “mínimo existencial”, “núcleo essencial dos direitos fundamentais” e “reserva do possível”. É possível inclusive, constatar que quando o “mínimo existencial” está em jogo ele é ponderado com a “reserva do possível”, prevalecendo aquele em detrimento deste, devendo o direito pleiteado ser garantido independentemente da possibilidade orçamentária. Esses esclarecimentos feitos por Mônia Clarissa Hennig Leal aplicam-se em igualdade nas decisões trazidas a este estudo, a título de exemplificação.

De outra sorte, enquanto a ideia de mínimo existencial enumera as condições básicas de um ser humano para uma existência digna, a ideia de reserva do possível apresenta os obstáculos para a execução de políticas públicas em sede de direitos fundamentais sociais (SILVA; MASSON, 2015, p. 205). Além do mais, cabe destacar que o “mínimo existencial” – quando do “aparecimento” da dignidade humana – vem atrelado a ela, independentemente da “reserva do possível”, sendo destacado acerca desse ponto que:

Tal aspecto, apesar de, num primeiro momento parecer atribuir força jurídica à dignidade, conduz, entretanto, a uma certa banalização do conceito, estabelecendo-se assim, um aparente paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que resta fortalecido, ao ser invocado para a garantia do direito de forma desvinculada do orçamento (isto é, sem possibilidade de restrição em virtude da “reserva do possível”), ele acaba sendo enfraquecido ao ser identificado com a noção de “mínimo” (existencial). (LEAL, 2017, p. 155-156)

[...] De qualquer forma, por mais que o “núcleo essencial” configure um “mínimo”, um núcleo intangível, ele se insere em uma lógica na qual prevalecem as noções de “máxima realização possível” e de “mínima restrição necessária (QUEIROZ, 2006, p. 33 *apud* LEAL, 2017, p.157).

Desta análise, resta evidente que o teste da proporcionalidade foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal no sopesamento de princípios em relação aos direitos fundamentais sociais, no entanto, a ausência de adequada justificação é que pode fazer perpetuar tradições autoritárias que se legitimam com referências genéricas ao texto constitucional e ao princípio da proporcionalidade (SCHIER, 2015, p. 295-296).

Isto posto, embora tenha sido constatado uma recepção inadequada da proporcionalidade por nossa Corte Suprema, é preciso reconhecer que o mal uso de uma teoria não a torna imprestável. Desta forma, não se pode criticar um modelo de pensamento porque o leitor o compreendeu de forma inadequada e não consegue manipula-lo adequadamente. Portanto, se no Brasil não são poucos os estudos que apontam que as decisões do Supremo Tribunal Federal – e de outros tribunais – aplicam inadequadamente a proporcionalidade e sequer respeitam os seus próprios precedentes condicionados, não há que se atribuir a causa desta situação ao método, e sim – como já referido – a compreensão e aplicação (SCHIER, 2015, p. 296-297).

CONCLUSÃO

No presente estudo, foi destacado que o teste da proporcionalidade e seus respectivos subtestes surgiram não só para delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais, mas também no sentido do direito de defesa a legislações que, por ventura, violassem o núcleo essencial do direito. A partir disso, buscou-se explicitar, partindo de Robert Alexy, o que consiste o teste da proporcionalidade desenvolvido pelo autor e após caracterizações acerca da proporcionalidade na ordem jurídica brasileira.

Quando da análise das decisões proferidas pela Corte Suprema, restou-se evidente, face ao exposto, um grau elevado de correlação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana. Além disso, o princípio do mínimo existencial vem sendo reconhecido – mesmo que não tenha aparição expressa na Constituição Federal – em um “confronto” direto com o princípio da reserva do possível.

Conclui-se que embora o Supremo Tribunal Federal tenha recepcionado o teste da proporcionalidade, a referida recepção não se utiliza da proposta teórico-metodológica de Robert Alexy, portanto, resta inadequada. Neste sentido há muito que se avançar, já que não se pode admitir que determinados métodos de revisão judicial sejam adaptados com (in)discrionariedade a direitos que comportam diversas diferenças entre si. E mais, é necessário que haja uma construção no sentido de abandonar a concepção *sui generis* adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação a teoria de Alexy, buscando, dessa forma, uma maior aproximação aos ideais democráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1.ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais Sociais e a Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1.ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. El principio da proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 4.ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 581.488/RS**. Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2015. Rel. Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 07 de julho de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 642.536/AP**. Primeira Turma, julgado em 05/02/2013. Rel. Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 07 de julho de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5938/DF**. Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2019. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 07 de julho de 2020.

GAVIÃO FILHO, A. P.; BACK, G. C. . **A ponderação no Código de Processo Civil de 2015**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, v. 1, p. 71-81, 2018.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1.ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1.ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

SANTOS DE MORAIS, Fausto. **Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

SCHIER, Paulo Ricardo. A objeção central ao princípio da proporcionalidade no contexto do constitucionalismo brasileiro. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1.ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: Reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. 1.ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.