XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

CLEULER BARBOSA DAS NEVES

JANAÍNA MACHADO STURZA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 - IMED – Santa Catarina
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 – Goías
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 - Unicuritiba – 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

T314
Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Cleuler Barbosa das Neves
Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-800-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação é resultado do GT N. 28 – Teoria do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico, realizado no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, nos dias 19, 20 e 21 de junho, na Universidade federal de Goiás- UFG.

O presente grupo de trabalho buscou refletir sobre as Teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico, especialmente sob a perspectiva da proposta deste GT – qual seja, direito e ciência jurídica, da teoria da norma jurídica, da teoria da norma e teoria da decisão, teoria do ordenamento jurídico, direito e linguagem, positivismo(s) jurídico(s). Também sob o ponto de vista do paradigma da cientificidade, da falseabilidade, do pragmatismo filosófico e jurídico. Seguindo este cenário, discuti-se as relações entre Direito, Estado e Sociedade: os modelos formalista, sistêmico-operacional e realista. Destaca-se, ainda, o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização, para além do direito como sistema de regras e princípios. A relação entre direito e moral. Discurso jurídico. Judicialização. Ativismo judicial. Decisionismo. Idealismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma e teoria da decisão. Pragmatismo. Discurso jurídico. Decisionismo. Idealismo jurídico.

Nesse sentido, apresentamos os trabalhos que nortearam as discussões deste GT:

A POLARIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS EFEITOS (ANTI) DEMOCRÁTICOS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, de autoria de Mauricio Martins Reis e Catharine Black Lipp João. Analisou os efeitos da polarização política na deliberação coletiva sob os ideais moral e epistêmico da democracia deliberativa. Serão abordadas teorias sobre o comportamento entre grupos sociais e a influência da polarização sobre eles para então serem examinados os pressupostos da democracia deliberativa e a sua prática na dinâmica do Tribunal do Júri. A abordagem é desenvolvida a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria júnior. Tratou sobre a separação clássica de poderes, que criou um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade da judicialização

da política e dos diálogos institucionais no Estado Democrático de Direito com escopo de assegurar os direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A metodologia utilizada será a teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, afim de demonstrar que a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes, bem como, que a teoria dos diálogos institucionais assegura tal tripartição.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Taysa Pacca Ferraz De Camargo. A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LINGUAGEM JURÍDICO PENAL: OS LIMITES SEMÂNTICOS E JURÍDICOS ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO, de autoria de Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes. Este artigo se propõe a analisar a discricionariedade judicial na produção das decisões judicias penais. Será utilizada a epistemologia garantista para demonstrar que os pronunciamentos judiciais penais amparados em argumentos puramente éticos, morais ou políticos, não passam de mero decisionismo judicial. Será defendida a utilização de signos linguísticos precisos e determinados como forma de garantir que a semântica legal e a judicial estejam em coerência com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade, permitindo o exercício argumentativo de verificação e refutação. Aos naturais espaços de insegurança jurídica este trabalho proporá a aplicação dos princípios gerais como critérios pragmáticos de aceitação.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, de autoria de Taísa Magro Ostini e Sergio Nojiri. O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?, de autoria de João Felipe Da Silva Neto , Ana Luiza Souza Carvalho. O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim e Ivan Dias da Motta. O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Guilherme Augusto De Vargas Soares e Luis Felipe Leão Saccol. Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

O CONVENCIMENTO DOS JUÍZES É MESMO LIVRE? UM ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE UM VERDADEIRO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS, de autoria de Pedro André Guimarães Pires , Karyna Batista Sposato. Nosso caminho histórico, marcado por uma construção pouco teórica do discurso jurídico, possui implicações na aplicação de um verdadeiro sistema de garantias processuais capaz de conter decisionismos e a arbitrariedade estatal. Algumas causas implicam efeitos

que revelam a necessidade de superar o livre convencimento. Modernidade tardia, esvaziamento do discurso constitucional e preponderância do político sobre o jurídico se correlacionam à mitigação das garantias processuais. Daí a necessidade de um sistema de garantias que supere a filosofia da consciência e resguarde a legitimidade democrática das decisões, o direito fundamental da parte a uma resposta correta, e o próprio estado de direito.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de autoria de Karla Vaz Fernandes e Susana Silva Araújo. Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL SÃO DIREITOS ?: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. Este artigo possui como objeto de estudo à efetividade dos Direitos Humanos, a sua materialização na realidade social brasileira, sob a perspectiva das teorias dos Direitos Humanos e do Realismo Jurídico. O problema que se propõe esse artigo é se os Direitos Humanos no Brasil são Direitos? ou meras garantias formais, ideologias a serem alcançadas?. Quando à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, o procedimento o monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o descritivo, a técnica de pesquisa aplicada foi à revisão bibliográfica e documental. O recorte teórico central são os autores Costa Douzinas, Lorena de Melo Freitas e Benjamin Cardozo.

OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL, de autoria de Manoela Pereira Moser. Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA, de autoria de Jamir Calili Ribeiro. A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender a noção interpretativa dada ao conceito de princípios sem que seja necessário contrapô-lo à ideia de regras. A hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Victor Colucci Neto. Analisa-se o processo de formação da decisão judicial à luz do realismo jurídico, movimento desenvolvido nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930, frente à clássica ideia formalista de que os juízes seriam mero aplicados do direito ao caso concreto. Apresenta-se neste trabalho a abordagem da influência das preferências político-ideológicas ou pessoais do juiz no processo decisório, analisando modelos de comportamento judicial. Expõe-se ideia acerca da harmonização entre realismo e formalismo jurídico e o modelo dual de julgamento. A pesquisa ora desenvolvida visa refletir sobre o que realmente ocorre no processo de tomada de decisão judicial.

Desejamos a todos uma bela e produtiva leitura!!

Inverno de 2019.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves - Universidade Federal de Goiás - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE IMPULSE OF THE POLITIZATION OF THE JUDICIARY FOR STATE INGERENCE IN CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Karla Vaz Fernandes
Susana Silva Araújo

Resumo

Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Politização, Judiciário, Ativismo judicial, Concretização, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to discuss how the force of judicial intervention distorts the harmonious interdependence of state powers. Bibliographies will be reviewed to identify whether or not there is a positive role in the politicization of the judiciary as a result of the chronic inefficiency of the State in an attempt to guarantee citizens' access to fundamental rights. The text seeks to demonstrate the degree of influence of state, legislative and executive interference in the realization of fundamental rights on the growth of the so - called politization process of the Brazilian Judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Politization, Judiciary, Judicial activism, Implementation, Fundamental rights

1. Introdução

Policiais em greve, facções comandando presídios, contratos públicos sem quitação, creche sem leite, escolas abandonadas, hospitais em colapso, pacientes sem leitos, ministro nomeado impedido de ser empossado, senador preso delatando os colegas, deputado afastado, agropecuarista nomeado para dirigir órgão de proteção do meio ambiente. A lista não se exaure. Este poderia ser o roteiro de uma obra fictícia de distopia, mas se trata da realidade brasileira experimentada nos últimos anos. Em especial, e ainda mais grave, presenciamos a aprovação da Emenda Constitucional 95/2016, ou ainda a PEC dos Gastos, que foi apontada pelo IPEA (Nota Técnica nº 28 – de setembro de 2016) como uma redução do grau de liberdade da política fiscal para os próximos dois mandatos presidenciais, e identificada como uma medida de 'desfinanciamento' de políticas que promovem a saúde e a inclusão social no país.

Este momento brasileiro pode ser analisado por diferentes perspectivas. Poderíamos nos valer de uma análise sociológica, antropológica, econômica, filosófica, entre outras. Contudo, aqui propomos um estudo político-fiscal com o objetivo de analisar a repercussão da crise fiscal e institucional, que assola o Brasil, sob o prisma da efetivação individualizada de políticas públicas e do crescente fenômeno da judicialização. De outro lado, buscaremos demonstrar que esse processo de austeridade fiscal acontece no Brasil, em um momento específico em que a política e os direitos fundamentais estão altamente judicializados.

Vale ressaltar que quem é institucionalmente responsável pelo orçamento no plano das políticas públicas sociais é o Poder Executivo e o Poder Legislativo (CF art. 48, inciso II). A despeito de tal titularidade, a inercia destes poderes, somada a ampliação de acesso jurisdicional proporcionada pela Constituição Federal de 1988, faz desaguar, no Poder Judiciário, demandas que pleiteiam a concretização de políticas públicas assecuratórias de direitos fundamentais, também, constitucionalmente assegurados.

Ocorre, entretanto, que pela teoria de tripartição de poderes, adotada pela nossa CF (art. 2º), o Judiciário não estaria invadindo a competência democrática dos outros poderes ao determinar, por exemplo, que o Executivo arque com o tratamento paliativo de sobrevida de um paciente terminal com leucemia em detrimento do fornecimento de mil doses de insulina aos pacientes diabéticos de determinada cidade[1].

[1] O exemplo exposto não se refere à Teoria do Fundo ou Reservatório Comum ou *Common Pool* (Ostrom, 1993).

Diante deste conflito, Ran Hirschl (2004) sustenta que a despeito da posição menos favorecida ocupada pelo Judiciário na teoria clássica de tripartição, atualmente há um deslocamento de poder das instituições representativas para as judiciais, erigindo um novo tipo de regime político chamado de juristocracia pelo cientista político canadense. Seu argumento central é que as elites políticas, econômicas e sociais transferem poder ao Judiciário, de forma voluntária, quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política[2].

Verificado o esgarçamento fiscal pelo qual passa o Brasil, cientes da crise econômica global, submersos pela dívida pública e pela crise política, deveria o cidadão se quedar inerte diante da violação de seus direitos mais básicos? Por certo que não. As promessas não cumpridas (Streeck) pelo falido modelo constitucional brasileiro impulsionam a concretização de direitos fundamentais pela Teoria da Justiça (Rawls).

A doutrina e a jurisprudência brasileira clássica apontavam no sentido de que sendo os direitos sociais, normas meramente programáticas, seriam insuscetíveis de conferir direitos subjetivos adjudicáveis (Novelino, 2016). Este argumento não sobreviveu ao embate com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

Nesse contexto, o Direito se propõe a apresentar alternativas[3] para solucionar a demanda judicial individual proposta para viabilizar o gozo de determinado direito fundamental, de modo a não violar a tripartição harmônica e independente, nem tampouco deixar desamparado aquele que socorre ao Judiciário.

Entretanto é patente que a crise de representatividade institucional política e econômica fiscal brasileira, diante da recente Emenda Constitucional 95/2016, indicam o cenário de "pós-democracia", proposto por Colin Crouch, que se agrava substancialmente pelas escolhas trágicas casuístas tomadas pelo Judiciário.

---

[2] Barbosa e Polenka (2015) questionam quais seriam, então, as vantagens possíveis para os detentores do poder político? Segundo as autoras Hirschl aponta uma série de razões para que as elites políticas defendam a delegação de poder ao Judiciário: redução do risco para si mesmas através da transferência de responsabilidade sobre as decisões para as cortes, evitar decisões difíceis e/ou o colapso de um governo de coalizão, obstrução à implementação de sua própria agenda política, medo de perder o controle sobre sua própria agenda de implementação de políticas públicas ou, no caso da oposição, para obstruir ações governamentais.

[3] *Reserva do Possível*: consiste na realização dos direitos sociais condicionada à quantidade de recursos disponíveis, sob pena de, ao dar enfoque a apenas um desses direitos, inviabilizar a prestação de outros. Tal teoria é utilizada pelo Estado, em matéria de defesa, pois apresenta três aspectos a serem observados: disponibilidade fática; disponibilidade jurídica; e a razoabilidade e proporcionalidade da prestação.

Mínimo Existencial: urgiu para proteção dos indivíduos por meio da efetivação de uma parcela das garantias constitucionais aptas a proporcionar ao ser humano uma vida com dignidade, frente a todo o descaso que presenciamos diariamente do poder público para com as necessidades mais urgentes dos cidadãos.

Em síntese, a Reserva do Possível pode conviver pacificamente com o Mínimo Existencial, pois este atua como um limite para a invocação daquela, ou seja, a Reserva do Possível só poderá ser invocada quando realizado o juízo da proporcionalidade e da garantia do Mínimo Existencial com relação a todos os direitos em questão.

O contingente de demandas no contexto apresentado é tão alto[4] que se tornou necessária a criação de grupos de discussão e de apoio técnico aos magistrados para auxiliá-los na tomada de decisões. Desde 2010, foi instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde (Resolução n. 107). Há inclusive notas técnicas[5], expedidas pelo Fórum, que explicam dados, custos, efeitos e indicação ou contraindicação de medicamentos ou tratamentos que mais aparecem nas ações judiciais.

No âmbito do estado de Goiás, não é diferente, o Tribunal de Justiça em cumprimento à Recomendação n° 36/2001, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), institui em 2012, o Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional, e, criou a Câmara de Saúde do Judiciário (CSJ)[6], que em parceria com a Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, detém, dentre outras, atribuição consultiva, nas demandas que tenham por objeto protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

O estudo que se pretende empreender objetiva, essencialmente, por acrescentar ao Direito uma análise detalhada da atuação política do Judiciário, que considera o impacto orçamentário e a relação dos poderes para a sua concretização, diante de acentuado grau de judicialização de políticas públicas, no contexto atual de crise do Estado Social.

Para obter os resultados e respostas acerca da problematização apresentada neste trabalho, será empreendida uma revisão bibliográfica dos principais autores sobre ideias e pressupostos de teóricos que apresentam significativa importância na definição e construção dos conceitos discutidos nesta análise. Para tal, tais objetos serão estudados em fontes secundárias como trabalhos acadêmicos, artigos, livros e afins, que foram aqui selecionados.

Desta forma, o artigo transcorrerá a partir do método conceitual-analítico, visto que utilizaremos conceitos e ideias de outros autores, semelhantes com os nossos objetivos, para a construção de uma análise científica sobre o nosso objeto de estudo.

2. Desenvolvimento

Preliminarmente, pressupõe-se que a dificuldade do Estado de obter bases de arrecadação tributária num contexto de crise da economia capitalista, e, o endividamento

[4] Segundo dados do CNJ (Relatórios de Cumprimento da Resolução CNJ n. 107), em junho de 2014, existiam 62.291 ações de saúde em trâmite nos tribunais federais, e outras 330.630, nos tribunais estaduais, totalizando 392.921 ações.
[5] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/notas-tecnicas>. Acesso em 19 out.2017.
[6] Disponível em: < http://www.tjgo.jus.br/index.php/tribunal/camara-de-saude-do-judiciario >. Acesso em 19 out.2017.

público como fatores de condicionamento das decisões políticas instrumentalizam a crise político-fiscal brasileira que reverbera sobre os processos judiciais que buscam efetivar individualmente políticas públicas, e, consequentemente, corroborando para a alta judicialização, e, ao mesmo tempo, suscitando sérios questionamentos acerca da atuação política dos juízes.

Partindo da leitura de Schumpeter (1991), temos que o Estado é o próprio Estado Tributário (*Tax State*), afinal a política fiscal é a pedra fundamental do Estado contemporâneo; o autor propõe um novo conceito democrático, onde não importa o conteúdo ou o resultado do processo, mas a forma como serão tomadas as decisões.

Downs (1960), procedimentalista como Schumpeter, parte da ideia de que, em geral, nas democracias a divisão de recursos entre os setores público e privado é determinada e se explica a partir dos desejos e preferências do eleitorado. Este, entretanto, não possui informações completas sobre os custos e benefícios associados às políticas governamentais. A hipótese apresentada é de que essa ignorância acarreta orçamentos menores do que os potencialmente praticados sob o contexto de informação completa. Em outros termos: é a democracia a causa da austeridade, sua variável independente, antes da vítima ou sua variável dependente.

Os marxistas também observavam este tipo de crise. O Estado, na fala de O'Connor (1977), é um agente de dominação e de exploração orientada por fatores de classe, em suas práticas de arrecadação fiscal; ou seja, não é apenas a relação de trabalho assalariado que implica extração de mais-valor ou exploração da classe trabalhadora. Este autor sugere que a crise fiscal seria uma 'brecha estrutural' entre despesas e receitas, um 'processo contraditório que encontra seu reflexo e causa no orçamento governamental'.

Na análise do caso americano, O'Connor identificou um novo problema ao verificar a existência de um processo de crise fiscal estrutural, cujas causas e consequências residiriam tanto na alocação de receitas públicas (sistema tributário) e distribuição de recursos (decisões orçamentarias), como no relacionamento entre as atividades econômicas. Assim, verifica-se uma critica ao modo de produção capitalista, onde a ação do estado privilegia a acumulação de capital tanto nos setores dinâmicos da economia como nas classes e grupos sociais detentores de capital.

Ao desenvolver a teoria da seletividade das instituições políticas, Offe (1984) destacou três conclusões: o Estado não consegue assumir, direta e plenipotenciariamente, a economia capitalista, como no fascismo; o Estado não consegue entregar todo o seu poder a alguns grupos monopolistas; restando assim a alternativa de um Estado que se apresenta como mediador e

representante universal da sociedade, quando, de fato, não o é, já que se ancora na acumulação capitalista, por meio de artifícios de seletividade. A contradição, todavia, jamais se resolve, como as crises recorrentes indicam.

Holmes e Sustein (1999) discorrem sobre o equívoco de dividir direitos em negativos e positivos. Aduzem que direitos são reivindicações por uma reposta governamental afirmativa, somente existem legalmente a partir do reconhecimento estatal e da estipulação de orçamento financeiro para custear a sua proteção a mera asserção de um direito é inútil, ineficaz para de fato implementá-lo. Acrescenta que impostos têm por finalidade custear as instituições que protegem direitos, que não podem ser absolutos. Portanto, a escassez de recursos afeta a liberdade.

A liberdade, na perspectiva da obra, deriva da dependência de um determinado conjunto de instituições liberais, não da ausência de intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos. O potencial de crítica derivado desse ponto de vista é profundo: não apenas os pobres dependem do governo e do direito para proteger direitos à redistribuição de renda, mas também os ricos, pois seu direito de propriedade também depende da existência de instituições capazes de protegê-lo. E essa estrutura institucional é responsável em grande medida pelo sucesso ou fracasso dos indivíduos.

Quando o grande contribuinte percebe que não precisa mais pagar impostos, já que em certa medida, ele pode pressionar o Estado com o regime de títulos da dívida pública, há uma passagem do *Tax State* para o *Debt State*. Aqui, o Estado se 'superendivida', portanto, sua política passa a ser condicionada pelos credores da dívida pública.

Streeck (2011), então, define que os mercados não conseguem gerar riqueza e prosperidade adequadamente porque se revelam alvo de demasiadas intervenções e controles "políticos"; sustenta que a democracia, em verdade, é parte do problema econômico, antes da solução. O capitalismo democrático, na visão do autor, tem dois princípios conflitantes de regime de alocação [de recursos]: produtividade marginal e necessidades sociais. A crise do neoliberalismo indica uma incapacidade de alcançá-los.

A história de uma ideia perigosa é desenhada por Blyth (2013) ao sustentar que a austeridade atrai os americanos, essencialmente, por causa de um estilo de política nacional que culpa o setor publico por qualquer coisa ruim que acontece no setor privado.

O autor sentencia que a visão liberal de 'estado x mercado' repousava sobre um mal entendido: aparecem mercados naturalmente quando você remove estado da equação. Por óbvio, ganhar o controle do estado pela classe dos comerciantes era uma característica

definidora do capitalismo primitivo. Até o inicio do século XX, ‘cortar o estado’ era a única resposta considerada aceitável pelas classes dirigentes do mundo capitalista.

A crise fiscal, ou do próprio Estado, volta a ser um problema político como Donatella (2015) e Crouch (2004) acusam: desinteresse pelas eleições e explosão de protestos pouco controláveis ou convencionais.

Crouch (2004) identifica que algumas consequências substantivas do presente já podem ser vista em muitos países. O estado de bem-estar torna-se gradual e residualmente como algo para pobres merecedores. Assim, a ideia de pós-democracia ajuda a descrever situações em que o tedio, frustração e desilusão se instalaram depois de um momento democrático; quando poderosos interesses minoritários se tornaram muito mais ativo do que a massa de pessoas comuns em fazer funcionar o sistema político para eles; onde as elites politicas aprenderam a gerenciar e manipular reinvindicações populares; onde as pessoas têm de ser persuadidas a votar por campanhas publicitárias de cima para baixo.

Della Porta (2015) estabelece que não só está em jogo o conteúdo da execução dos direitos civis, mas também as suas formas. Se o Estado de bem-estar do período fordista foi acusado de interferir na vida dos indivíduos (Habermas 1976), impondo normas de cima, a reivindicação dos movimentos por direitos humanos é cada vez mais enquadrada dentro de uma concepção de participação dos cidadãos no planejamento e implementação dos serviços sociais.

Para a autora, os protestos e campanhas contra a redução do bem-estar social não têm apenas como objetivo proteger as condições materiais dos usuários dos serviços sociais e dos trabalhadores nos serviços sociais, mas também contribuíram para elaborar uma concepção diferente do serviço público como bem comum, opondo sua concepção neoliberal como mercadoria.

Se os serviços sociais no Estado-nação foram reivindicados como direitos de cidadania, os direitos a uma vida com dignidade (casa, alimentação, saúde, trabalho) são cada vez mais enquadrados como direitos humanos: a pobreza significa um ataque aos direitos de uma pessoa, pois compromete o próprio reconhecimento dos direitos civis, políticos e sociais.

Para Tavares (2016), ao analisar a obra de Habermas sob uma ótica marxista, o direito deve ser entendido como forma que só se realizou em plenitude no capitalismo e que nesse modo de produção ancora a sua sorte, a partir da ideia de litigiosidade e da definição de sujeitos formalmente iguais, inobstante negociem o trabalho alheio roubado, ou o próprio tempo de vida.

Na análise de Flávio Galdino (2005), os direitos não nascem em árvores não só porque há a necessidade de criação e manutenção de uma estrutura pública para sua tutela, mas também

em razão da existência de outras esferas públicas diversas do Judiciário sem as quais os direitos, mesmo os individuais ou negativos, não são respeitados.

Os direitos humanos fundamentais, em qualquer das dimensões, propostos, seja pela 'teoria dos status' de Georg Jellinek (1910)[7] ou pela 'evolução da cidadania' de Thomas Humphrey Marshall(1967)[8], demandam concretização pelo Estado.

Stephen Holmes e Cass Sustein (1999) são enfáticos ao afirmar que por mais liberal que o Estado o seja, irá custear o usufruto até mesmo dos chamados 'direitos negativos', afinal, poder e governo são essenciais para a garantia da propriedade, fundamento primeiro do liberalismo. Ocorre que o Estado, seja Tributário[9] ou Débito[10], por vezes, não consegue viabilizar, individualmente, de forma satisfatória, a concretização dos direitos fundamentais.

A doutrina e a jurisprudência brasileira clássica apontavam no sentido de que sendo os direitos sociais, normas meramente programáticas, seriam insuscetíveis de conferir direitos subjetivos adjudicáveis (Novelino, 2016). Este argumento não sobreviveu ao embate com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

Nesse contexto, o Direito se propõe a apresentar alternativas[11] para solucionar a demanda judicial individual proposta para viabilizar o gozo de determinado direito fundamental, de modo a não violar a tripartição harmônica e independente, nem tampouco deixar desamparado aquele que socorre ao Judiciário.

Entretanto é patente que a crise de representatividade institucional política e econômica fiscal brasileira diante da recente Emenda Constitucional 95/2016, indicam o

---

[7] Segundo essa teoria, são quatro os possíveis *status* do indivíduo na sua relação com o Estado: o passivo (*status subjectionis*), o ativo (*Status activus civitates*), o negativo (*Status libertatis*) e o positivo (*Status civitates*).

[8] Propõe a divisão do conceito de cidadania em três elementos: civil, político e social.

[9] *Tax State*: "Estado fiscal (ou Estado Tributário) é uma expressão que teve notável aceitação na ciência das finanças, empregada por Joseph Schumpeter em estudo sobre a propalada crise do Estado fiscal, em 1918, numa apreciação econômica e sociológica da crise do Estado capitalista. Segundo ele, posto que o potencial fiscal do Estado encontrava-se limitado pela capacidade dos particulares de suportar o tributo na economia, quando a demanda por receitas públicas torna-se excessiva (em virtude de crises econômicas, guerras etc.), isso poderia levar os contribuintes ao desinteresse de prosseguir com atividades produtivas. Daí falar na crise do Estado fiscal de cunho liberal e capitalista". Explicação apresentada por Heleno Taveira Torres (2016).

[10] *Debt State*: Estado Débito: "Wolfgang Streeck reconhece que o Estado Tributário operou por muitos anos, especialmente no século XX, mas alerta que recentemente os grandes contribuintes já não pretendem mais pagar impostos, querem, na verdade, emprestar dinheiro para o Estado, para passarem a controlar a taxa de juros praticada e o risco de crédito da dívida pública, para que possam, assim, influenciar o governo." Explicação apresentada nas aulas do Professor Francisco Tavares (2016).

[11] *Reserva do Possível*: consiste na realização dos direitos sociais condicionada à quantidade de recursos disponíveis, sob pena de, ao dar enfoque a apenas um desses direitos, inviabilizar a prestação de outros. Tal teoria é utilizada pelo Estado, em matéria de defesa, pois apresenta três aspectos a serem observados: disponibilidade fática; disponibilidade jurídica; e a razoabilidade e proporcionalidade da prestação. *Mínimo Existencial*: urgiu para proteção dos indivíduos por meio da efetivação de uma parcela das garantias constitucionais aptas a proporcionar ao ser humano uma vida com dignidade, frente a todo o descaso que presenciamos diariamente do poder público para com as necessidades mais urgentes dos cidadãos.
Em síntese, a Reserva do Possível pode conviver pacificamente com o Mínimo Existencial, pois este atua como um limite para a invocação daquela, ou seja, a Reserva do Possível só poderá ser invocada quando realizado o juízo da proporcionalidade e da garantia do Mínimo Existencial com relação a todos os direitos em questão.

cenário de “pós-democracia”, proposto por Colin Crouch, que se agrava substancialmente pelas escolhas trágicas casuístas tomadas pelo Judiciário.

Diante deste conflito, Ran Hirschl (2004) sustenta que a despeito da posição menos favorecida ocupada pelo Judiciário na teoria clássica de tripartição, atualmente há um deslocamento de poder das instituições representativas para as judiciais, erigindo um novo tipo de regime político chamado de juristocracia pelo cientista político canadense. Seu argumento central é que as elites políticas, econômicas e sociais transferem poder ao Judiciário, de forma voluntária, quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política.

No tocante ao controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, comumente opõe-se a visão de microjustiça, dos julgadores, à visão de macrojustiça do Poder Executivo. Questiona-se se a decisão dos julgadores, no caso concreto – geralmente no bojo de uma ação individual –, não encerraria dificuldades à efetivação das políticas públicas.

Pregando o *princípio da unidade* que a Constituição não pode ser lida em tiras ou aos pedaços (SARLET, 2016), o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos precisa estar sempre contextualizado com diversos outros, entre os quais o das finanças públicas.

Vale lembrar, a propósito, a lição de HOLMES e SUNSTEIN: direitos custam dinheiro, ou seja, direitos não podem ser protegidos ou promovidos sem o aporte, maior ou menor, de recursos públicos.

A intervenção do Poder Judiciário mediante determinações à Administração Pública para que atenda pedidos individuais (principalmente no fornecimento de medicamentos) tem crescido consideravelmente.

Por óbvio, as decisões judiciais relativas a direitos sociais avaliadas individualmente não podem estar alheias/apartadas da concepção de existência de uma política pública coletiva, sob pena de se desestabilizar todo um sistema de benefícios coletivos em favor de um único indivíduo.

A separação clássica dos poderes, concebida por Montesquieu, é sempre lembrada para os que adotam o direito positivo como base hermenêutica na tomada de decisões judiciais ou administrativas. Para essa corrente, o ativismo judicial seria um mal para a coletividade na medida em que retiraria do órgão competente a especialidade para a qual foi criado, diminuindo eficácia e eficiência na alocação de recursos.

Neste sentido, as decisões judiciais na seara de efetivação de direitos a prestações públicas, normalmente, não dialogam com as diretrizes discricionárias do Poder Executivo (administrador público), tanto mais pela complexidade da tomada de decisões técnicas diuturnas, cujos dados pragmáticos só o executor possui imediatamente.

Com isso, as decisões do Poder Judiciário podem, muitas vezes, revelar-se descoordenadas, sem racionalidade global e descurando do sentimento de coletividade que devem as políticas públicas basearem-se.

Também, o processo de elaboração do orçamento público deve contemplar (plano deôntico) as reais necessidade mínimas da população, com isso, não se poderia exigir do Estado o fornecimento de prestações sociais positivas além da capacidade normal que um planejamento sério pode proporcionar.

As normas constitucionais formais que garantem os direitos sociais da população não mensuram individualmente ou ainda globalmente (nem poderiam fazê-lo) o alcance do limite de atendimento das prestações à população, com base no que se costuma denominar de 'reserva do possível': os recursos são limitados e as necessidade da população são infinitas.

De igual modo, a evocação de atuação judicial por meio de ações coletivas tem a desvantagem de alocar recursos de uma área eleita como prioridade pelo administrador com o consequente desatendimento de outra especialidade social contemplada no orçamento público programático.

O livro *The Cost of Rights: why Liberty Depends on Taxes* dos professores Cass Sunstein e Stephen Holmes, um clássico da literatura jurídica norte-americana, se constrói sob o argumento central de que sempre há custos inerentes ao exercício de direitos. Este raciocínio é aplicável a toda miríade de direitos protegido pelo ordenamento jurídico. O que parece lógico não fica evidente na teoria jurídica que aceita a distinção entre direitos negativos e direitos positivos. Os primeiros seriam assegurados, na acepção clássica, desde que o Estado não interferisse em sua fruição (inação estatal), a exemplo do direito à vida e à liberdade religiosa. Os direitos positivos, de outra ponta, dependeriam da intervenção direta do Estado para o seu exercício, a exemplo do direito à educação, saúde e moradia.

Os autores refutam a distinção entre direitos positivos e negativos, na medida em que argumentam que todos os direitos dependem do dispêndio de recursos orçamentários. Para eles as considerações de cunho orçamentário estão na raiz de qualquer discussão sobre o próprio conceito de direito. Isso porque a existência concreta de um direito somente pode ser afirmada se existirem remédios jurídicos capazes de assegurá-los efetivamente, o que exige o custeio de instituições operacionalmente eficientes que permitam o seu regular gozo.

Direitos, na concepção de Sunstein e Holmes, são reivindicações por uma resposta governamental afirmativa. Essa ideia se choca com a concepção de direito negativo, que pressupõe inação estatal.

Para os autores, todo e qualquer direito exigem a presença estatal para viabilizar sua integral fruição. Assim sendo, todos os direitos possuem custos e dependem cofres públicos e administração pública.

3. Conclusões

Com advento do constitucionalismo social e do Estado Social de Direito, com a positivação de demandas sociais, passou-se a distinguir direitos negativos (ligados ao modelo de Estado liberal) e direitos positivos/prestacionais. Não obstante, alguns pensadores criticam essa dualidade – ou a má operação dela.

Ao contrário, a atuação judicial deve partir do pressuposto de que, primeiro, tais direitos não devem, em regra, ser tratados segundo a ótica individualista (credor-devedor) e, segundo, a separação de funções não obsta o diálogo entre os poderes, cuja harmonia, aliás, a Constituição expressamente impõe.

Assim, o papel do Judiciário deve ser o de canalizar demandas individuais, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação orçamentária de recursos públicos e eventualmente questioná-la se necessário.

Além de instituir o diálogo constitucional, o Judiciário precisa realizar, com maior qualidade, o controle das políticas públicas, já que os problemas de efetividade decorrem em grande parte da enorme quantidade de desvios na execução, e não de falhas na gestação dessas políticas públicas**.**

A visão de Holmes e Sunstein sobre o custo dos direitos partindo da premissa de que todo o direito tem um custo orçamentário, seria uma espécie de estudo mais aprofundado e contemporâneo do livro de Korad Hesse, "A força normativa da constituição", tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Resumidamente, Hesse descreve uma visão dos direitos constitucionais em uma concepção histórica e conformados com a realidade fática. A previsão constitucional sem correlação de seguridade desses direitos pelo Estado no cotidiano social desencadearia em letra morta constitucional, como uma mera expectativa de direito. Aliás, a princípio a Constituição Federal de 1988 era vista como uma mera carta de intenções, sem força normativa, necessitando de regulamentação para o gozo de seus direitos previstos.

Neste tocante, trazida a constituição para o centro do ordenamento jurídico, como assim deve ser à luz da pirâmide de Kelsen e da teoria da constituição, temos por outro lado o

limite orçamentário e as inúmeras necessidades da população para garantia dos direitos fundamentais e sociais.

Todavia, Holmes e Sunstein ressaltam que além de custos orçamentários os direitos também possuem custos sociais. Levar em conta apenas os custos diretos para a garantia de direitos pode nos desviar da visão de Estado Social, em que pesa visualizar que as decisões políticas não podem se basear em seu custo efetivo direto contrapondo ao seu índice de retorno em arrecadação de tributos aos cofres públicos, sob pena de estarmos mais em busca de uma visão puramente capitalista da garantia de direitos ao invés de garantir um Estado Democrático de Direito.

Na contemporaneidade, há autores liberais igualitários (Rawls[12], Susntein[13], Dworkin[14]) que com base no discurso filosófico do liberalismo (defesa da propriedade privada, indivíduos como unidade de análise da ação política, Estado como limitador da autonomia ou da liberdade de ação das pessoas) afirmam que não há direitos negativos, todo direito está condicionado a arrecadação fiscal, a propriedade privada só pode se fundamentar ou se viabilizar do ponto de vista dos fatos se o Estado (sem corpo, sem corte, sem aparato coercitivo) assegurar sua viabilidade.

Por outro lado, sabe-se que Nozick[15], Hayek[16], Friedman[17], Von Mises[18] também se apresentam como liberais, e defendem que imposto é roubo, que a propriedade não depende do Estado, que o Estado é sempre um problema para a liberdade individual.

Como podem, então, ambas as maneiras de se conceber o Direito, a sociedade e a propriedade privada, reclamarem-se como pertencentes a mesma tradição filosófica, a mesma corrente de pensamento liberal, chegarem a conclusões tão opostas. A origem desta ambiguidade está na gênese do liberalismo filosófico.

O 2º Tratado sobre o Governo Civil de Locke[19] apresenta um conceito de natureza humana, harmônica, respeitosa, amigável, sem grandes violências entre os seres humanos, que dispensaria um pacto conformador de poder, do Estado, da coerção, dos tributos, etc. Sob essa

---

[12] RAWLS, Jonh. Uma teoria da justiça. Trad. Jussara Simões; Rev. Álvaro de Vita. 4.ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
[13] HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass R. The Cost of rights: Why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.
[14] DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously, law‟s empire. Cambrige, Massachusetts: Harvard University, 1985.
[15] Nozick, Robert. 1974. Anarchy, State, and Utopia. Oxford: Blackwell.
[16] Hayek, Friedrich A. 1960. The Constitution of Liberty . Chicago: The University of Chicago Press.
[17] Friedman, Milton. 1962. Capitalism and Freedom. Chicago: The University of Chicago Press.
[18] MISES, L. Von. Economic calculation in the socialist commonwealth In: NOVE, A.; NUTI, M. (eds). *Socialist economics*. London: Penguin, 1972.
[19] LOCKE, J. Segundo tratado do governo civil. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

leitura de natureza humana, podemos derivar um libertarianismo liberal, portanto um anarcocapitalismo.

Entretanto, o mesmo Locke entende como natureza humana também um cenário em que não há um poder/corpo julgador para aplicar as leis de propriedade. Mas há inconveniências que levam os indivíduos a conformação de um pacto civil. Então se a ênfase for, esse estado de natureza, não de uma exortação moral de boas pessoas convivendo no seu nítido direito natural de propriedade sobre o próprio corpo e dos frutos do seu trabalho, mas se for uma descrição cínica da realidade dizendo que nesse quadro que as pessoas não têm quem julgue e elas criam inconveniências e precisam sair num governo.

4. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVRITZER, Leonardo et tal. (orgs.) **Dimensões políticas da Justiça.** Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.

BARBOSA, Claudia Maria e POLEWKA, Gabriele. **Juristocracia no Brasil a perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial**. Rev. de Pol. Judic., Gest. e Adm. da Jus. Minas Gerais. v.1. n.2. p. 309-334. Jul/Dez. 2015.

BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil.** Nota Técnica 2016, setembro, Número 28.

BROWN, W. **Undoing The Demos: Neoliberalism´s Stealth Revolution.** Cambridge: MIT Press, 2015.

CROUCH, Colin. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity, 2004.

DELLA PORTA, Donatella. **Social Movements in Times of Austerity.** Cambridge: Polity, 2015.

DOS SANTOS, Rebecca Mazzuchell. **O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais**. Cadernos de iniciação científica. Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 7, p. 79, 2010.

DOWNS, Anthony. **Why the Government Budget is Too Small in a Democracy.** World Politics, v. 2, n.14, 1960

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

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: The origins and consequences of the new constitutionalism. First Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass R. **The Cost of rights: Why liberty depends on taxes.** New York: Norton, 1999.

KALECKI, M. **Political Aspects of Full Employment.** The Political Quarterly, v. 14, issue 4, outubro, 1943.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 11.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

O´ CONNOR, James. **Usa: A Crise do Estado Capitalista**. Tradução de João Maia. São Paulo: Paz e Terra, 1977.

OFFE, Claus & RONGE, Volker. **Dominação de Classe e Sistema Político**. Sobre a Seletividade das Instituições Políticas. In: OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OSTRAM, E.; GARDNER, R.; WALKER, J. **Rules, games & common-pool resources**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça.** Trad. Jussara Simões; Rev. Álvaro de Vita. 4.ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. **The Crisis of The Tax State**. In: SWEDBERG, Richard (org.) Joseph A. Schumpeter: The economics and sociology of capitalism. Princeton: Princeton University Press, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

STREECK, Wolfgang. **The crises of democratic capitalism**. New Left Review, 71, 2011.

TAVARES, Francisco Mata Machado. **Deliberação e capitalismo: uma crítica marxista ao pensamento de Habermas**. Curitiba: Appris, 2016.

TORRES, Heleno Taveira. **Crise do Estado fiscal exige coerência entre tributo e orçamento.** Revista Consultor Jurídico, 25 mai. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-25/crise-estado-fiscal-exige-coerencia-entre-tributo-orcamento>. Acesso em: 14 fev. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais.** *In*: C. P. De Souza Neto e D. Sarmento (org). Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.