

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

AUGUSTO REIS BALLARDIM

**A COERÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERAÇÃO DA
PROTEÇÃO DEFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**POUSO ALEGRE/MG
2025**

AUGUSTO REIS BALLARDIM

**A COERÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERAÇÃO DA
PROTEÇÃO DEFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

Orientador: Professor Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior.

POUSO ALEGRE/MG
2025

FICHA CATALOGRÁFICA

B355a BALLARDIM, Augusto Reis

A coerção jurídica como instrumento para a superação da proteção deficiente dos direitos fundamentais. / Augusto Reis Ballardim. Pouso Alegre: FDSM, 2026.

75p.

Orientador: Hamilton da Cunha Iribure Júnior.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. coerção jurídica. 2. direitos fundamentais. 3. proteção deficiente. 4. Estado Democrático de Direito. I Iribure Júnior, Hamilton da Cunha. II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

Augusto Reis Ballardim

**A COERÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERAÇÃO DA
PROTEÇÃO DEFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Data de aprovação: 27 de março de 2026

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior

(Orientador)

Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

Prof^a. Dr^a. Fabiana Silva Bittencourt

Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

Prof. Dr. José Renato Martins

Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst)

AGRADECIMENTOS

Duas situações se cruzam, repetidamente, na minha história, da qual o mestrado é apenas uma parte. De um lado, os agradecimentos que devo pelos favores que a Divina Providência me reservou (entendedores entenderão); de outro, as desculpas pelos equívocos que cometi, que soam vãs posteriormente, mas são o que me resta. Pelo menos, aprende-se com eles.

Aos colegas do PPGD, pela amizade, pelas discussões jurídicas e pelo inabalável senso de humor. Sempre estivemos no mesmo barco (e ele não afundou). Aos professores do PPGD, pela ampliação dos meus horizontes; concordando ou não com seus entendimentos, eles engrandeceram meus conhecimentos e me mostraram perguntas e respostas que eu não julgava existentes, além de terem fornecido substratos teóricos para fazer frente aos vindouros problemas jurídicos que todos enfrentaremos. Aos funcionários da FDSM, sobretudo à Juliana, pelo constante apoio em todas as etapas, do ingresso à conclusão.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior, por ter compreendido desde o primeiro momento minhas ideias e meu estilo. Afável e preciso nas suas colocações, trouxe ao trabalho, reiteradas vezes, exatamente aquilo de que precisava, no momento certo. Sempre disponível para conversas e esclarecimentos, apesar da agenda lotada. Jamais proferiu uma cobrança e ofereceu apenas apoio. Não poderia ter escolhido professor melhor para a tarefa. Não fui o orientando mais dedicado ou pontual, afinal, a vida não se resume ao mestrado, mas espero ter correspondido à confiança com um mínimo de qualidade. Que Deus lhe traga sempre o que há de melhor.

Aos servidores das Promotorias de Justiça de Itamarandiba e Turmalina, Vivianne, Juliana, Duca, Maycon e Juninho, que defenderam a mim e ao Ministério Público com unhas e dentes. Mostraram-me o quanto de dedicação pode existir no serviço público, bem como os reflexos que as atitudes de um agente público podem ter numa determinada comunidade. Qualquer resultado que eu venha a conquistar na carreira, eu devo à paciência de vocês em me ensinar os primeiros passos.

Aos colegas da Promotoria de Justiça de Formiga, pretéritos e atuais, Gabriel, Guilherme, Henrique e Lucas, pelo coleguismo de sempre e por me cobrirem, de muito bom grado (e com qualidade, o que, convenhamos, é raro) nos necessários afastamentos para participação nas atividades do PPGD. Aos meus “assessores” pessoais e profissionais, Maik, Marcelo e Nicole, três indivíduos incrivelmente hábeis em antecipar soluções às demandas mais sensíveis, cada um a seu modo e em seu contexto, permitindo-me maior tranquilidade na condução do mestrado e da vida em geral.

Aos parceiros das bem-humoradas e engrandecedoras tardes de audiência na Vara de Família, Sucessões e Cível da Infância e Juventude de Formiga, Dr. Altair e Gabriele, pelas constantes lições de conhecimento jurídico, pela incansável busca da celeridade, aliada à incomparável qualidade, e pela refinada compreensão das mazelas humanas, tendo no horizonte a certeza de que podemos fazer mais e melhor pelo próximo.

Aos meus pais, Claudio e Marinês, pelas dificuldades que superaram por mim e pelo meu futuro. Foram (e continuam sendo) inúmeras as lições de caráter e de dedicação à família e ao trabalho que deles recebi. Minhas qualidades (e meus defeitos, sejamos francos) são uma média dos deles. Não poderia ter tido pais melhores. O incentivo ao estudo foi tanto que ainda não parei – hipótese que sequer cogito.

À minha esposa, Mahari. Lá se vão quase quinze anos juntos, com todas as alegrias vividas e os momentos difíceis superados. Só nós dois sabemos o que passamos e o quanto crescemos. Obrigado por ser a minha casa. Desculpa pelas inúmeras falhas, coroados pelos dias em Pouso Alegre e finais de semana escrevendo. Se serve de consolo, as “modas” que eu inventarei serão bem mais tranquilas a partir de agora. Mas eu só consigo fazer o que eu faço porque eu sei quem vai segurar o rojão comigo.

RESUMO

Esta dissertação investiga o papel da coerção jurídica como instrumento para superar a proteção deficiente dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Utilizando o método hipotético-dedutivo, parte-se de observações preliminares para deduzir consequências lógicas, verificáveis posteriormente. A abordagem jurídica adotada é majoritariamente positivista, fundamentada em obras clássicas da Teoria do Direito, com prevalência do jurista Frederick Schauer. O estudo analisa a coerção como atributo essencial do ordenamento jurídico, distinguindo o Direito dos demais sistemas sociais pela possibilidade de exercício justificado da força. Examina-se a evolução histórica dos direitos fundamentais, sua centralidade constitucional e os desafios para sua efetivação, destacando a necessidade de sanções e instrumentos coercitivos para garantir sua concretização. O trabalho também aborda a função contramajoritária das decisões judiciais e a importância da atuação dos gestores públicos. Conclui-se que a mera previsão constitucional dos direitos fundamentais é insuficiente para sua realização, sendo imprescindível o emprego da coerção jurídica para evitar retrocessos e assegurar a legitimidade do sistema.

Palavras-chave: coerção jurídica; direitos fundamentais; proteção deficiente; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This dissertation investigates the role of legal coercion as an instrument to overcome the insufficient protection of fundamental rights in the Democratic Rule of Law. Using the hypothetical-deductive method, the research begins with preliminary observations to deduce logical consequences that can be subsequently verified. The legal approach is predominantly positivist, grounded in classical works of Legal Theory, with a predominant emphasis on the works of jurist Frederick Schauer. The study analyzes coercion as an essential attribute of the legal system, distinguishing Law from other social systems by its capacity for justified use of force. It examines the historical evolution of fundamental rights, their constitutional centrality, and the challenges to their effectiveness, highlighting the need for sanctions and coercive instruments to ensure their realization. The work also addresses the counter-majoritarian function of judicial decisions and the importance of public managers' actions. It concludes that the mere constitutional provision of fundamental rights is insufficient for their implementation, making the use of legal coercion indispensable to prevent setbacks and ensure the legitimacy of the system.

Keywords: legal coercion; fundamental rights; insufficient protection; Democratic Rule of Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2. A COERÇÃO NO DIREITO.....	11
2.1 O Direito enquanto realidade intersubjetiva.....	13
2.2 A coerção jurídica: norma e ordenamento.....	19
2.3 A função social da coerção.....	25
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
3.1 Histórico e classificações dos direitos fundamentais.....	35
3.2 A eficácia dos direitos fundamentais e a vedação da proteção deficiente.....	43
3.3 Os direitos fundamentais e a intersubjetividade.....	47
4. A COERÇÃO JURÍDICA A SERVIÇO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	53
4.1 Expectativas de vida em sociedade: segurança pública.....	54
4.2 Direitos prestacionais e a atuação dos gestores públicos.....	59
4.3 A coerção nas decisões judiciais e seu eventual papel contramajoritário.....	62
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

A efetividade dos direitos fundamentais coloca-se sempre como questão tormentosa no Estado Democrático de Direito. De um lado, existem expectativas legítimas a serem protegidas, constitucionais e legais, das quais o art. 5º da Constituição da República é mera enumeração¹. De outro, há resistências à sua concretização, que passam pelos processos jurídicos ordinários (incorporação à legislação ou à jurisprudência) e chegam às situações puramente fáticas (como a reserva do possível e a franca má gestão pública).

A plena manifestação dos direitos fundamentais enfrenta diversos obstáculos, dentre os quais certa dificuldade jurídica de exigência de condutas por boa parte daqueles que têm o dever de fomentá-los. Assim, busca-se um modelo de ordenamento jurídico que assegure, tanto quanto possível, incentivos positivos ou negativos que provoquem suficiente modificação da realidade para contemplar sua densificação.

Contudo, tais falhas podem ser ao menos parcialmente atribuídas à ausência de responsabilização dos destinatários das obrigações. Embora a sanção e a ameaça de sua aplicação sejam consequências meramente acessórias da norma, devem ser consideradas essenciais do ponto de vista do ordenamento, a fim de assegurar a efetividade de suas prescrições. O que distingue o Direito de outros sistemas sociais é a centralidade da força na sua operação rotineira e a capacidade de aplicá-la, sem deixar de dosá-la². A decisão jurídica serve não só para afirmar o que é certo e errado, mas também para exigir comportamentos conformes de seus destinatários³.

Assim, a partir da reconstrução da relevância da coerção na Teoria do Direito, tendo como ponto de partida as ideias de Frederick Schauer, identifica-se a necessidade de o ordenamento jurídico demandar de seus aplicadores as condutas necessárias à densificação das missões constitucionais da atualidade, vedando-se a proteção deficiente de seus valores mais caros. O autor aponta que o Direito “tipicamente suporta seus comandos e suas proibições com uma crível ameaça de

¹ Sobre a ausência de rol taxativo dos direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024. p. 119-130.

² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2022. p. 185.

³ Id. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 75.

força bruta ou outras sanções em caso de não cumprimento”, além de “que, sem a força, o direito com frequência é impotente”⁴.

É ínsita ao Direito a primazia no uso da força, de modo que a transgressão da norma, seja ela de que natureza for, receba a correspondente sanção, que pode ser de distintas espécies, desde o encarceramento até a plena nulidade de determinada conduta. Além disso, a certeza da existência e da aplicação desta deva dissuadir a atuação contrária ao ordenamento jurídico, representando o que se chama de coerção. A medida do correto, por sua vez, pode ter contornos históricos e sociais, com respostas variáveis, mas é um conceito que, no fundo, está internalizado em nossa própria estrutura cerebral⁵.

Sugere-se, portanto, uma retomada do papel eventual, mas consistentemente sancionador do Direito, para o fim de garantir que a norma jurídica, além de válida, seja efetiva, e que, na linha deste trabalho, os direitos fundamentais sejam concretizados, a partir de exigências constitucionalmente válidas, atribuindo ao ordenamento jurídico a força necessária para tanto. As regras de conduta são essenciais para o controle das paixões humanas e para impor racionalidade às suas escolhas, sejam individuais ou políticas⁶.

Com base em Yuval Noah Harari, define-se o Direito como uma realidade *intersubjetiva*. Assim como outros elementos aparentemente concretos de nossa sociedade, como a economia e a religião, a verdade é que o ordenamento jurídico, embora fictício, possui força justamente por ser uma *estória compartilhada*⁷. Donde a preocupação com sua eventual incompatibilidade com as funções a que se destina, ou mesmo sua ilegitimidade, que pode levar seus meios pacíficos e consensuais a serem substituídos por alternativas que satisfaçam a lacuna da coerção.

Muitos olvidam que os direitos hoje fruíveis são resultado de um processo histórico doloroso, envolvendo lutas, literais e conotativas, entre claudicantes avanços e repentinos retrocessos. Mesmo aquilo que nos foi legado de mais marcante, como a abolição da escravatura e a universalidade do voto popular, levou séculos para ser

⁴ SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 8.

⁵ HAIDT, Jonathan. *A Mente Moralista: por que pessoas boas são segregadas por política e religião*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. p. 132.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 6 ed. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 26.

⁷ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 18 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 121-126.

concretizado⁸. Por intersubjetivo que seja, as ficções criadas (e não sustentadas) ou as que se deixam de criar produzem sofrimento real⁹.

Esta pesquisa nasce de um dilema claro. Na prática profissional, em diversas circunstâncias, o operador jurídico se vê de mãos amarradas, à falta de mecanismos de coerção. Como obrigar pessoas e instituições a se comportarem conforme o Direito, sobretudo quando há direitos fundamentais envolvidos? Como assegurar que estes não sejam protegidos de maneira deficiente? A legitimidade do Direito, obviamente, depende de sua eficácia para evitar e resolver conflitos¹⁰ - e, portanto, dos instrumentos de que se utiliza para vergar pessoas físicas e jurídicas sob suas cominações, quando necessário.

Dentre estes, inclui-se a segurança pública, frequentemente vulnerada por discursos contrários a um suposto punitivismo excessivo, mas que acabam por esvaziar a normatividade do Direito Penal, ramo coercitivo por excelência. Quando se tem a certeza de que a violação da norma acarretará consequências brandas, é evidente que o cálculo dos delinquentes faz com que a balança penda para a prática do delito, por considerá-lo vantajoso.

Outra consideração pertinente consiste na identificação do papel dos gestores públicos para a concretização dos direitos fundamentais sociais e prestacionais. Educação e saúde, sobretudo, possuem mínimos constitucionais de investimento pelos entes federados. Por outro lado, a assistência social é área frequentemente negligenciada, inclusive com a desculpa de que os patamares mínimos dos demais vetores foram atingidos, como a exonerá-los pela negligência.

Além disso, os atos dolosos e culposos dos responsáveis pela máquina pública eram sancionados com relativo vigor pela Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa. Recentes alterações esvaziaram o escopo da norma, justamente na contramão do que ora se propõe, fazendo com que os descalabros administrativos sejam de mais difícil punição.

As relações entre particulares não passam indenenes ao exame ora proposto. Sem empurrões (*nudges*¹¹) legislativos, torna-se bastante improvável que empresas

⁸ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2019. p. 29-30.

⁹ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 184.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político*. 26 ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2022. p. 120.

¹¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2019. p. 10.

adotem práticas tendentes a erradicar várias espécies de discriminação em seus quadros, por exemplo. Trata-se, ainda, de algumas situações de direito privado, como a prisão civil do devedor de alimentos e o poder geral de cautela dos magistrados como salutares para a concretização dos direitos ora examinados. Por último, trata-se do Direito do Consumidor como ramo que parece ter equacionado eventual deficiência, munindo-se de regras e instituições suficientes para a densificação do mandamento constitucional.

Por fim, discute-se o papel contramajoritário das instituições judiciais, cujo exercício é necessário para a discussão de temas que, embora igualmente importantes, não encontram espaço na democracia, dependente de consensos e maiorias. A uma Constituição que abandonasse minorias à própria sorte, abstendo-se de conferir proteção jurídica em razão do interesse das maiorias, faltaria legitimidade, o que comprometeria a estória que certa ordem jurídica pretende contar.

Propõe-se que os obstáculos encontrados no Brasil para a concretização dos direitos fundamentais possam ser em grande parte superados não só pelo reconhecimento da insuficiente coerção dos destinatários das normas, mas também pela introdução de instrumentos coercitivos mais apropriados e pelo incremento da fiscalização por órgãos específicos.

Os direitos fundamentais constituem valores essenciais para a comunidade e foram gradual e historicamente desenvolvidos para a plenitude da existência humana. Quaisquer entraves a sua concretização e posturas que possam facilitar sua implementação merecem acurada análise no âmbito dos operadores do Direito, devendo representar o norte para o qual convergem as contribuições doutrinárias e do qual não se podem afastar. Assim, confere-se primazia ao valor fundamental da dignidade da pessoa humana, central ao sistema, do qual decorrem os demais direitos fundamentais.

Ademais, a certificação do direito de alguém a algo, sem que a técnica jurídica ofereça os respectivos meios de sua satisfação, quando a tal resista o devedor da prestação, é um problema que fulmina a legitimidade do sistema jurídico. Um Direito, altamente técnico, a serviço do nada. Tratando-se de uma realidade intersubjetiva, na expressão de Harari¹², a descrença generalizada no Direito, por sua inefetividade,

¹² HARARI, Yuval Noah. *Nexus: uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2024. p. 51-52.

torna-se um problema crônico e abre caminho para o regresso social e democrático, sujeito a soluções violentas e pouco democráticas.

O resgate do papel coercitivo do Direito na obra de Frederick Schauer é de extrema atualidade, porquanto a tradução para o português de seu livro diretamente imbricado no presente tema, intitulado “A Força do Direito”, ocorreu somente em 2022¹³. Ainda que uma das marcas distintivas do Direito seja, sabidamente, o uso da força, percebe-se que a incompreensão contemporânea deste papel venha trazendo prejuízos aos interesses individuais e coletivos.

Inserir-se o tema proposto na área de concentração “Constitucionalismo e Democracia” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), na linha de pesquisa “Relações Sociais e Democracia”, por tratar do vínculo direto entre a coerção jurídica e constitucionalmente possível e a realização dos direitos fundamentais.

Ademais, a temática figura no grupo de pesquisa “Sapere Aude”, da mesma Instituição, conduzido pelo pesquisador Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior, orientador da dissertação a ser produzida. Seu principal objetivo é realizar um diagnóstico da realidade nacional, buscando encontrar os principais entraves para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, precisamente o escopo deste trabalho. Defende-se que o papel da coerção, na norma e no ordenamento jurídicos, sejam essenciais para tal finalidade.

2. A COERÇÃO NO DIREITO

Buscar uma definição de Direito é tarefa árdua¹⁴. Resumi-lo a um “conjunto de normas que regulam as relações sociais, visando à ordem social” traz dois problemas: a um, o recurso a outra definição sucessiva (o conceito de *norma*, tão equívoco quanto¹⁵); e ainda, passar a defini-lo por aquilo que *faz* e não por aquilo que é.

¹³ SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 1-22.

¹⁴ “Em parte, o que chamamos vulgarmente de direito atua, pois, como um reconhecimento de ideais que muitas vezes representam o oposto da conduta social real. O direito aparece, porém, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se veem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do status quo, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 13 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. p. 11.

¹⁵ Nem mesmo o conceito de regra, menos contaminado pelo neopositivismo, escapa da indefinição, podendo significar, por exemplo, uma categoria jurídica, uma imposição com variados graus de

Ontologicamente, assim, parece não haver resposta. Escapar da recursividade é praticamente impossível¹⁶. Inegavelmente, qualquer que seja o conceito adotado, deve-se encará-lo como uma realidade social¹⁷.

Não é difícil perceber que o Direito nasce com a sociedade; o brocardo *ubi societas, ibi jus* é tão vetusto quanto verídico. Passando ao largo das polêmicas jusnaturalistas¹⁸ e platonistas¹⁹, parece adequado referir que, da divisão de tarefas dos caçadores-coletores (que já existiam há mais de 2,5 milhões de anos²⁰) às complexidades de nossas comunidades altamente tecnológicas, a busca pelo *justo* numa determinada situação haja sido problemática corrente, de modo a anteceder até mesmo a linguagem falada. A multiplicidade de discursos jurídicos e de metodologias não auxilia o intérprete que se dispõe a desenvolver resposta única²¹.

Não que a definição de justiça seja menos tormentosa: “aumentar o bem-estar, respeitar a liberdade e promover a virtude” são três correlações comuns – e frequentemente incompatíveis – do vocábulo²². Isso sem falar no *zeitgeist* e no julgamento dos pósteros. Ryan Holiday traz dezenas de exemplos de comportamentos humanos que, à época ridicularizados, como a pretensão de erradicar a escravidão ou consagrar direitos das minorias, hoje são celebrados como corajosos e

coercitividade ou uma compreensão empírica, como afirmar que “em regra, o verão é quente”. Lembra certo doutrinador que “não há regra para situações particulares”. SCHAUER, Frederick. *As regras do jogo: uma análise filosófica do processo de tomada de decisão baseado em regras no direito e na vida*. Londrina: Thoth, 2024. p. 35.

¹⁶ “É isto que atestam os esforços dos comentadores – e são muitos – para definir o direito: toda tentativa de definição, seja ela brutal ou sofisticada, termina sempre por anexar, em desespero de causa, o adjetivo ‘jurídico’ para qualificá-lo. Quando se procura estabelecê-lo pela lei, regra, sanção, autoridade, o bem comum, monopólio da violência, o Estado, sempre é necessário indicar: ‘na condição de que sejam *juridicamente* fundados’. Dito de outra forma, uma inevitável *tautologia* faz parte da definição de direito. Para descrever o direito de forma convincente, é preciso estar já instalado nele”. LATOUR, Bruno. *A fabricação do Direito: um estudo de etnologia jurídica*. São Paulo: Editora UNESP, 2019. p. 313.

¹⁷ “Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. (...) Se o direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir”. ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Editora UNESP, 2016. p. 12.

¹⁹ PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 210-238.

²⁰ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 18 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 33.

²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 769.

²² SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 14.

vanguardistas, pelo espírito de justiça que conseguiram incorporar, na contramão do *status quo*²³.

Certo é que, em algum nível, a prática do Direito deva estar norteada pela Justiça: atribuir a cada um o que lhe cabe, solucionando controvérsias com equanimidade, tendo em vista o bem comum²⁴, ²⁵. A inserção de conteúdos morais (refletindo sobre o que seria justo) no âmbito da ciência jurídica (técnica) é inevitável, mas a forma e a intensidade de sua ocorrência decerto constituem, desde e para sempre, o maior problema na sua rotineira prática. Um Direito sem Moral nos reconduz aos piores momentos do século XX, atribuindo à regra formal validade absoluta, ainda quando injusta; uma Moral sem Direito nos condena a uma eterna discussão inacabada e à vitória não do mais justo ou equânime, e sim do mais forte em determinado momento²⁶.

Na consecução de seu mister, quando lhe é apresentada uma controvérsia a ser dirimida, o Direito declara o que é adequado, após considerar todas as variáveis admitidas, segundo suas próprias regras, inseridas em um sistema lógico²⁷. A isto, dá-se o nome de decisão jurídica, a prática da sua realização, a produção de uma resposta²⁸, conjugando o “acesso aos acontecimentos” (questão de fato) com a “determinação do que o Direito deve fazer a respeito desses fatos” (questão de direito)²⁹. Decisão jurídica é o que se verifica na lei, na sentença, no regulamento – e, igualmente, o que faz o indivíduo, leigo, ao ser confrontado com uma situação, ao

²³ HOLIDAY, Ryan. *Right thing, right now: good values, good character, good deeds*. Nova Iorque, EUA: Penguin Random House, 2024. p. 1-22.

²⁴ “Por esse mesmo motivo, apenas a justiça, das virtudes, parece consistir no bem alheio, porque existe na relação com o outro; pois pratica o vantajoso para o outro, seja comandante ou membro da comunidade”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora 34, 2024. p. 247.

²⁵ Sem mencionar a importância individual da justiça, enquanto valor humano, pois “nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador do seu universo moral, foi destruída, pois a carência de sentido torna a vida insuportável”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 13 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. p. 319.

²⁶ ANDRADE, Melanie Merlin de. *Entre a Moral e o Direito: a contribuição de Kelsen, Dworkin, Hart e MacCormick*. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. p. 21-60.

²⁷ “Uma vez que a pessoa contrária à lei era injusta e a legal, justa, está claro que todas as ações legais são de certa maneira justas; pois as coisas definidas pela legislação são legais e afirmamos que cada uma delas é justa. As leis se pronunciam a respeito de todas as coisas, tendo em mira o que é coletivamente vantajoso para todos, ou para os melhores, ou para os que têm poder, pela virtude ou por alguma outra modalidade do tipo”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora 34, 2024. p. 245.

²⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 13 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. p. 275.

²⁹ SCHAUER, Frederick. *Pensando como um advogado: uma nova introdução ao raciocínio jurídico*. Londrina: Thoth, 2024. p. 196.

menos em tese, disciplinada pelo ordenamento. Enfim, o Direito, calcado em prescrições abstratas e generalizadas, também cria a norma a ser observada entre as partes.

Contudo, isso não basta para conferir legitimidade a um sistema jurídico. Donde a alegoria da venda, da balança e da espada. Decisão jurídica que não considera particularidades dos envolvidos, pois determinaria o mesmo caminho, fossem eles quem fossem, impessoalmente; com equilíbrio de sopesar as diferentes posições, sem excessos punitivos e visando à recomposição das condições anteriores à violação; e com força suficiente para exigir que seja cumprida, ainda que à força, quando não o fora voluntariamente. Nos dizeres de Ihering, “somente é possível que exista o autêntico estado de direito se a Justiça souber brandir a espada tão destramente quanto sabe manusear a balança”³⁰.

Exsurge, portanto, a *coerção jurídica*. Que não é mero exercício arbitrário de força, saliente-se, mas de força *juridicamente* orientada, como resultado de um procedimento técnico, racional e (por que não, ao menos teoricamente) justo. Por meio dela, reveste-se o Direito da capacidade não só de estabelecer o que é acertado, mas também de compelir que tal definição seja respeitada, seja por quem integra relação jurídica específica, seja pela coletividade, ainda que dela só haja fictamente participado³¹.

Remontando à razão de ser do Direito, diz Bobbio que “o objetivo de qualquer legislador não é organizar a força, mas sim *organizar a sociedade mediante a força*”³². Não é a disciplina do poder, é sua orientação para objetivos legítimos. Ronald Dworkin afirma que uma concepção de direito também deve oferecer uma justificativa para o exercício do poder pelo Estado³³. Os fins sociais (e, em certa medida, morais) do Direito são claros, mas ele só se revela eficaz quando as violações da norma são desestimuladas, e as transgressões, punidas.

2.1 O Direito enquanto realidade intersubjetiva

³⁰ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2019. p. 25.

³¹ Como previsto pelo art. 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, tratado a seguir.

³² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 75.

³³ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 134-139.

O entendimento atual do que seja um sistema jurídico compreende desenvolvimentos históricos, como a escrita e a codificação legal. Como dito, entretanto, é inerente à convivência social a consideração acerca do *justo*. Aliás, a própria estrutura cerebral humana foi preparada para desenvolver tais conceitos, em resposta ao desafio adaptativo (necessidade) de colher benefícios de parcerias mútuas, sujeitando-se ao gatilho da trapaça³⁴. Porém, “a moralidade humana foi moldada no decurso de milhões de anos de evolução, adaptada para lidar com os dilemas sociais e éticos que surgiram na vida de pequenos bandos de caçadores-coletores”³⁵ – não de comunidades transnacionais sujeitas a intermináveis regulamentos legais, ou mesmo a *big techs* e seus algoritmos.

Convém referir, todavia, que não são as canetas, os papeis ou as palavras que obrigam alguém a fazer algo. A força da expropriação é tão violenta na atuação do oficial de justiça quanto na do assaltante. Assim, como se poderá considerar a primeira justificada, mas não a outra, se a atuação real é semelhante? A resposta, por óbvio, reside na proteção que o Direito confere ou deixa de conferir, bem como na percepção das pessoas a respeito do ocorrido; em outras palavras, está nas *estórias* que são compartilhadas.

O historiador Yuval Noah Harari defende a coexistência de três níveis de realidade: o *objetivo*, o *subjetivo* e o *intersubjetivo*³⁶.

A realidade *objetiva* independe de crenças e sentimentos. É o caso da gravidade, que existia antes de ser descrita por Newton e continuará afetando o universo, ainda que seja ignorada ou questionada. Pode-se nunca ter viajado para determinado país, mas ele lá está, em sua desgraça ou em seu esplendor, sendo experimentado por milhares, quiçá milhões, de pessoas, aguardando visita. Um asteroide pode ser ignorado por qualquer pessoa que não detenha conhecimentos ou instrumentos de astronomia, mas se o corpo se chocar contra a Terra, seus efeitos serão inegáveis.

A realidade *subjetiva*, por sua vez, contempla crenças e sentimentos pessoais. A dor física que se sente não é observável a olho nu, quando muito por aparelhos sofisticados, que identificarão uma perturbação nervosa. É passível de ser

³⁴ HAIDT, Jonathan. *A Mente Moralista: por que pessoas boas são segregadas por política e religião*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. p. 132.

³⁵ HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 278.

³⁶ HARARI, Yuval Noah. *Nexus: uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2024. p. 51-52.

verbalmente compartilhada, quando um indivíduo dela se queixa, mas não pode ser exatamente transmitida. Pode-se ter uma forte dor de cabeça, sem que nenhum exame de sangue, urina, eletrocardiograma, ressonância magnética ou afins tenha êxito em identificá-la, enquanto alteração orgânica. Mas a realidade da dor persiste.

Não é diferente com sentimentos. O pânico que alguém sente ao ouvir uma forte batida à porta, à noite, pode ser transmitido com palavras, em uma narrativa, até mesmo a ponto de fazer outra pessoa experimentar algo semelhante. Mas ele não possui uma realidade imediata, aferível por terceiros e sujeita à exata transmissão a terceiros da experiência *subjetiva*, por redundante que seja a expressão neste contexto.

Os níveis objetivo e subjetivo, como visto, podem ser alvo de experimentação ou comunicação a terceiros. Mas eles têm algo em comum: uma existência independente da estória que os revela a outrem, externa ou interna a quem a percebe. A última camada da realidade que será examinada, contudo, não possui existência autônoma: reside nas próprias narrativas que são tecidas, nas *informações* que são trocadas, e faz nascer outros tantos elementos, dentre os quais as expectativas³⁷. Trata-se da realidade *intersubjetiva*.

Uma cédula de dinheiro é um mero pedaço de papel colorido; uma moeda não passa de um metal cunhado. As Escrituras são um livro qualquer, uma base física como tantas outras; o sagrado a elas subjacente é o elemento compartilhado. Palavras são riscos que deixam marcas em uma superfície ou sons que partem de pregas vocais. Um policial pode estar armado da mesma forma que um assaltante, mas há algo na farda que veste que faz com que sejam considerados de maneira muito distinta.

As nações existem? Não se fala de seu solo, de seus rios, de suas montanhas, de sua população que certamente estão lá, mas de uma identidade nacional, enquanto Alemanha, França ou Itália. Internamente, no caso brasileiro, União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem existência real? Os times de futebol não passam de seres humanos com camisas de cores diferentes, mas levam seus torcedores ao delírio (inclusive de repercussões criminais, porque quem torce pelo time do bairro ao lado já pode ser considerado o *outro*, o inimigo).

³⁷ HARARI, Yuval Noah. *Nexus: uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2024. p. 51.

A diferença dos seres humanos para os demais, segundo Harari, é a circunstância de serem contadores de estórias. Os mitos criados permitem-lhes a cooperação – quando não diverjam frontalmente, por óbvio³⁸. Ainda que essas ficções sejam óbvias, vive-se enredado nelas, tão inquestionáveis como a água para os peixes. Encontram-se três motivos para isso.

O primeiro: as incrustações do mundo material (o dinheiro tem uma base física e se tende a confundi-la com os efeitos intersubjetivos que provoca). O segundo: o direcionamento dos desejos pelos “mitos” dominantes (a economia é, sim, uma narrativa, mas isso não afasta as necessidades e os desejos das pessoas por comida, casa e carro, por exemplo). O terceiro: a coletividade da “ilusão” (se o CEO de uma empresa dissesse não mais acreditar na existência desta, seria somente “levado imediatamente ao hospital psiquiátrico mais próximo”³⁹; a intersubjetividade faz com que seja preciso convencer milhões de estranhos – e a si próprio – de que uma narrativa não existe)⁴⁰.

Tais narrativas servem a várias funções, todas elas socialmente úteis e louváveis, dentre as quais “unir grande número de pessoas, acumular poder e preservar a harmonia social”⁴¹. Não que não tenham seu impacto traduzido nas realidades objetiva e subjetiva. Como aduz Harari:

Quando pessoas derrubam e incendeiam o templo de Zeus, Zeus não sofre. Quando o euro se desvaloriza, o euro não sofre. Quando um banco vai à bancarrota, o banco não sofre. Quando um país é derrotado na guerra, o país na verdade não sofre. É só uma metáfora. Em contraste, quando um soldado é ferido em combate, ele sofre, Quando um camponês faminto não tem o que comer, ele sofre. Quando uma vaca é separada de seu bezerro recém-nascido, ela sofre. Isso é realidade.⁴²

Transportando o raciocínio ao Direito, as leis existem no papel (e na tela do computador), mas elas valem porque o papel em si nos força a algo ou porque há uma convicção generalizada (unânime, talvez) na sua existência? Pode-se discutir se são justas, corretas, válidas, mas, ainda quando sejam questionadas (e quem sabe por

³⁸ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 18 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 33.

³⁹ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 18 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 121-126.

⁴⁰ A propósito, vê-se, portanto, que o *blockchain* nada tem de inovador, senão a base tecnológica sobre a qual se fundamenta.

⁴¹ HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 388.

⁴² HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 184.

isso), nelas se reconhece uma força imanente, um “algo a mais” que transcende o meio que as veicula (ainda que somente para que seja possível criticá-las). Os juristas são vistos por Harari como xamãs modernos. No exemplo por ele confeccionado, “uma vez que o advogado tivesse desempenhado todos os rituais corretos e pronunciado todos os discursos e juramentos necessários”, os cidadãos franceses passaram a reconhecer a existência da Peugeot, uma pessoa jurídica regularmente constituída, capaz de empregar pessoas, obter lucro, negociar ações, enfim, tendo entrado em existência⁴³.

Em outras palavras: os seres humanos *criam* o Direito. Não uma vez, num ato histórico isolado no tempo, ao promulgarem uma Constituição ou editarem um Código Penal, mas *todos os dias*, seja pelas decisões jurídicas que tomam, seja pela crença coletiva em sua validade. Sua juridicidade depende, evidentemente, de que a norma inferior remonte à norma superior, até a norma fundamental⁴⁴, mas carece, igualmente, de que todos (ou, no mínimo, uma massa crítica) acreditem na sua existência e validade.

Harari alude aos erros nas demarcações das fronteiras dos países africanos, “desenhadas por burocratas europeus que nunca pisaram na África”⁴⁵. Estas culminaram por ignorar formações naturais evidentes, como montanhas e rios, sem embargo da própria identidade étnica dos povos. Tais delimitações, ainda que confirmadas pelas autoridades, pode até ter alterado realidades objetivas e intersubjetivas (o exercício do domínio das fronteiras), mas não teve o condão de gerar o pertencimento esperado nas populações afetadas.

Tanto quanto um cheque assinado por alguém é (ou deve ser) aceito pelo sacado, uma lei é (ou deve ser) aplicada por um magistrado contra o réu de um processo penal. Nem o valor social do cheque, nem o valor social da lei, para além do mero papel que os veicula, fulcram-se nas realidades objetiva ou subjetiva, mas na crença intersubjetiva de sua existência e validade.

A lei possui realidade objetiva, pois passa por um processo de elaboração, de aprovação e é publicada na imprensa oficial. Contudo, a presunção de conhecimento geral de seu teor (como preconizado pelo art. 3º da Lei de Introdução às Normas de

⁴³ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 18 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 40.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. P. 75.

⁴⁵ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 175.

Direito Brasileiro) evidencia a separação entre as realidades subjetiva e intersubjetiva. Uma lei (objetiva) nada significa no interior do mundo (subjetivo) de quem a ignora. Uma lei revogada, mas tida como vigente por um particular, demonstra uma realidade subjetiva divorciada tanto da objetiva (porque o suporte fático não mais existe) quanto da intersubjetiva (pois ninguém mais segue seus preceitos).

A sentença judicial também materializa uma determinação do Poder Judiciário; possui realidade objetiva. Mas não é essa característica – palavras assentadas no papel – que compelem terceiros a se comportar de determinada maneira. Mais do que isso: num comando que manda que Tício entregue algo a Mévio, não só ambos devem estar intimamente convencidos da obrigatoriedade do comando, mas também terceiros, porque Caio saberá que o direito não foi enunciado em seu favor.

Não só atos dos Poderes são Direito: negócios jurídicos privados também representam a “criação do Direito imputável à unidade da ordem jurídica”⁴⁶, como manifestação de confiança em uma estória intersubjetiva, de amplas consideração e validade. Um contrato de compra e venda qualificará as partes e estabelecerá a relação jurídica, mas seu efetivo cumprimento, com o pagamento e a entrega do bem, dependerão muito de fatores anexos, como a crença em sua validade, a previsão de sanções por eventual desconformidade e a existência de instituições que as imponham. Voltar-se-á ao ponto.

Enfim, a narrativa compartilhada para os humanos é como o mar para os peixes: nem se sabe quando se está mergulhado nela. Agora, parece claro como a intersubjetividade seja o sustentáculo do Direito, esse conceito praticamente indefinível que nos permeia. Não por causa das leis que nos regem, mas por conta da “alucinação coletiva” de que tenha vida própria.

Nessa linha, não é difícil perceber que, caso a estória intersubjetiva falhe em produzir efeitos objetivos e subjetivos, deixe de se manter relevante e de fazer a diferença na vida das pessoas, ela também perderá força. Harari nos recorda que, em 1789, “a população francesa, quase da noite para o dia, deixou de acreditar no mito do direito divino dos reis e passou a acreditar no mito da soberania do povo”⁴⁷. O Estado Democrático de Direito é a “ilusão” contemporânea. O que aconteceria se ele não correspondesse à confiança outorgada?

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 67.

⁴⁷ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 18 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. 41.

A ideia que permeia este trabalho é esta: o que acontece com os direitos fundamentais (e com o Direito em si) quando a estória que ele conta, por bem-intencionada que seja, não basta para protegê-los? Será que se pode contar somente com a boa vontade dos indivíduos para que as promessas constitucionais (e uma harmônica vida em sociedade) se concretizem? Ou é preciso que a sobredita intersubjetividade alcance também a certeza de que existem sanções pelo descumprimento da norma, e que elas serão impostas se e quando a violação ocorrer?

2.2 A coerção jurídica: norma e ordenamento

O que diferencia propriamente o Direito das demais estórias que são contadas? Além de estabelecer o que é correto, é característica sua exigir que todos se comportem de maneira conforme a esta definição. O poder, ao cabo, diferencia o Direito da Moral, por exemplo, sendo ambos sistemas sociais nascidos da intersubjetividade. Bobbio assim se exprime:

Se o Direito é um conjunto de regras com eficácia reforçada, isso significa que um ordenamento jurídico é impensável sem o exercício da força, isso é, sem um poder. Pôr como fundamento último de um ordenamento jurídico positivo o poder não quer dizer reduzir o direito à força, mas simplesmente reconhecer que a força é necessária para a realização do direito. O que não é outra coisa senão acentuar o conceito de direito como ordenamento com eficácia reforçada⁴⁸.

O trecho merece uma breve consideração. Embora a força (a coerção) não seja exigida em todo caso relacionado com a ordem jurídica, ao menos sua potencialidade, ao emanar de uma autoridade e se dirigir a terceiros, deve ser, pelo menos, intuída. Assim não sendo, será qualquer coisa, menos Direito.

Por outro lado, o mero exercício da força pode estar completamente dissociado do Direito. Somente ao se aferir a compatibilidade do comando (legal ou judicial) com as normas que lhe sejam hierarquicamente superiores poder-se-á concluir pela sua juridicidade, ou conformidade ao Direito, a qual se determina “remontando a partir da norma inferior à norma superior, até a norma fundamental”^{49, 50}.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 72-73.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 75.

⁵⁰ Para Schauer, a norma última de reconhecimento não é a Constituição, e sim a regra que estabelece a Constituição como principal regra operativa. Uma ficção jurídica que vem bem a calhar no espectro

Bobbio estabelece Christian Thomasius, na Alemanha do final do século XVII, como referencial para a noção de coerção da norma, o que, em sua gênese, não significava outra coisa que a identificar como comando emanado do próprio Estado. Esclarece que Kant já identificara a possibilidade do Direito sem coerção, embora haja reservado especial atenção à ideia oposta⁵¹. Mais sábia ainda é a sua seguinte construção:

A história pode ser imaginada como uma imensa torrente fluvial representada: as barragens são as regras de conduta – religiosas, morais, jurídicas, sociais –, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de “civilização”.⁵²

Bobbio situa o surgimento do Direito “quando cessa esse exercício indiscriminado da força individual e se estabelecem modalidades de exercício da força com referência a quatro pontos fundamentais, *quem, como, quando, quanto*”⁵³. Essa é a estória que envolve o Direito: uma tutela qualitativamente apartada dos cidadãos, submetidos a uma ordem que tem a pretensão de ser sempre justa e dar a cada um o que lhe cabe, segundo regras estabelecidas *a priori*.

Neste particular, cumpre tratar precisamente dos tipos de regras. Podem ser descritivas, quando não determinam um comportamento e meramente destacam um modo de ser regular (“no inverno faz frio”, embora também haja dias quentes), ou prescritivas, quando orientam, controlam ou modificam a conduta dos agentes que “detém capacidade de decidir”⁵⁴. Estas aplicam *pressão*, por possuírem conteúdo normativo que *determina*, em vez de puramente relatarem, um modo de ser.

As regras prescritivas podem se resumir à mera instrução, hipotética e condicionada a um resultado querido (se eu quiser preparar um bolo de certo tamanho, devo usar tantos gramas de farinha). No entanto, em matéria de Direito, o mais comum é que sejam utilizadas para orientar ou modificar um comportamento, ao exigirem que

da intersubjetividade de que ora tratamos. SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 289.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2022. p. 173-187.

⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 6 ed. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 26.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2022. p. 185.

⁵⁴ SCHAUER, Frederick. *As regras do jogo: uma análise filosófica do processo de tomada de decisão baseado em regras no direito e na vida*. Londrina: Thoth, 2024. p. 20.

se utilize cinto de segurança ou não se mate uma pessoa. O complemento, evidentemente, deve participar desse raciocínio: enquanto a consequência de desobedecer a receita de bolo será um sabor desagradável ou uma indigestão, deve-se prever uma sanção real (e impô-la) ao agente que não afivela o cinto ou acaba praticando um homicídio.

Como se vê, uma vez exercida essa abstrata coerção normativa, deverá ser aplicada a sanção em caso de sua violação. Ela possui variadas espécies, com graus distintos de intensidade, desde a mera declaração de nulidade (apenas o não reconhecimento pelo Direito) até as sanções premiaias (destinadas a motivar a prática de determinada conduta, pois o sistema a entende favorável), passando, necessariamente, pela autoexplicativa punição em si⁵⁵.

Aduz Bobbio que, “é da natureza de toda prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser”⁵⁶; acrescenta-se que “o que deve ser, nem sempre será”, mas a essa desconformidade deve corresponder uma consequência, quando humanamente evitada. Busca-se, com a sanção, “salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias”⁵⁷. A reprimenda significa uma resposta à violação, portanto – e tentativa de proteção das expectativas e da narrativa em torno do Direito.

Schauer trata da autoridade do Direito, esclarecendo que “o sistema legal exige que os juízes – e todos os demais – sigam as regras e precedentes mesmo quando os considerem equivocados”⁵⁸. A persuasão do jurista e do leigo são irrelevantes, pois a obediência deve partir da origem e do *status* da lei ou da sentença. Eis a sua importância, ao exigir dos recalcitrantes (ainda que, ou justamente porque também juristas) um comportamento específico, conforme a ordem jurídica.

Não se cogita que o Direito contenha sempre e somente limitações de conduta. São conhecidos os modais deônticos da obrigação, da proibição e da permissão⁵⁹, bem como seus comandos manifestos (obrigatório proibir, proibido permitir, permitido obrigar e assim por diante). À influência dessas previsões dá-se o nome de coerção

⁵⁵ “A sanção, do ângulo linguístico, é, assim, ameaça de sanção: trata-se de um fato linguístico e não de um fato empírico. As normas, ao estabelecerem uma sanção, são, pois, atos de ameaçar e não representação de uma ameaça”. Diríamos melhor: a esta representação de ameaça chamamos coerção. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 5 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 61.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 6 ed. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 250.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 251.

⁵⁸ SCHAUER, Frederick. *Pensando como um advogado: uma nova introdução ao raciocínio jurídico*. Londrina: Thoth, 2024. p. 76.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 45.

(diferindo da mera coação, que não incorpora a legitimidade jurídica à força eventualmente exercida).

Conta Schauer que Oliver Wendell Holmes Jr. recomendava que a perspectiva legal mais relevante seria a do “homem mau”, dotado de egoísmo, de interesse próprio. Isto é, que se pensasse na “previsão da reação judicial sobre circunstâncias fácticas”: em outras palavras, nas possibilidades de reprovação que pudessem ser impostas pelos magistrados se (ou melhor, quando) a norma fosse violada⁶⁰. Não é um mau conselho: é certo que a maioria dos cidadãos se comportará conforme o Direito, por inúmeros motivos, mas é na exceção que ele precisa se manifestar com maior intensidade.

Frederick Schauer⁶¹, com percuciência, afirma que o Direito “tipicamente suporta seus comandos e suas proibições com uma crível ameaça de força bruta ou outras sanções em caso de não cumprimento”, bem como “que, sem a força, o direito com frequência é impotente”⁶². O fato de nem todas as normas conterem coerção não a torna menos digna de estudo. Lembrando Luhmann, Schauer sustenta que a coerção e a sanção façam parte da diferenciação social do sistema do Direito⁶³.

Em suas obras, o jurista questiona a afirmação de que as pessoas sejam tão motivadas ao cumprimento das normas por seu valor intrínseco quanto parece. Em outras palavras, ele duvida claramente que procedam com tanta frequência quanto se acredita de maneira conforme ao Direito sem que haja ameaça de sanção – sem uma coerção claramente definida, portanto.

Quando as pessoas afirmam ter um direito frente a terceiros ou ao Estado, subjaz o intuito de que, caso ele não seja providenciado ou respeitado, sobrevenham consequências àquele que era obrigado a tanto. Num juízo leigo, mundano, as pessoas esperam que aconteça *alguma coisa* quando a norma jurídica é violada. Schauer expõe que a força da regra reside “nas condições que permeiam sua aplicabilidade, aceitação e cumprimento”, o que ocorre desde a infância, como indica o excerto abaixo:

⁶⁰ SCHAUER, Frederick. *Pensando como um advogado: uma nova introdução ao raciocínio jurídico*. Londrina: Thoth, 2024. p. 129.

⁶¹ “Este livro é, assim, uma exploração dos vários aspectos da dimensão coercitiva do direito, perseguida, em grande parte, filosófica e analiticamente, mas com algum apoio empírico. Ele constitui uma descrição, não uma teoria. Certamente não é um sistema. Mas talvez uma simples descrição possa ter algum valor”. SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 7.

⁶² SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 8.

⁶³ *Ibid.*, p. 234-235.

Consideremos uma regra criada pelos pais e destinada aos filhos, determinando que devem “organizar o quarto antes de ir pra escola de manhã”. A regra parece determinar uma conduta obrigatória, mas a maneira com que essa conduta é obrigatória pode ser examinada quando comparamos essa regra simples com outras variações mais complexas: “se você não arrumar seu quarto toda manhã antes de sair pra escola, isso me deixará irritado”; “se você não arrumar seu quadro toda manhã antes de sair pra escola, não vai ter sobremesa no jantar”; “se você não arrumar seu quarto toda manhã antes de sair pra escola, apanhará sem dó nem piedade”. Para uma criança que compreende a regra como uma razão de agir, a última regra torna o comportamento exigido mais obrigatório que as duas anteriores. Na última, sob a perspectiva do destinatário, a opção de não cumprimento está menos disponível do que nos demais casos⁶⁴.

Pense-se o seguinte. Evidentemente, existem freios de toda ordem a nos tolherem os ímpetos: familiares, psicológicos, morais, religiosos, sociais etc. Ainda assim, existem indivíduos que acreditam ser lícito tomar o que é propriedade alheia, satisfazer sua lascívia à revelia da vontade do outro ou mesmo exterminar outra pessoa. Quando as barreiras não jurídicas falham ou são insuficientes, o Direito (Penal, no caso) é a última fronteira, tanto na intimidação indiscriminada quanto na atuação concreta, diante da violação da norma.

Transportando o raciocínio a um caso brando, mas bem brasileiro, à guisa de exemplificação, tome-se a cota de gênero em matéria eleitoral. Há um percentual mínimo de candidaturas femininas, 30% (trinta por cento), conforme o art. 10, §3º, da Lei n.º 9.504/1997. Se a consequência do desrespeito fosse uma mera advertência ou multa, os partidos e coligações sentir-se-iam muito menos motivados a cumpri-la do que na atual conjuntura, em que há a inelegibilidade daqueles que praticaram ou anuíram com a conduta e a declaração de nulidade dos votos obtidos pelo partido, com a recontagem dos quocientes eleitoral e partidário. Parece que tal conclusão seja tão óbvia quanto o exemplo de Schauer sobre os filhos bagunceiros.

Mesmo os profissionais do Direito mostram-se compelidos a agir de determinada maneira. Para além das claras responsabilidades disciplinares, os magistrados “geralmente sentem a ferroada da reversão e procuram evitá-la, o que torna o poder do tribunal um poder experimentado como coercitivo”^{65, 66}. Na atualidade, por força do

⁶⁴ SCHAUER, Frederick. *As regras do jogo: uma análise filosófica do processo de tomada de decisão baseado em regras no direito e na vida*. Londrina: Thoth, 2024. p. 126.

⁶⁵ SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 46.

⁶⁶ Mas não é só. “Os juízes, por exemplo, podem ser promovidos para tribunais superiores com base, em parte, na frequência com que seus julgamentos são confirmados na instância recursal, ou se descobre que suas atribuições e outras condições de trabalho tinham relação com o fato de agradar a seus superiores. Estes podem basear suas avaliações na medida do cumprimento do direito ou, em

dever de fundamentação das decisões, todo juiz sabe que sua sentença sofrerá controle pelas partes e eventual escrutínio de instância superior.

Schauer conclui uma de suas obras com a seguinte advertência:

O direito faz muito mais do que controlar, ameaçar, punir e sancionar, e o direito nem sempre precisa da coerção para fazer o que pode. Mas o fato de que a coerção não seja tudo sobre o direito, e que sequer ela seja definitiva do direito, não quer dizer que nada dela seja direito ou que se trate de uma parte sem importância do direito. Colocar o aspecto coercitivo do direito à margem do interesse teórico é perverso. E, assim, adotar uma concepção de filosofia do direito que facilite esse rebaixamento é ainda mais perverso⁶⁷.

A inquietação de Schauer é pertinente. Por que o senso comum do leigo parece atribuir ao Direito mais força do que o entendimento do jurista? Haveria algum tipo de constrangimento em afirmar que alguns (se não todos) os direitos fundamentais são extraídos a fórceps das instituições políticas e das relações sociais? É inconveniente ou pouco civilizado assumir que a mera afirmação dos direitos não baste para os ver efetivados? Constroem-se elevados edifícios teóricos sem fundação concreta? De tão óbvias, as lições de Ihering são esquecíveis?

A norma jurídica pode fazer uso de prescrições muito específicas, procurando abranger minúcias da maior parte dos casos em que incidirá (sem esperança de esgotá-los, contudo), ou se restringir a prever cláusulas mais abertas (o que Schauer chama de “padrões”), confiando na sua integração posterior pelos intérpretes. A primeira técnica restringe a “habilidade de alcançar o julgamento mais correto em situações imprevisíveis”, dada a quantidade de detalhes a serem considerados; a segunda corre “o risco de fornecer pouca assertividade, previsibilidade e limitação na tomada de decisão”⁶⁸. O Direito é composto por um *continuum* que abrange umas e outras.

São louváveis os incentivos à autocomposição, em todas as formas e fases do litígio. Ela frequentemente faz com que as partes produzam decisão jurídica mais interessante para si do que aquela trazida por um terceiro. Contudo, não se pode ignorar que o Direito precisa preservar um “estoque” de força, caso o consenso não

vez disso, em critérios diferentes e não jurídicos, mas, atualmente, o aspecto a considerar é que mesmo os juízes operam com frequência em um ambiente hierárquico no qual recompensas e punições não são irrelevantes”. *Ibid.*, p. 288.

⁶⁷ *Id.*, p. 252-253.

⁶⁸ *Id.*, *Pensando como um advogado: uma nova introdução ao raciocínio jurídico*. Londrina: Thoth, 2024. p. 187

seja alcançado ou na eventualidade de suas cláusulas serem desrespeitadas. A chancela jurídica do acordo torna-o exigível, atribuindo-lhe maior valia em relação às convenções que não a receberam. Se a ingerência não torna o pacto mais forte, que sentido faria buscá-la?

Essa ausência de preocupação da produção jurídica em matéria de coerção, embora consensualmente percebida pela população, já fora diagnosticada por Dworkin:

A tradição acadêmica aplica uma certa divisão do trabalho ao refletir sobre o direito. Os filósofos políticos examinaram os problemas relativos à força do direito, e os acadêmicos e os doutrinadores se dedicam aos problemas de seus fundamentos. Em consequência, as filosofias do direito são em geral teorias desequilibradas do direito (...). Isso só é possível porque, apesar de rudimentar, o consenso sobre a força é suficiente (...).⁶⁹

O jurista ainda arremata, na linha da intersubjetividade ora explicitada, que a comunidade também compartilha uma ideia do que sejam os fundamentos do Direito. A massa crítica da população acredita que as leis a serem seguidas sejam as do Parlamento, não as da Bíblia, da Torá ou do Alcorão, reservando-as a outros aspectos da vida. A palavra que se cumpre socialmente é a do juiz, não a do padre. A divergência sobre o emprego da força no Direito é menos gravosa do que seria uma discordância em relação às suas bases, que são – ao menos em tese – compartilhadas⁷⁰.

Assim, pode-se concluir que a coerção é um elemento *acidental* da norma jurídica (por não estar presente em todas elas), mas constitui elemento *essencial* do ordenamento jurídico (que dela não pode prescindir e que vê sua legitimidade reforçada a cada transgressão punida). Sem ela, como se vê, o Direito é balança sem espada, impotente – e de utilidade socialmente questionável.

2.3 A função social da coerção

Estando estabelecido que o Direito é, além de um conjunto de regras, um plexo de informações compartilhadas (uma *estória*, na esteira do pensamento de Harari), para que *serviria*? Desta pergunta já se ocuparam inúmeros estudiosos. Embora esta

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 137.

⁷⁰ Id., p. 139.

produção não adote a perspectiva única da teoria dos sistemas, a concepção de Niklas Luhmann serve para aclarar o ponto.

Para o sociólogo, o Direito serve para a estabilização de expectativas normativas, cuja consolidação deve ser entendida como circunstância que se prolonga no tempo. Uma lei, por exemplo, pode entrar em vigência hoje, mas se destina a reger situações jurídicas (e comunicações) que ocorrerão no futuro. Assim, tanto a norma em si, enquanto categoria jurídica, quanto a expectativa, individual ou social, voltam-se para o porvir⁷¹. Nada mais imaterial (ou intersubjetivo) do que isso.

Luhmann defende que a relação do Direito com o tempo faça com que o ordenamento jurídico seja composto por expectativas simbolicamente generalizadas: o futuro é invisível, mas tem a potencialidade de se tornar visível, com o passar do tempo e a sucessão de comunicações, fato que é implicitamente compreendido por todos⁷². Não é uma tarefa exclusiva do Direito, obviamente. “Como estrutura, porém, ele é indispensável, por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações, congruentemente generalizadas”⁷³.

Isso significa um progressivo aumento da complexidade do sistema: as comunicações sociais (ou, no jargão de Harari, as trocas de informações) são intermináveis, mas cada norma produzida no sistema jurídico traz consigo novas possibilidades de conformação ou descumprimento (consenso/dissenso). De expectativas, portanto – e de estórias, realizadas ou não.

Nesse sentido, o Direito “torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não”. Em relação àquelas que constituem expectativas legítimas, o ordenamento jurídico deve prever mecanismos de “recuperação da confiança”⁷⁴. Cognitivamente, a chance de ruptura é sempre prevista pelos atores sociais. Contudo, normativamente falando, o Direito não pode se conformar com a reiterada transgressão a seus preceitos.

Para além disso, o Direito é frequentemente chamado a praticar ingerência em áreas que não seriam, com propriedade, as suas. Não é difícil pensar em exemplos: o tabagismo era amplamente adotado em locais fechados, situação que foi perdendo força, não sendo raro, na atualidade, encontrar leis e regulamentos municipais que o

⁷¹ LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 165-218.

⁷² Id., p. 172-173.

⁷³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. Rio de Janeiro, Atlas, 2015. p. 99.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 175-176.

proíbem. De uma conduta social até incentivada, passou-se a uma clara vedação legal⁷⁵.

As consequências dessa hipotética (muitas vezes, real) inércia são evidentes: a famosa lei que não “pega”, a autoridade que não se respeita, o sistema que não funciona e assim por diante. O cumprimento e o descumprimento da norma possuem relevância; caso contrário, estar-se-á diante de um irrelevante jurídico⁷⁶ (isto é, compatível com uma intersubjetividade que não mais reproduz a estória).

A persuasão e a aceitação da regra jurídica são noções diametralmente opostas⁷⁷: a primeira tem a ver com as razões; a segunda, com o fundamento da autoridade⁷⁸. É fácil compreender como uma ordem social pode sofrer erosão a partir do momento em que se calca somente na autoridade, sem persuadir seus destinatários com argumentos válidos, esvaziando a estória coletiva. Para Luhmann, contudo, o Direito não possui “poder vinculativo”⁷⁹, ainda que deva cominar sanção ao descumprimento.

Nesse ponto, deve-se atentar não mais para a função (abstrata) do Direito em si, mas para funções (concretas) da norma. Primeiramente, para a coerção que esta provoca ao prescrever, proibir ou autorizar determinado comportamento (proteger a expectativa, tanto do cumprimento quanto da violação); em segundo lugar, para a concretização das sanções cominadas para compelir alguém a praticar ou se omitir de certa conduta (a realização do que simbolicamente previra, diante da efetiva transgressão).

Mesmo no campo da psicologia, Jonathan Haidt, ao tratar da responsabilidade, alude ao fato de que, “quando ninguém responde a ninguém, quando preguiçosos e trapaceiros ficam impunes, tudo desmorona”⁸⁰. Isso parece descrever com suficiência

⁷⁵ “Se o direito pode sinalizar pela não aceitação de determinada prática, diz-se, normas anteriormente ausentes contra essa prática podem se desenvolver e normas anteriormente fracas podem ser fortalecidas”. SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 220.

⁷⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 68.

⁷⁷ SCHAUER, Frederick. *Pensando como um advogado: uma nova introdução ao raciocínio jurídico*. Londrina: Thoth, 2024. p. 80-81.

⁷⁸ Aliás, Schauer oferece percuciente análise sobre as fontes do Direito. Quando magistrados passam a utilizar tratados internacionais, decisões de cortes estrangeiras ou mesmo recorrer a instrumentos extralegais (como pareceres de agências reguladoras), isso significa que as fontes tradicionais do Direito mudam – “e com isso muda a natureza do próprio Direito”. Id., p. 95.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 43.

⁸⁰ HAIDT, Jonathan. *A Mente Moralista: por que pessoas boas são segregadas por política e religião*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. p. 80.

o sentimento corriqueiro das pessoas causado pelo descumprimento das normas pelos seus semelhantes. Mas, sabendo que o sistema jurídico é, acima de tudo, uma *estória*, em que praticamente todas as leis se aplicam a todas as pessoas⁸¹, quais os efeitos dessa inoperância para o mundo jurídico e para a convivência social?

Trate-se de um caso bastante prosaico, trazido na literatura por Schauer: as leis de recolhimento de fezes. Suponha-se que uma lei que obrigue os donos de cães a fazê-lo, sob pena de multa, entre em vigor. Haverá quem já o faça, caso em que o Direito estará apenas reforçando o comportamento. Haverá quem se sinta motivado a fazê-lo, simplesmente porque desconhecia a dimensão moral negativa do comportamento (e criará uma norma social, independentemente da sanção, pois se espera que todos recolham os dejetos de seus animais e mantenham o ambiente mais limpo). Essa função persuasiva do Direito é, evidentemente, muito importante⁸².

Contudo, não se pode ignorar que alguns só o farão porque há uma multa envolvida, e se esta não estiver sendo aplicada, deixarão de obedecê-la (e quem o faz voluntariamente, poderá se sentir trapaceado). Nestas situações residirá a importância da coerção jurídica no âmbito social. Como lembra Schauer, “a maioria das pessoas não precisa do direito para lhes dizer o que fazer, e as pessoas fazem a coisa certa na maioria das vezes. Mas há uma diferença entre ‘maioria’ e ‘todos’”⁸³. É para os recalcitrantes que o Direito deve prever meios coercitivos – dos premiais e brandos aos rígidos e violentos.

Jonathan Haidt⁸⁴ faz referência a determinado estudo de psicologia, que demanda dos indivíduos que resolvam um caso legal, concluindo pela inocência ou pela culpa, com base em certo número de informações. Dois grupos de participantes são separados, sendo dito expressamente a um que terá de fundamentar suas decisões e a outro que não haverá qualquer necessidade disso, a fim de verificar se há diferenças nas conclusões.

Os resultados não surpreendem. Aqueles que não devem explicações posteriores exibem “o rol habitual de erros, preguiça e confiança em intuições que

⁸¹ “Num Estado moderno compreende-se normalmente que, na ausência de indicações especiais que ampliem ou restrinjam a classe, suas leis gerais se estendem a todas as pessoas no interior de seus limites territoriais”. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 27.

⁸² SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 220-225.

⁸³ Id., p. 156.

⁸⁴ HAIDT, Jonathan. *A Mente Moralista: por que pessoas boas são segregadas por política e religião*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. p. 80

foram documentados em tantas pesquisas de tomada de decisão”⁸⁵. Já o coletivo que é informado sobre a necessidade de justificar suas escolhas pensa “de forma mais sistemática e autocrítica”. Não que não estejam sujeitos aos equívocos do pensamento puramente confirmatório, voltado a racionalizar um ponto de vista anterior. Porém, ao menos, devem construir um percurso intelectual lógico e defensável ao fazê-lo⁸⁶.

Esse pensamento também encontra guarida no Direito. Schauer, ao tratar do realismo jurídico, relata que “a visão de que a decisão judicial é o produto de escolhas discricionárias disfarçadas de sujeição aos precedentes e outros fundamentos jurídicos, não é apenas bem aceita como também considerada uma questão de sabedoria popular”⁸⁷. Esta ideia contrasta frontalmente com as pretensões de coerência e integridade de Ronald Dworkin – mas que, na prática, é facilmente confirmada.

De maneira clara, Richard Thaler e Cass Sunstein tratam da importância do coletivo para as ações individuais:

As influências sociais se agrupam em duas categorias básicas. A primeira envolve informações. Se muitas pessoas fazem ou pensam algo, suas ações e pensamentos transmitem informações sobre o que seria mais conveniente fazer ou pensar. A segunda envolve pressão social. Se você se importa com o que outros pensam a seu respeito (talvez por acreditar, equivocadamente, que eles estejam prestando atenção ao que você faz), talvez acabe seguindo a multidão para evitar sua ira ou cair nas graças dela⁸⁸.

Harari declara que a “ficção não é algo ruim”, pois, sem ela, “nenhuma sociedade humana poderia funcionar”⁸⁹. Das macroestruturas estatais e econômicas aos jogos esportivos (pois todos os jogadores precisam conhecer e *acreditar* nas regras), as narrativas são essenciais. Todos são “crentes” da realidade intersubjetiva: a gênese de inúmeras ordens pode até ser *imaginada*, mas traz consequências reais, desde as dores causadas pelas guerras nacionalistas até a defesa dos direitos fundamentais nas democracias ocidentais.

⁸⁵ HAIDT, Jonathan. *A Mente Moralista*: por que pessoas boas são segregadas por política e religião. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. p. 80.

⁸⁶ Id.,. p. 81.

⁸⁷ SCHAUER, Frederick. *Pensando como um advogado*: uma nova introdução ao raciocínio jurídico. Londrina: Thoth, 2024. p. 168

⁸⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2019. p. 10.

⁸⁹ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*: uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 184-185.

O escritor nos adverte, ainda, sobre a prevalência de vieses estruturais, de difícil detecção para os cérebros humanos, que representariam “[a] maior parte das injustiças do mundo”⁹⁰. É possível que os operadores do Direito não percebam o quanto a falta de aplicação das regras (de *enforcement*, para usar uma palavra de tradução inexata) esteja afetando indivíduos, grupos minoritários ou mesmo a sociedade como um todo. Para o leigo (e para o afetado, sobremaneira), os efeitos serão claros. Assim como a desconfiança na “força” do Direito.

Na lição de Bobbio:

No âmbito de um positivismo jurídico, isto é, de uma concepção que considera como direito somente o direito posto pelas autoridades delegadas para esse fim pelo próprio ordenamento e tornado eficaz por outras autoridades previstas pelo próprio ordenamento, o tema da legitimidade tomou outra direção, não mais aquela dos critérios axiológicos, mas a das razões da eficácia da qual deriva a legitimidade⁹¹.

A coerção da norma afeta a todos indistintamente, ao menos em tese. Contudo, se as sanções tardam ou faltam (mais do que incidem) perante as violações ou acabam sendo aplicadas mais a uns do que a outros (denotando ruptura da igualdade), pode ser que a realidade intersubjetiva do Direito seja gradativamente abandonada ou substituída por outra, mais populista ou arbitrária (já que os direitos que as pessoas supõem ter estarão esvaziados de concretude).

Outro aspecto a ser considerado é que certos obstáculos, pequenas “coerções” (se é que se pode chamá-las assim) são onipresentes na vida social. Como lembra Schauer, lombadas obrigam as pessoas a dirigirem mais devagar, fechaduras protegem casas e carros, *firewalls* defendem computadores, mas tais medidas costumam passar ao largo do Direito, porque padecem de *sobreinclusividade*. Não é só o ladrão que é impedido de entrar na casa por causa de uma fechadura, mas qualquer pessoa. Isso sem mencionar que o especialista em fraudes encontrará dificuldades, mas não será absolutamente impedido de praticá-las por conta de tais precauções⁹².

Não custa lembrar, ainda, que as sanções podem ostentar natureza positiva, por contraditório que soe. É o caso das sanções premiaias, em que há um benefício

⁹⁰ HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 282.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político*. 26 ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2022. p. 120.

⁹² SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 191-192.

outorgado pela adoção de determinada conduta. Muitos países têm obtido bons resultados com o alistamento militar voluntário ao oferecer educação gratuita, acompanhada de condições de moradia, saúde e remuneração superiores aos salários de entrada na maioria das profissões. Recorrendo novamente ao mundo infantil, é evidente que “as crianças costumam responder melhor à promessa de recompensas do que à ameaça de punições”⁹³.

Transpondo o dado para a seara jurídica, é o caso de redução da carga tributária pelo pagamento antecipado, da dedução de contribuições feitas a certas entidades de assistência social, do famoso desconto de bom motorista outorgado a quem não é multado durante determinado período, da redução das despesas processuais àquele que reconhece o pedido, ou mesmo as atenuações de pena decorrentes dos acordos de colaboração premiada ou de *whistleblowing*.

Os exemplos podem ser dos mais rotineiros aos mais complexos. Para melhorar a saúde geral de uma população fumante, por exemplo, o Poder Público pode onerar significativamente as empresas que comercializam cigarros e/ou reduzir a carga tributária de medicamentos voltados à superação do vício, conceder gratuitamente recompensas monetárias aos cidadãos que se comprometam a deixar de fumar, organizar campanhas antitabagismo etc.

Em relação ao meio ambiente, por sua vez, o Estado pode tanto punir os poluidores nas searas civil, penal e administrativa quanto subsidiar empresas para aquisição de equipamentos de controle da poluição, reduzir tributos daqueles que modernizarem seu maquinário, garantir benefícios àqueles que preservem área superior à reserva legal, entre outras incontáveis possibilidades⁹⁴. São decisões pragmáticas, mas também jurídicas, todas as supracitadas – e que perpassam os temas da coerção e da sanção.

Ainda assim, convém-se que as sanções premiaias podem simplesmente não interessar. O incentivo tributário àquele que controla seu desmatamento pode ser inferior ao lucro obtido. Quando o crime compensa, o bandido o pratica. Nesse caso, é evidente que sanção pura e simples deve existir e ser (gravosamente) aplicada, sob pena de esvaziamento do valor que a norma pretendia proteger. Inegavelmente, pelo transgressor, sempre existe um cálculo: entre o proveito do malfeito e a punição caso

⁹³ Id., p. 170-171.

⁹⁴ Id., p. 177.

seja flagrado, o risco vale a pena⁹⁵? O papel do Direito é fazer com que a resposta seja negativa.

Como última consideração, deve-se, ainda, abordar as consequências reputacionais das transgressões. Sendo os humanos seres sociais, que vivem em comunidades reais e virtuais, a pecha dos adjetivos também tem um papel a ser exercido. A vergonha pública e o julgamento não das instituições, mas dos pares, constitui uma forma própria de punição. Ao impedir que certas reprimendas sejam divulgadas, restringindo seu conhecimento a poucos indivíduos, o Estado pode estar incentivando a reiteração de condutas indesejadas.

Enfim, percebe-se que o Direito possui inúmeros mecanismos para a orientação dos fins sociais. Alguns consistem na punição de comportamentos indesejados; outros, em incentivos (positivos), voltados a resultados pretendidos. Tanto a cenoura quanto o porrete têm seu papel⁹⁶, e o Direito “é vital precisamente por causa da necessidade frequente de persuadir as pessoas a deixar de lado seus próprios julgamentos do correto”, pois eles estarão errados com mais frequência do que seus destinatários acreditarão⁹⁷. Em qualquer dos casos, a expectativa de que ocorram consolida a legitimidade (e a intersubjetividade) do ordenamento jurídico e do Estado do qual emana.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se a sociedade caminha para algum lugar, deve ser para a efetivação da justiça e da realização dos objetivos individuais e coletivos. Um horizonte diante de nós, inalcançável, mas sempre presente. Se, como se disse, o Direito serve para concretizar expectativas, as mais elevadas e críveis dentre estas só poderão ser os direitos fundamentais. O Estado deve se propor a exercer o Direito com vistas à proteção e a emancipação das pessoas e das comunidades que formam⁹⁸.

⁹⁵ Com franqueza: não é essa a equação que se tenta solucionar cada vez que o limite de velocidade é excedido na rodovia, ponderando se há fiscalização, se a multa é cara, se a pista está em boas condições e outros fatores?

⁹⁶ SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 169.

⁹⁷ Id.,. p. 232.

⁹⁸ Não que, evidentemente, diferentes concepções não possam – ou devam coexistir. “Resta-nos examinar se a felicidade do indivíduo é ou não a mesma que a do Estado. É evidente que é a mesma, e ninguém deixará de concordar com isso. Todos aqueles que fundamentam a felicidade do indivíduo na riqueza, declaram o Estado feliz quando ele é rico; os que estimam antes de tudo o poder tirânico, dirão que um Estado feliz é aquele cuja dominação se estende sobre o maior número possível de súditos; se se aprecia o indivíduo principalmente por sua virtude, considerar-se-á o Estado mais virtuoso como o mais feliz”. ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 118.

A afirmação dos direitos fundamentais como centrais a determinado ordenamento jurídico depende do reconhecimento concomitante da supremacia da Constituição. Os valores essenciais à determinada comunidade política nela estão presentes, em sentidos formal e material, sendo evidente que valores individuais e sociais, como liberdade, igualdade, segurança, saúde, educação e outros, recebam a maior proteção possível.

O fenômeno da constitucionalização do Direito trouxe novos contornos às pretensões de emancipação do ser humano. A transição dos Códigos para as Cartas (da mera lei para a política plena, enquanto projeto de Estado) permitiu que os conteúdos mais caros à existência fossem tidos não mais como nascidos do Direito, mas por ele reconhecidos. A liberdade foi vista como uma expressão da humanidade, não uma concessão dos poderes constituídos. Considerou-se a igualdade como um pressuposto, mas também como uma meta, no intuito de superar diferenças históricas. A propriedade passou a ser entendida como o exercício de uma potencialidade humana, não como uma outorga legal.

Se a Constituição adquire primazia, os direitos fundamentais por ela contemplados deverão, igualmente, demonstrá-la. Representam a base ética de todo o ordenamento jurídico, com consequências práticas evidentes aos operadores do Direito: a) a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais incompatíveis com os direitos fundamentais; b) a não recepção das normas infraconstitucionais anteriores ao Texto vigente; e c) por fim, a necessidade de reinterpretar leis anteriores à Constituição⁹⁹.

O Direito passou por uma constitucionalização: todas as áreas foram inundadas pelos conteúdos (jurídicos, mas também morais) das Constituições. Qualquer matéria, do Civil ou Penal, do Direito Administrativo ao Trabalhista, deve ser examinada em um processo de “filtragem constitucional, para que se conformem à tábua axiológica dos direitos fundamentais¹⁰⁰.

Os direitos fundamentais caminham lado a lado com a democracia. O exercício da soberania pelo “governo do povo” forçosamente deve tutelar, na maior intensidade possível, suas pretensões. Afinal, ela não passa de um *autogoverno*, exercido, no

⁹⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 257.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 114.

modelo brasileiro, por representantes eleitos, nos Poderes Executivo e Legislativo¹⁰¹. “É por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais”¹⁰².

Por outro lado, a imprecisão conceitual pode dar ensejo a um esperado paternalismo estatal, levando os administrados a crerem ter direitos que, em verdade, não possuem, banalizando a expressão. Eles devem possuir, sobretudo, uma base normativa acrescida de um conteúdo ético, referindo-se à autonomia da vontade, à integridade física e moral, à irredutibilidade do ser humano à condição de coisa, entre outros aspectos¹⁰³.

Samuel Fonteles propõe algumas correções na leitura (exacerbadamente) clássica dos direitos fundamentais, como a necessidade de se reconhecer que a cada um deles corresponde um dever, que eles também estão sujeitos a abuso e que não mais se concebem como mera abstenção, demandando atuação concreta do Estado¹⁰⁴.

Há certa associação entre as expressões “direitos fundamentais” (de difícil conceituação, mas certamente invocáveis como parâmetro constitucional¹⁰⁵), “direitos humanos” (associados ao seu progressivo reconhecimento pelo direito internacional) e “direitos do homem” (que remetem a uma matriz jusnaturalista, seriam pré-positivados). De qualquer maneira, resultam de discursos morais justificados ao longo da História e incorporados pelos ordenamentos jurídicos.

É comum classificá-los conforme sua utilidade: há direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, direitos de associação política (partidos políticos) e assim por diante. Fala-se, ainda, de gerações de direitos fundamentais, respeitando essa progressiva aquisição, como se analisará posteriormente. Afora isso, por mais que estejam presentes no texto constitucional, admite-se que nele faltem, sendo mera decorrência de outros valores nele previstos.

Como leciona Bobbio:

A reviravolta, a descoberta da outra face da Lua, até então desconhecida, ocorre no início da era moderna, com a doutrina dos direitos naturais que pertencem ao indivíduo singular. Esses direitos precedem à formação de

¹⁰¹ Não que o Poder Judiciário também não seja democrático, mas sua maneira de exercício é argumentativa e sua forma de ingresso não se submete aos pleitos.

¹⁰² CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 437.

¹⁰³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 16.

¹⁰⁴ VITORELLI, Edilson (Org.). *Manual de Direitos Difusos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 43-44.

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014. p. 128.

qualquer sociedade política e, portanto, de toda a estrutura de poder que a caracteriza. Diferentemente da família ou da sociedade senhorial, a sociedade política começa a ser entendida de modo prevalente (...) como um produto voluntário dos indivíduos, que com um acordo recíproco decidem viver em sociedade e instituir um governo¹⁰⁶.

Cumprido ressaltar que os direitos fundamentais em si, embora frequentemente positivados, não dependem de sua inclusão topológica em determinado rol, constitucional ou legal. São os chamados “direitos fundamentais fora do catálogo”¹⁰⁷. A partir dessa ideia, pode-se aludir a direitos fundamentais em sentido formal (apenas por constarem da enumeração constitucional) e em sentido material (quando implicitamente decorram do regime adotado pela República ou por tratados e convenções internacionais).

Igualmente importante ressaltar sua condição de cláusulas pétreas, postas ao abrigo, inclusive, das emendas constitucionais tendentes a abolir seu escopo protetivo (art. 60, §4º, IV, da CR/1988). Com isso, integram a identidade do Estado Democrático de Direito brasileiro e permanecem protegidos contra eventuais tentativas de erosão por parte de gestores e legisladores pouco escrupulosos.

Veja-se, primeiramente, como os direitos fundamentais se desenvolveram historicamente e como podem ser classificados, a fim de que se possa extrair sua máxima utilidade, tanto em seu sentido jurídico quanto para as finalidades deste trabalho.

3.1 Histórico e classificações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais gravitam em torno de um conceito fundamental: a dignidade da pessoa humana. De todas as estórias que a humanidade criou, talvez essa seja a que maior avanço civilizatório trouxe, por proteger indivíduos e coletividades, em diferentes momentos históricos, propondo-se sempre ao avanço da proteção dos interesses humanos.

Tratando dessa relação, as palavras de Ingo Sarlet:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo)

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: fragmentos de um dicionário político. 26 ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2022. p. 83.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024. p. 119-130.

fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelo menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na CF) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana¹⁰⁸.

Para Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana pode ser decomposta em três conceitos: valor intrínseco (condição especial do ser humano), autonomia (autodeterminação na perseguição de ideais individuais de vida boa) e valor comunitário (interferência estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal; os reflexos individuais da dignidade não podem ser absolutos)¹⁰⁹. São esses vetores que orientam a formulação contemporânea de direitos fundamentais¹¹⁰.

Por outro lado, o “fechamento” de um conceito único de dignidade da pessoa humana deporia contra sua utilidade. É justamente por conta de sua incompletude que seu papel é bem exercido dentro do Direito, já que os “riscos e ameaças” a que os indivíduos estão sujeitos dificilmente podem ser previstos. Ele é a “porta de entrada para as exigências da moralidade pública”¹¹¹.

Ainda que os direitos fundamentais tenham nascido sob uma matriz jusnaturalista, recorda Bobbio que “o que renasce continuamente é a necessidade de liberdade contra a opressão, de igualdade contra a desigualdade, de paz contra a guerra”, independentemente do que “os doutos pensam sobre a natureza do homem”¹¹². Pragmaticamente, os direitos fundamentais não precisam de crítica; dependem de aplicação.

As raízes da ideia de direitos inerentes ao ser humano podem ser traçadas até a Antiguidade, com o Código de Hamurabi (Babilônia), mas sobretudo na Clássica (Grécia e Roma), com conceitos de lei natural e reflexões sobre o homem em sua essência, tratando do papel da virtude e da razão. No entanto, a noção de direitos subjetivos era restrita a certas classes, não se podendo fazer a menor alusão a sua

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024. p. 125.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Fórum, 2012. p. 112.

¹¹⁰ Não se ignora, por óbvio, que existam direitos fundamentais não diretamente associados com o ser humano, orientando-se à natureza, por exemplo. O que não invalida a noção de que a dignidade da pessoa humana é “basilar, mas não exclusiva” para seu desenvolvimento. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 442.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 82.

¹¹² BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Editora UNESP, 2016. p. 233.

universalidade. Ademais, o direito fundamental por excelência era a participação da vida política, o que é apenas uma das facetas atualmente reconhecidas para o conceito.

Na Idade Média, surgiram movimentos para a limitação do poder monárquico, como a *Magna Carta* de 1215, na Inglaterra, que previu a vinculação do soberano às próprias leis que edita, além de estabelecer o devido processo legal como restrição ao arbítrio. A *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689), entre outros documentos, deram seguimento a essa ideia.

Posteriormente, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), nos Estados Unidos e na França, respectivamente, foram importantes marcos do constitucionalismo liberal, pioneiras em reconhecer direitos inatos, como a liberdade e a igualdade de todos perante a lei.

Na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, editou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento extenso e capaz de, ainda hoje, quase oito décadas depois, tutelar a maioria dos direitos fundamentais que são tomados como o cerne das proteções jurídicas, como ideal comum a atingir por todos os povos e nações. A noção de que “o Estado é o instrumento por meio do qual o homem – o fim – satisfaz os seus direitos”¹¹³ passou a se consolidar definitivamente.

A História mostra que a obediência cega ao legalismo e à hierarquia normativa, sem valoração axiológica, produz resultados não só juridicamente questionáveis, mas desumanos. Ordenamentos jurídicos limitados à remissão a uma autoridade superior causaram os sofrimentos mais atrozés do século XX, como o Holocausto e as perseguições do Estado alemão a inocentes, em meio à Segunda Guerra Mundial.

O positivismo, por si só, à procura de objetividade científica, esvaziou os preceitos do jusnaturalismo e dos princípios morais que lhe eram transcendentés. A proteção que concedia à mera legalidade, por sua vez, ruiu juntamente com o nazismo e o fascismo. Tais barbáries, conquanto profundamente lamentáveis, moldaram a contemporaneidade e o pensamento dos juristas¹¹⁴. Conclui George Marmelstein que, “a partir do julgamento de Nuremberg, qualquer violação à dignidade humana

¹¹³ CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 472.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. p. 90.

praticada como política de governo passou a constituir desrespeito à humanidade como um todo”¹¹⁵.

Na célebre construção de Bobbio,

(...) a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.¹¹⁶

Afinal, se a evolução humana é fruto de dores e lutas, não seria diferente com os direitos em si, que representam parte daquela. Como lembram Gilmar Mendes e Paulo Gonet:

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política.¹¹⁷

Brugger acertadamente refere que os direitos fundamentais são “respostas a violações passadas de necessidades básicas fundamentais e aos valores humanos legitimadores com o intuito de impedir perigos semelhantes no futuro”¹¹⁸. Devem ser eficazes “para frente”, diante da possibilidade de repetição de tais vulnerabilidades, resignificando-se quando necessário.

A (re)avaliação do Direito, absorvendo conteúdos morais das comunidades por ele regidas, serviu para a consagração da centralidade dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos. Lembrando o conceito de filtragem constitucional, não mais se cogita da análise de uma norma posta sem que se identifique que busque promover a dignidade da pessoa humana, ou que materialize a igualdade, ou que resguarde a liberdade dos cidadãos, por exemplo.

¹¹⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 8.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 5.

¹¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. p. 17.

¹¹⁸ BRUGGER, Winfried. *A cruz antropológica da decisão na política e no direito*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 160-161.

Passa-se, gradativamente, de uma relação que privilegia o Estado soberano, na imposição de suas regras aos súditos, ao reconhecimento de que os cidadãos possuem direitos exigíveis do Poder Público, que passa a servi-los, numa “radical inversão de perspectiva”¹¹⁹. Importa o que o Estado pode oferecer ao ser humano, impedindo-se a instrumentalização deste.

Adotando-se celebrada conceituação que respeita a aquisição (ou construção, descoberta, como se queira) histórica dos direitos fundamentais, pensada por Karel Vasak, celebrado jurista tcheco-francês, pode-se falar de distintas gerações (ou dimensões) de direitos.

A primeira geração englobaria direitos de liberdade, relacionados com os direitos civis e políticos, a demandar abstenção do Poder Público (característica negativa) e respeito às condições individuais. Relaciona-se, portanto, com a superação do Estado Absoluto pelo Estado Liberal. O ambiente intelectual era sufocante sob todos os aspectos, impondo pensamentos em matéria de costumes, economia, religião etc. Isso sem mencionar a própria inexistência de garantias processuais penais, permitindo que o soberano e seus comandados praticassem perseguições infundadas¹²⁰.

A ascensão da burguesia e o liberalismo econômico trouxeram novos ares a esta compreensão, desaguando nas Revoluções Americana e Francesa. O Estado passou a ser compreendido não como opressor, mas como garantidor de direitos básicos, voltando-se, à época, aos interesses dos comerciantes, à observância da legalidade e à limitação de suas intrusões na vida privada e na autodeterminação dos indivíduos.

A segunda trataria dos direitos de igualdade (sociais, culturais e econômicos), representando uma perspectiva coletiva de seu desenvolvimento e a concretização de prestações sociais, voltadas à elevação das condições de vida no geral. Tem fundamento, portanto, no Estado Social, naquilo que o Ente pode oferecer aos indivíduos e à coletividade, estendendo um manto protetor sobre seus integrantes desfavorecidos.

A Revolução Industrial trouxe acentuados avanços à sociedade, mas a prosperidade ocorreu às custas dos trabalhadores. O luxo, antes reservado às famílias reais, passou a ser apanágio dos burgueses, sustentados pelos numerosos

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 4.

¹²⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 30.

funcionários fabris. Tal situação deplorável constituiu a gênese de um novo modelo político, sob gradativas incursões do Estado, a fim de promover condições mínimas de existência.

Inicialmente voltadas à questão trabalhista, como salário-mínimo, férias, limitação de jornada de trabalho e afins, as medidas logo se estenderam a áreas conexas, como saúde, educação, alimentação, assistência social e afins. Buscou-se a garantia de um padrão mínimo de humanidade, protegido do mero *laissez-faire* burguês. A dignidade humana passa a ser entendida como um padrão superior, a exigir atuação estatal.

A terceira categoria envolve direitos de fraternidade ou solidariedade, abarcando todo o gênero humano e suas pretensões. Nestas, pode-se incluir o meio ambiente natural e cultural, o desenvolvimento, a comunicação, isto é, direitos difusos, de titularidade indeterminada, mas, não por isso, menos relevantes para as comunidades.

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial produziram esta compreensível reação, no intuito de elevar a nível transnacional as preocupações de povos determinados. Muitos desses direitos passaram a ser abordados em acordos e tratados internacionais, a fim de que uma proteção mínima fosse estendida a todos os seres humanos, independentemente de economia, geografia, política ou demais questões a que estivessem sujeitos.

Alguns autores tratam de elenco ainda maior de direitos fundamentais, referindo existir uma quarta e até uma quinta dimensões, nas quais se incluiriam direitos fundamentais relacionados com a contemporaneidade, como a cidadania, a democracia, a paz, a proteção contra o terrorismo e o patrimônio genético, por exemplo¹²¹. Ainda assim, não se pode olvidar da advertência de Paulo Gonet, no sentido de que alguns direitos ditos “novos” sejam apenas os antigos, com nova roupagem, como a consagração do direito à vida na oposição à manipulação genética¹²².

Algumas características dos direitos fundamentais incluem, mas não se limitam a sua relatividade (pois um direito pode ser limitado pelos demais), imprescritibilidade (não sujeição ao tempo), inalienabilidade (impossibilidade de transferência a outro

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009. p. 254.

¹²² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. p. 136.

titular), irrenunciabilidade (não passíveis de renúncia, somente de limitação de exercício), inviolabilidade (de observância obrigatória), universalidade (aplicáveis a todos), efetividade (devendo ser implementados) e historicidade (pois resultantes de uma marcha temporal)¹²³.

Sublinham-se, ainda, as funções dos direitos fundamentais. Para que servem, afinal, de modo a não se esvaírem em mera retórica? Segundo a doutrina, algumas dessas finalidades incluem a defesa (do indivíduo contra a atuação do Estado, que não pode ou deve inibir as ações de seu titular), a prestação (em favor do indivíduo pelo Estado, garantindo condições favoráveis ao seu exercício efetivo, seja ela jurídica ou material), a proteção perante terceiros (cabendo ao Estado adotar medidas eficientes para resguardar seus detentores da ação alheia) e a não discriminação (permitindo que todos fruam de suas posições em igualdade)¹²⁴.

Mais do que isso, servem as lições de José Joaquim Gomes Canotilho acerca da função dirigente da Constituição. A Carta Política está repleta de normas programáticas que nunca se exaurem, um projeto de ação aberto no tempo, as quais organizam um plano material que molda decisões políticas (e jurídicas) futuras, sobretudo em matéria de direitos sociais^{125, 126}. Como é da natureza do Direito, ela projeta um dever-ser.

Para as finalidades deste trabalho, afigura-se importante analisar como o Direito, subjetivamente, impõe tanto a particulares quanto a agentes públicos o respeito aos direitos fundamentais, além de informar toda a interpretação jurídica, assunto de que se tratará a seguir.

3.2 A eficácia dos direitos fundamentais e a vedação de proteção deficiente

¹²³ GONÇALVES, Bernardo Rodrigues. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 324.

¹²⁴ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 447-451.

¹²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2001.

¹²⁶ Sabe-se que Canotilho, em fase posterior de seus escritos, tornou-se bastante cético quanto a esta potencialidade, reconhecendo na Constituição uma “direção indireta”, a reclamar fortemente a participação da sociedade civil. Isso não elimina o acerto da tese: as Cartas Políticas são, sim, um projeto voltado para o futuro, e jamais se duvidou de que a população devesse fazer parte de sua concretização. Nesse particular, inclusive, inserem-se as eficácias horizontal e diagonal dos direitos fundamentais, bem como o papel que a coerção deve exercer sobre pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006. p. 127-129.

Como visto, por estarem no vértice do ordenamento, segundo o óbvio primado da hierarquia, os direitos fundamentais possuem plena aplicabilidade em relação às normas que lhe sejam inferiores. Ainda assim, doutrinariamente, existem teorias que nos auxiliam na compreensão de seu real alcance, refletindo a evolução de seu campo de aplicabilidade.

Podem-se conceituar duas dimensões dos direitos fundamentais. A dimensão *subjetiva* faz nascer uma posição ao destinatário da proteção e um dever àquele que deve garanti-la. Em outras palavras, impõe uma atuação aos representantes do Estado, seja ela positiva (concretização dos direitos por comissão) ou negativa (defesa do espaço de liberdade; omissão estatal). Aos titulares do direito fundamental, torna-se lícito, inclusive, buscar a via judicial para efetivá-los, por ter sido incorporado ao seu patrimônio jurídico.

Já a dimensão *objetiva*, por sua vez, põe os direitos fundamentais como centrais e geradores de eficácia irradiante, que se espalha por todo o ordenamento jurídico, a partir do momento que “devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista (...), mas também sob o ponto de vista da sociedade”¹²⁷. Fornecem diretrizes para a conformação do ordenamento jurídico como um todo e dos Três Poderes da República em sua atuação rotineira.

Em precisa formulação, Gilmar Mendes e Paulo Gonet:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.¹²⁸

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024. p. 153.

¹²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. p. 165.

Em sequência a tais noções, pode-se referir às diferentes eficácias dos direitos fundamentais. A eficácia *vertical* é aquela que se opera entre o Estado e os particulares; esta acepção é de fácil verificação, sobretudo quando se pensa nas duas primeiras dimensões de direitos fundamentais (direitos civis e políticos, como abstenções e direitos de participação; e econômicos, sociais e culturais, como garantia de bem-estar social).

Porém, também se deve reconhecer que devam ser respeitados nas relações privadas, o que se chama de eficácia *horizontal* dos direitos fundamentais. Profunda discussão doutrinária residiu neste ponto. A doutrina clássica (inclusive americana) entende que, na linha de sua origem, os direitos fundamentais seriam exigíveis somente perante o Estado, devendo ser endereçados a ações e abstenções do Poder Público. No regime constitucional brasileiro, contudo, prevalece que os direitos fundamentais possuam plena aplicabilidade às relações privadas (eficácia direta e imediata) não se podendo cogitar que o particular desrespeite direitos fundamentais a pretexto de uso (ou abuso) de sua liberdade (de contratar, por exemplo). O art. 5º, §1º, da Carta de 1988 consagra esta compreensão.

Afora isso, pode-se aludir também a uma eficácia *diagonal* dos direitos fundamentais, caracterizada por certa disparidade entre os envolvidos, sem que isso envolva sujeição estatal. É o caso do empregador perante o empregado: este detém a plenitude de seu patrimônio jurídico durante o contrato de trabalho, mas a sujeição laboral em que se encontra jamais justificará que, em nenhuma circunstância, aquele seja vulnerado.

Relevante que se cuide, ainda, do princípio da proibição de retrocesso social. Entende-se inconstitucional qualquer medida tendente a revogar direitos fundamentais já regulamentados, “sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios”¹²⁹. Em outras palavras, quando o Estado institui um direito social, assume a obrigação de não mais atentar contra sua plena realização. A noção também é chamada de efeito *cliquet*, isto é, uma trava, que impede seu retorno ao ponto anterior.

Claro que, por vezes, concluir pela existência ou não de declínio na proteção dos direitos fundamentais é dificultoso. Políticas sociais de transferência de renda, ainda que excepcionais, tendem a criar dependência. Orçamentos possuem natureza

¹²⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 284.

flutuante e despesas imprevistas podem assomar. Por isso, torna-se importante frisar a necessidade dos meios alternativos: geração de emprego, por exemplo, é um pressuposto importante para a superação da crise familiar. Mais adequado é pensar no conceito na linha do que se propõe enquanto cláusula pétrea: que não seja admitida nenhuma tentativa de esvaziamento de seu conteúdo.

Como é de conhecimento geral, o critério da proporcionalidade¹³⁰ possui dois desdobramentos: a proibição de excesso e a proibição da proteção deficiente. Por um lado, o Estado (e os particulares) não podem intervir na salvaguarda de um direito às últimas consequências, devendo ponderar os diferentes valores em conflito. Por outro, não pode se omitir do dever de proteção das posições jurídicas alheias, inclusive contra agressões de terceiros.

A partir do momento em que uma ordem constitucional elege valores fundamentais, estes se constituem em *imperativos de tutela*. Nos dizeres de Juliana Gavião:

Na medida em que a proibição de proteção deficiente traduz instrumento que permite ao intérprete determinar se um ato (ou omissão) do Estado vulnera direito fundamental, percebe-se, claramente, que o princípio em exame possui relação direta com a função de imperativos de tutela dos direitos fundamentais, notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação positiva do Estado para a sua proteção. Opera, portanto, como ferramenta teórica que subjaz ao princípio da proporcionalidade e que, nessa condição, assume a função de controle da constitucionalidade sobre certos atos do legislador, exatamente quando tais medidas retiram a proteção normativa necessária ao adequado desfrute do direito fundamental, da forma como previsto pela Constituição.¹³¹

Sua invocação ocorre, majoritariamente, em matéria de segurança pública. É comum aludir à necessidade de, em juízo de proporcionalidade, recorrer a duras medidas contra a ação de criminosos, a fim de que a segurança pública não se ressinta da atuação antissocial daqueles. Faz-se frequente referência ao abandono das vítimas pelo Estado, que se preocupa, sobretudo, com os direitos fundamentais dos acusados (realidade que recentes alterações legislativas buscaram rever). Contudo, pela relevância do conceito, defende-se a utilização da vedação de proteção deficiente a todos os direitos fundamentais.

¹³⁰ Não se ignora que a proporcionalidade possa ser regra, princípio ou postulado, a depender do entendimento adotado, sendo tema sobre o qual se debruçaram os melhores juristas da contemporaneidade. Preferimos tangenciar a polêmica, propondo um entendimento voltado à práxis, bem ao estilo de Schauer, chamando-a *critério*.

¹³¹ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. *A proibição de proteção deficiente*. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 61. p. 102.

Pense-se no seguinte. Se os direitos fundamentais são o topo do ordenamento e possuem eficácia (objetiva) irradiante, como as demais normas constitucionais, impondo ao Estado (eficácia vertical) e a particulares (eficácias horizontal e diagonal) sua observância, de maneira razoável (juízo de proporcionalidade), é inadmissível e antijurídico que sejam insuficientemente protegidos.

Assim, pode-se afirmar que, quando o Estado pune gestores ímprobos com ineficiência, protege insuficientemente a probidade administrativa, bem como a saúde, a educação e a previdência social, em razão do malbaratamento de seus finitos recursos. Quando o Poder Público admite que particulares ajam em detrimento da sustentabilidade ecológica para privilegiar seus interesses econômicos, há deficiência na proteção do direito (transgeracional) ao meio ambiente equilibrado. Os exemplos são incontáveis.

Calha, ainda, agravar o problema. Vive-se em tempos completamente inéditos na história humana, sobretudo no que se refere à tecnologia. O emprego disseminado da banda larga móvel e a multiplicação dos dispositivos de acesso à internet mal chegam a 20 anos, ao passo que a Revolução Francesa, com seus reclamos de liberdade, igualdade e fraternidade, ocorreu há mais de 230 anos. Os contextos de emancipação de indivíduos e coletividades, em uma e outra época, são bastante diversos.

Jorge Bacelar Gouveia disserta sobre alguns eixos que provocam a mutação do Estado Democrático de Direito para um “Estado Constitucional Pós-Contemporâneo”, tratando-o como Estado de regulação, de participação, de globalização e de risco¹³². Ainda que seja discutível se o modelo original de Estado sofre ou não uma transição tão brusca, é fato que o Direito em si continuará regulando a sociedade, bem como que os direitos fundamentais não poderão admitir retrocessos, como se acabou de discutir.

Flávia Piovesan, acertadamente, lembra que “as novas e emergentes tecnologias ampliam, também, os meios para violação dos direitos humanos, bem como têm apresentado novos riscos e ameaças, antes impensados, aos direitos e garantias dos indivíduos”¹³³. Liberdade de expressão, privacidade e tratamento igualitário são alguns dos valores postos em xeque, à luz do *hate speech*, das *fake*

¹³² GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direitos Fundamentais: teoria geral, dogmática da Constituição Portuguesa*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 95.

¹³³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 13 ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. p. 574.

news, do acesso indevido a metadados, dos algoritmos e da inteligência artificial, apenas para tangenciar assuntos praticamente inimagináveis para a população em geral meros 10 anos atrás, mas que hoje tomam conta dos noticiários¹³⁴.

Canotilho menciona que o “ânimo de mudanças” deve passar por quatro compromissos: necessidades globais (“remover as desigualdades”), contrato cultural (“tolerância e diálogo de culturas”), contrato democrático (“democracia como governo global”) e contrato do planeta Terra (“desenvolvimento sustentado”). Embora algumas dessas propostas sejam questionáveis, é certo que o caminho da comunidade global passa por uma maior integração. Se o Direito não a acompanhar, com uma eficiente constitucionalização (e realização) dos direitos fundamentais, torna-se difícil pensar como a sociedade e o indivíduo poderão alcançar seus objetivos¹³⁵.

Um Direito que não evolua para proteger seus destinatários dos novos tipos de violação será uma ordem sem função e sem legitimidade, pois se destina, precisamente, a atender expectativas normativas. Por mais que esteja sempre, inevitavelmente, atrás dos fatos sociais, não pode se deslocar do que haja acontecido ontem.

Marcelo Neves manifesta-se sobre o conceito de constitucionalização simbólica, aquela marcada pela falta de “vigência social”, isto é, de concretude real. Ocorre quando a hipertrofia legislativa serve ao discurso, mas não à eficácia jurídica dos postulados constitucionais, passando por compromissos dilatatórios, confirmação de valores sociais do grupo predominante (ignorando os demais) e a mera edição de atos normativos sem aplicabilidade prática¹³⁶. A falta de realização das promessas constitucionais – sobretudo em matéria de direitos fundamentais – enfraquece o projeto jurídico-político proposto e resume a Carta a mera retórica política ou “suporte de esperança” sem realização¹³⁷.

Embora não seja seu objeto de estudo, não é difícil perceber como comandos do Poder Judiciário também possam passar ao largo da realização dos direitos fundamentais. A certificação jurídica, a jurisdição em sua etapa inicial (dizer quem tem razão e o porquê) pode ser tortuosa, do ponto de vista da fundamentação (que o digam

¹³⁴ Nesse sentido, a Emenda Constitucional 115 introduziu o inciso LLXXIX no art. 5º da Constituição da República, tratando do “direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006. p. 128-129.

¹³⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 29-41.

¹³⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 1-6.

os *hard cases*). Porém, muito mais difícil é a execução do comando. Qual unidade judiciária brasileira não sofre com fuga da prisão, evasão do devedor, ocultação patrimonial, infundáveis recursos e manobras processuais, mesmo depois do trânsito em julgado?

3.3 Os direitos fundamentais e a intersubjetividade

Conjugando algumas das ideias até aqui tratadas, é cristalino como os direitos fundamentais constituam um dos mais belos exemplos de realidade intersubjetiva na seara jurídica. A simples noção de que, em diversas comunidades, cultural e geograficamente diversas, haja surgido um acentuado sentimento de luta contra o arbítrio e a injustiça, praticados em larga escala, já demonstra a força que as ideias podem adquirir.

Que esse intuito haja sido plasmado em ordens jurídicas, incorporando gradativamente limitações ao Estado, prestações a lhe serem exigidas, substratos de dignidade indistinta entre todos os seres humanos, sobremaneira no campo internacional, é matéria de um refinamento extraordinário. Talvez isso não seja percebido em função de que (como no Direito em si), está-se imerso no oceano, mas a grandiosidade da construção (e os séculos que decorreram desde o lançamento de suas bases) não pode escapar aos olhos.

O problema nasce quando os direitos fundamentais não se concretizam. Aliás, como dito, algum grau de não realização é de lei: o horizonte que se afasta enquanto se caminha. Assim como não se consegue prever a onipresença dos *smartphones*, também não se logrará êxito em antecipar quais valores humanos, políticos e jurídicos serão considerados fundamentais daqui a dez anos. Mas o dirigismo constitucional, na formulação de Canotilho, deve estar em marcha, sem se intimidar pela imprevisibilidade e sem se relegar inteiramente ao futuro; um mínimo de expressão daquilo que é essencial, hoje, ampliando-se amanhã, precisa ser imaginado e realizado.

Há, ainda, uma hipótese pior, mas bastante previsível: a de que direitos já compartilhados sejam retirados da fruição coletiva. Apesar dos percalços e de alguma oscilação, acredita-se que a direção geral da vida em comunidade seja para frente e para cima (*onward and upward*); que os sistemas sociais, econômicos, políticos,

tecnológicos e, claro, o Direito, levem gradativamente a paragens mais sublimes e a uma existência melhor.

O impacto de uma guerra ou de uma perseguição religiosa, até o início do século XXI, podia ser amplo (que o digam as Grandes Guerras), mas era também relativamente contido. As notícias dependiam de mensageiros, desde os galopantes até os operadores de rádio e televisão, segundo cada fase da evolução social. Há uns bons quinze anos, todos são não só mensageiros, mas também produtores de conteúdo, editores, vendedores e o que mais se puder imaginar – quando não os próprios motivos da guerra.

Precisamente por isso, os freios impostos pela sociedade na proteção de seus valores fundamentais devem ser inequívocos e robustos. As travas morais, psicológicas, econômicas, religiosas e afins poderão ser mais sofisticadas. Porém, ao menos em se tratando de Estado Democrático de Direito, a elas seguirá faltando o aspecto central deste trabalho – a coerção pela força, que só à ordem jurídica é lícito exercer.

Como dito alhures, parece retrógrado ter de lançar mão de cominações jurídicas, legislativas ou judiciárias, para garantir direitos fundamentais. O discurso, nobre e encantador, faz parecer que eles sempre existiram (o que é falso, como visto) e existirão (o que é desejável, claro, mas duvidoso). Nestes tempos de transformações tão velozes, de democracia tão tênue, de fontes do Direito tão mutáveis, isso é garantido?

Ainda uma vez, afirma-se que o Direito pode ser visto como uma realidade intersubjetiva; uma “ilusão” coletiva. As leis e as sentenças criam suas ideias, mas não o concretizam. São ações humanas, crendo na sua existência, na sua autoridade, na sua legitimidade, no âmbito dessa “alucinação”, que o fazem. Contudo, quando a informação circula tão livremente e alcança uma massa gigantesca de “sonhadores”, seja ela verdadeira ou falsa, pode-se realmente descansar, sabendo que os direitos fundamentais estarão assegurados, porque um dia houve quem lutasse por eles – e deles foi feito pouco caso, já que sempre estiveram lá?

Tome-se como exemplo a democracia representativa, pura e simples. Quantas são as vozes, em diferentes países ocidentais, que clamam pelo retorno de ditaduras que não viveram? Que ignoram as opressões políticas e teocráticas que ainda grassam em inúmeras nações, em pleno século XXI? Que defendem a eliminação de garantias institucionais, como a independência do Poder Judiciário, por discordarem

do conteúdo de meia dúzia de suas decisões e da postura da minoria de seus membros?

A vedação ao retrocesso só pode ser garantida quando, além de impedimentos explícitos ao encolhimento legal do âmbito de proteção, haja também punições claras a condutas tendentes a tanto. Do contrário, as tentativas se repetirão até que logrem êxito. É evidente que as alterações legislativas conseguem ser controladas mais diretamente pelos atores do sistema judiciário, mas condutas de particulares, no âmbito das eficácias horizontal e diagonal, podem ser igualmente insidiosas.

Concluindo o ponto, breve revisão deste capítulo demonstra o quão refinadas sejam as concepções dos pensadores e constitucionalistas contemporâneos. Percebe-se que o Direito é uma realidade intersubjetiva, uma estória compartilhada (Harari) e que se tem natural aversão àqueles que contrariam as regras (Haidt). Tratou-se do Direito como um sistema social distinto, pois lhe foi atribuída a capacidade de conformação justificada de comportamentos.

Viu-se que os direitos fundamentais partem da dignidade da pessoa humana, estão no vértice do ordenamento jurídico, constituem cláusulas pétreas, integram um programa a ser realizado (Canotilho), possuem constitucionalidade material e são dotados de eficácia objetiva irradiante a todo o ordenamento, ao reclamarem filtragem constitucional de todas as suas previsões. Devem ser concretizados com clareza, não se limitando ao simbólico (Neves). O retrocesso social é proibido, pois as conquistas paulatinas do processo histórico devem ser preservadas.

Por derradeiro, a vedação à proteção deficiente é a característica que merece análise mais aprofundada, à luz da intersubjetividade. Parece que, do ponto de vista da legitimidade do sistema, seja a categoria mais perigosa, pois se refere à concretização material do projeto constitucional, que não se limita a, mas certamente inclui, com primazia, os direitos fundamentais.

Lembrando os escritos de Friedrich Müller, Flávia Piovesan explica:

[...] a “normatividade” não está no texto em si, mas no resultado da junção entre seu teor abstrato e sua aplicação à realidade escolhida, culminando pela formulação de uma “norma de decisão”. Somente mediante a junção entre o “programa da norma”, como ordem jurídica, e o “âmbito da norma”, como a realidade normatizada, extrai-se sua concretude¹³⁸.

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 13 ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. p. 522.

Eventos macro como a Revolução Francesa foram uma reação a séculos de lenta evolução social. Atualmente, tais levantes podem estar sujeitos a uma mera postagem em rede social, compartilhada milhões de vezes (nem que seja por algoritmos, no intuito de alcançar uma desorganização social humanamente querida¹³⁹). A velocidade da vida é absurda. Sujeitas a ela, irrefletidamente, as massas podem pretender experimentar alternativas bem menos sedimentadas do que o Direito, a democracia e o respeito aos direitos fundamentais, caso estes falhem em lhes entregar o que esperam.

Com essas conflituosas ideias, passa-se à última seção do trabalho, buscando explicar como a coerção jurídica pode e deve atuar para impedir a erosão dos direitos fundamentais, com os olhos voltados para as normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras, bem como para sua prática judiciária, e garantir que não sejam insuficientemente protegidos nas decisões jurídicas respectivas.

4 A COERÇÃO JURÍDICA A SERVIÇO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, a maioria dos direitos fundamentais têm a finalidade de induzir uma conduta responsável por parte dos agentes do Estado, nas três esferas do Poder único, que, num Estado Democrático de Direito, emana do povo. São, além disso, incentivos à autodisciplina – em parte porque os direitos implicam responsabilidades, conquanto não seja essa a única razão.

O direito ao voto e a liberdade de imprensa, em especial, devem ter – e, às vezes, de fato têm – o efeito de aumentar a responsabilidade de autoridades que podem perder os cargos que ocupam, ser ridicularizadas aos olhos do público ou até mesmo punidas nas diversas esferas¹⁴⁰. Os seres humanos são sociais, pelo que tanto a punição direta quanto a reprovação alheia causam desgosto, o que é multiplicado quando se está em posição de proeminência (sem mencionar a constante necessidade de novas eleições para determinados cargos, o que implica também a recondução de servidores para postos de comando).

Conquanto mais numerosa, a observância dos direitos fundamentais não é apanágio exclusivo das relações jurídicas que envolvem o Poder Público. Em razão

¹³⁹ EMPOLI, Giuliano Da. *Os engenheiros do caos*. São Paulo: Vestígio, 2023. p. 13.

¹⁴⁰ HOLMES, Stephen, e SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 117.

da força normativa da Constituição, também as relações privadas recebem o influxo de seus conteúdos jurídicos, de observância cogente pelos particulares. Ainda que a publicidade de tais vínculos seja evidentemente mais restrita, isso não significa uma impossibilidade de seu controle ou de sua submissão, sobretudo ao Poder Judiciário, quando violados seus preceitos específicos.

Como visto anteriormente, como consequência de seu efeito irradiante, a doutrina também contempla as eficácias diagonal (quando há certa sujeição de uma parte a outra, como no caso do empregador no que tange ao empregado e do fornecedor em relação ao consumidor) e horizontal (interações entre particulares, teoricamente iguais) dos direitos fundamentais. Diante da complexidade do mundo contemporâneo, não se pode pretender que a mera imposição, de cima para baixo, seja suficiente para que os padrões sejam observados.

Seria realmente elogiável que a evolução histórica apontasse para a ininterrupta elevação da qualidade da vida e do gozo dos direitos, sem percalços ou solução de continuidade. Mais: que, por sua mera introdução no ordenamento jurídico, todos já se vissem compelidos a garantir determinado direito, reconhecendo-o como um avanço civilizatório irrefreável. Contudo, infelizmente, as coisas não acontecem assim.

Já se aludiu ao processo de “filtragem constitucional”: a necessidade de que todos os operadores do Direito enxerguem suas decisões jurídicas utilizando as lentes dos direitos fundamentais. O que se defende aqui é que as lentes não sejam cor-de-rosa, adoçando uma realidade que se mostra bem mais crua. Se a distinção do Direito em relação aos demais sistemas sociais reside no uso justificado da força, como ignorar que ela possa (melhor, deva) ser exigida para a concretização dos direitos fundamentais?

É comum que se olhe para o passado com superioridade, diante de avanços civilizatórios e tecnológicos. Demonstra-se até mesmo incompreensão, já que não se vivem as dificuldades do pretérito. Mas foram os conflitos de seu tempo que nos entregaram o mundo de hoje, como nos recorda Ihering:

Todas as grandes conquistas que a história do direito deve registrar, ou sejam, a abolição da escravatura, da servidão da gleba, a livre aquisição da propriedade fundiária, a livre escolha da profissão e da fé e outras ainda, todas elas tiveram que ser feitas pelos caminhos da luta mais violenta, com frequência, luta que durou séculos e não raro com derramamento de sangue,

e em toda a parte foram os direitos desrespeitados que indicaram esse caminho que o direito percorreu¹⁴¹.

Por mais que pareça haver algum constrangimento em se admitir que a concretização dos direitos não seja automática, em razão de sua importância (e de um suposto refinamento), trata-se de providência necessária para que não sofram indesejada erosão. Abandoná-los à racionalidade humana, duvidosa não (apenas, às vezes) por falta de qualidade, mas por estar sujeita às emoções e pressões sociais, seria muito mais inconveniente.

A realização dos direitos deve estar “amarrada” com a coerção: sanções claras e instituições prontas a fiscalizá-las e aplicá-las. Viu-se com Jonathan Haidt que seres humanos não são exatamente confiáveis – e nada diferente deve ser esperado de sua arquitetura cerebral. As coletividades humanas, compostas pela soma de suas unidades, também não o serão.

Assim, a relevância da coerção deve ser ainda maior quando se trata de concretizar direitos fundamentais. Afinal, caso não exista, “os alvos da proibição exortativa podem acreditar que o direito não leva a sério suas prescrições e, portanto, que essas prescrições não precisam ser levadas a sério por seus sujeitos”¹⁴². Esvaziava-se a razão de ser do Direito, retornando-se a uma Constituição e a uma legislação meramente simbólicas.

Falou-se brevemente, em ponto anterior, do efeito pedagógico da cota de gênero na legislação eleitoral brasileira. Busquem-se outros exemplos. Do ponto de vista estritamente capitalista, não parece razoável presumir que as empresas simplesmente passarão a admitir menores de idade na condição de aprendizes (com todas as restrições próprias da idade) ou pessoas com deficiência. Da mesma maneira, ações afirmativas, quaisquer que sejam, não serão facilmente absorvidas pelas instituições que devem observá-las, a menos que haja coerção envolvida – seja no âmbito da punição, seja no da recompensa.

Somente quando a legislação oferece prêmios ou ameaça os renitentes com sanções (pecuniárias, ablativas de direito, mas também reputacionais, com o deliberado rechaço da opinião pública, ou ainda benefícios, as chamadas sanções premiaias) é que a ampla acessibilidade desses grupos se manifesta. Ora, algumas

¹⁴¹ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2019. p. 29-30.

¹⁴² SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 158-159.

certamente irão. Contudo, como se referiu alhures neste trabalho, crer na boa vontade da maioria não é propriamente equivocado, mas agir como se todos, sem exceção, comportar-se-ão conforme o Direito é um erro.

Parece que um exemplo bastante adequado de coerção jurídica seja, justamente, o Direito do Consumidor. O microsistema de defesa do consumidor possui regimes de responsabilização civil, penal e administrativa bastante robustos, com diversas entidades capazes de promovê-la. Além disso, previu um operante Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, ao qual se agregaram órgãos públicos (Procons Municipais e Estaduais), meios eletrônicos (Consumidor.gov) e sociedade civil (Reclame Aqui), a fim de lhe dar amplas publicidade e efetividade.

Existem tutelas individuais e coletivas dos interesses a seu encargo, a serem buscadas no Poder Judiciário, que passam pelo crivo do Ministério Público e da Defensoria Pública, entre outras instituições legitimadas. Seu rito executivo é profundamente técnico, assim como as disciplinas envolvendo litispendência e coisa julgada. Dito isso, reflita-se: mesmo com todo esse arcabouço, as violações são numerosíssimas, passando por bancos e companhias aéreas até chegarem na mercearia da esquina.

Todavia, mesmo que se reconheça a autonomia científica do ramo consumerista, trata-se de assunto bastante limitado, não se podendo verificar o mesmo grau de capilaridade e de eficiência em diversos outros direitos e interesses ainda mais relevantes. Concede-se que a proteção do consumidor seja essencial do ponto de vista econômico e humano, inclusive. Algumas transgressões podem ter repercussões financeiras severas e oferecer risco real à incolumidade física do usuário de certo produto ou serviço.

Porém, quando se pensa nas violações de direitos que, individualmente, pode-se sofrer, os prejuízos consumeristas não são os primeiros que assomam à mente, com toda a certeza. Sua aplicação é elogiável e guarda relação com questões íntimas dos consumidores, que dependem recursos na aquisição de bens e produtos dos mais variados, mas a matéria com a qual trata não suscita tantas polêmicas quanto a liberdade dos cidadãos, o alcance da saúde universal ou a sustentabilidade da previdência, por exemplo.

Para concluir este ponto, revisita-se o significado de expressão anteriormente trabalhada, a proibição de proteção deficiente:

Portanto, pela proibição de proteção deficiente as medidas tutelares tomadas pelo legislador no cumprimento de seu dever prestacional na seara dos direitos fundamentais devem ser suficientes para oportunizar uma proteção adequada e eficaz, e ainda devem estar amparadas em averiguações cuidadosas dos fatos relevantes e avaliações justificáveis e razoáveis¹⁴³.

Ou seja: a decisão jurídica que envolva a proteção de direitos fundamentais não pode fugir dos fatos, das circunstâncias concretas que serão encontradas por ocasião de sua aplicação. Embora a construção do raciocínio seja jurídica, é imprescindível que se adote suficiente pragmatismo, despido de teorias elaboradas e ideologias mal disfarçadas, para que se identifique, em concreto, se sua maneira de ser é suficiente para que o valor prospere. O Direito não pode estar descolado da realidade.

Tendo isso em mente, vejamos alguns casos concretos em que a coerção jurídica se faz necessária para a plena efetividade dos direitos fundamentais, dos mais severos aos mais brandos. Além disso, superados estes pontos, faz-se necessário verificar como a decisão judicial sobre casos concretos pode se revelar essencial para tanto, sobretudo quando não há uma compreensão majoritária, refletida na lei, sobre seu conteúdo.

4.1 Expectativas de vida em sociedade: segurança pública

Ao assumir quase integralmente o monopólio da força, ao Estado é atribuído o ônus de defender seus cidadãos. Se os direitos fundamentais à vida e à saúde são constitucionalmente consagrados, outro valor correlato merece idêntica proteção, a fim de que ambas sejam suficientemente protegidas: a segurança pública. Proibir o desforço pessoal implica atuar decisivamente para que as transgressões sejam, primeiramente, evitadas, mas também punidas quando efetivamente ocorrerem.

Durante longo tempo, a Criminologia ocupou-se, com primazia, do tratamento dos transgressores. Digressões doutrinárias que, inicialmente, preocupavam-se com a etiologia do crime, logo passaram a tentar justificar a ação dos criminosos, mormente em sua vertente crítica. Isso se refletiu na positivação jurídica, pois os Direitos Penal e Processual Penal previram extenso rol de delitos e complexa disciplina procedimental, tanto na apuração do delito quanto na execução da pena.

¹⁴³ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. *A proibição de proteção deficiente*. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 61. p. 101.

O discurso antipunitivista ganhou corpo. As ideias de que o Brasil possuiria rol de crimes extenso demais, de que neste país se prenderia muito e mal, de que a criminalidade seria originária da exploração capitalista, de que o transgressor seria, antes de tudo, vítima da sociedade, de que o assalto teria uma “lógica”, entre outras, passaram a fazer parte do imaginário coletivo. Tenham ou não um mínimo de verdade, o que certamente passou a integrar a realidade vivida, sobretudo nos grandes centros, é a impunidade, colocando em risco a segurança pública.

Ignora-se que o campo penal seja o exemplo por excelência no que se refere à importância das normas jurídicas sancionadoras. Por mais críticas que o encarceramento dos delinquentes receba, é inegável que o tecido social só não se encontra (ainda mais) esgarçado por conta da repressão ao crime, e que certas sociedades gozam de maior segurança justamente porque o fazem com maior intensidade.

Ao contrário do que preconizam certas correntes criminológicas, não há um componente econômico (ou de classe social) em todos os tipos de criminalidade. Inspirado em Tim Larkin, Diego Pessi denomina “violência associada” aquela que não nasce de um desejo de dominação, de escalada social, mas de *destruição*. A criminalidade violenta é “causa de atomização da sociedade, pois difunde o medo, isola as pessoas e impede a formação de comunidades humanas dotadas de significado”¹⁴⁴. A pusilanimidade no combate ao crime, portanto, deixa a descoberto direitos fundamentais da sociedade e da vítima, além de contribuir para a fragmentação da vida em comum.

Pense-se um instante (de preferência, com honestidade) a respeito do comportamento no trânsito. Quando alguém percebe que não será pego por câmeras ou radares, fica-se muito mais propenso a agir de maneira contrária à legislação, excedendo o limite de velocidade ou realizando manobras que poupem tempo. Pondera-se a razoabilidade de (auto) colocação em risco e de ser flagrado, à luz dos possíveis prejuízos e vantagens que podem advir da conduta. Ou seja: fazer a coisa errada vale a pena?

Guardadas as devidas proporções (e sem ignorar que infrações de trânsito podem igualmente constituir delitos, a depender do caso concreto), Schauer menciona que “o aspecto dissuasor das punições criminais graves opera de maneira

¹⁴⁴ PESSI, Diego. *Violência, laxismo penal e corrupção do ciclo cultural: ensaios reunidos*. Londrina: Editora RDA, 2020. p. 57-58.

semelhante, pressupondo que a ameaça de sanções após o ato impeça, em primeiro lugar, as pessoas de se envolverem em atos proibidos¹⁴⁵. É óbvio que em países onde as penas sejam mais severas e onde a chance de condenação seja maior, haverá certa hesitação em cometer delitos.

Neste caso, a pergunta é realmente: o crime compensa? Bem ao gosto do precitado jurista, não se trata de apelar para esta ou aquela corrente jurídica ou criminológica: isso é a racionalidade humana, corretamente vista por Beccaria quando afirmou que a certeza – enquanto não arbitrariedade, mas também punição esperada – deve ser uma das características da lei¹⁴⁶. Ou, ainda, com La Rochefoucauld: “para a maioria dos homens, o amor à justiça não é mais que temor de sofrer injustiça¹⁴⁷”. O Direito também precisa exercer ameaças e provocar medo, nem que seja da privação de condições básicas, como a liberdade, por período mais ou menos prolongado.

O trabalho do Direito é desestimular violações às suas prescrições, a fim de preservar as expectativas sociais e sua própria integridade. Enfraquecer as políticas relacionadas à segurança pública, abolir crimes, abrandar penas, conceder benefícios irrefletidos na execução penal; esse é o caminho para que a coerção jurídica deixe de ser efetiva, deixando os cidadãos à mercê dos antissociais.

Leis claras, com preceitos secundários pesados, somadas a instituições investigativas e repressivas (Polícias Cíveis e Militares) fortes, com juízo independente sobre a admissibilidade (Ministério Público) e a procedência da acusação (Poder Judiciário), encerrando-se com cumprimento adequado da pena, sem regalias excessivas (Polícia Penal); esse é o ciclo que permite que a população seja protegida dos criminosos. Não ilações infundadas sobre os “pobres” infratores.

Nesse particular, retoma-se também a ideia da importância das sanções reputacionais. Por desejável que seja a ressocialização dos condenados, a consciência de que uma marca lhes será imputada é, sim, fator de inibição de condutas ilícitas. Quando as Cortes decidem favoravelmente a um suposto direito ao esquecimento a favorecer delinquentes, estão facilitando, por óbvio, a superação do estigma do criminoso. Isso trará consequências positivas, como uma ressocialização, em tese, mais apropriada para aqueles que a mereceriam, e negativas, porque se

¹⁴⁵ SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 190.

¹⁴⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

¹⁴⁷ LA ROCHEFOUCAULD, François de. *Máximas e Reflexões*. São Paulo: Editora Escala, 2007. p. 25.

faculta que pessoas que continuam antissociais assim continuem, sem serem detectadas nas comunidades em que se inserem.

Não há resposta fácil a este problema. Diz Schauer:

Assim, embora atos passados não provem absolutamente o comportamento atual, o ordenamento jurídico teme que as pessoas pensem o contrário. Principalmente quando quem pensa o contrário são juízes e jurados. Consequentemente, o ordenamento jurídico há muito assume que os jurados, e até mesmo os juízes, realmente acreditam no ditado “uma vez mentiroso, sempre mentiroso” (...). Em outras palavras, embora atos passados pareçam ter *algum* valor como prova do comportamento futuro, o direito probatório teme que juízes e júris *supervalorizem* esses atos pretéritos. O sistema jurídico teme que a pessoa acusada de roubo já condenada por roubo antes seja, *sem sombra de dúvidas*, presumida de ter cometido este roubo¹⁴⁸.

Isso é um problema a ser evitado, logicamente. Não se está pregando a volta a um juízo de ordálios, a uma inquisição ou a um direito penal do autor. A superação do erro passado existe. Mas aqui se sustenta que não seja automática, pela mera passagem do tempo, e sim merecida. O que foi cometido, se grave e deliberado, precisa ser conhecido pela sociedade, mesmo porque a vítima, frequentemente, não recebeu essa segunda chance do criminoso antes de ser morta, roubada ou estuprada. Vítimas são vítimas; condenados são condenados, e cada qual deve ser tratado conformemente. Essa linha demarcatória, no âmbito da proteção deficiente, deve ser respeitada.

Outro grave problema é a perceptível impunidade dos adolescentes infratores. Existem pouquíssimas instituições para cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado no Brasil. A sensação de que menores de 18 anos são praticamente invulneráveis é presente na sociedade – e nos próprios delinquentes, que percebem quão remota é a possibilidade de sua punição. Essa circunstância é utilizada por adultos, que lançam mão da estratégia de se fazer acompanhar por inimputáveis, a fim de que estes assumam a autoria de delitos que cometeram.

Enfim, não custa recordar que a vedação à proteção deficiente nasce justamente para impedir que a segurança pública e os direitos das vítimas sejam obliterados em contraste com o respeito aos direitos dos criminosos, em juízo de proporcionalidade. Acompanha a evolução da compreensão das prestações devidas pelo Poder Público para a defesa dos direitos fundamentais. No entendimento de Juliana Gavião:

¹⁴⁸ SCHAUER, Frederick. *A Prova*. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 351-352.

A importância do papel do princípio da proteção deficiente na seara do direito penal se dá na medida em que já não mais se pode falar em um Estado que guarda exclusivamente das “liberdades negativas”. O Estado passou a ter função de proteção da sociedade em uma dupla acepção: transcendeu sua histórica função de proteção contra o arbítrio de poder, e alcançou a função de concretização dos direitos prestacionais, e, ao lado destes, a obrigação de proteger os cidadãos contra as condutas delitivas de terceiros¹⁴⁹.

Quando normas ou decisões judiciais afastam determinada circunstância da possibilidade de incidência dos institutos de Direito Penal, deve-se atentar para que os direitos fundamentais da sociedade não sejam arrastados. A proporcionalidade deve se fazer presente na busca e apreensão, na prisão cautelar, na condenação e em todas as etapas da investigação, do processo e da execução de pena. Mas adotar somente o ponto de vista do criminoso é ser míope, ao comprometer a integridade da comunidade em que o delito foi cometido.

Encerra-se o ponto com as lúcidas palavras de Eduardo Giannetti:

A certeza de impunidade, em suma, permite que aflore e venha à luz o grau de enraizamento do compromisso ético – ou da ausência dele. A adesão às normas e o respeito às leis, mesmo em ambientes de segura impunidade, dependem da existência de uma rede de sentimento e crenças morais compartilhadas pelas pessoas¹⁵⁰.

Dito de outro modo, a estabilidade social depende da qualidade da estória que coletivamente se conta. Sendo ela de punição certa, tanto prevista quanto efetivada, existirá coerção efetiva sobre condutas atuais e futuras, do que decorrerá o fato de se ter mais segurança. Caso não exista ou não aconteça, sendo a impunidade previsível, estará preparada a receita para que o direito fundamental em questão seja repetidamente violado.

4.2 Direitos prestacionais e a atuação dos gestores públicos

A concretização de inúmeros direitos fundamentais depende da gestão da máquina pública. Grande parte do orçamento dos entes federativos é despendida com educação, saúde e previdência social, por exemplo. Muitas dessas atividades, é claro,

¹⁴⁹ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. *A proibição de proteção deficiente*. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 61. p. 106.

¹⁵⁰ GIANNETTI, Eduardo. *O anel de Giges*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 194.

também são prestadas pelo setor privado: escolas, hospitais e previdência particulares. Mas a maioria dos brasileiros depende direta ou indiretamente da rede pública.

Mesmo para cidadãos abastados, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi imprescindível para a vacinação contra a COVID durante a pandemia de 2020. Da mesma forma, a quase totalidade dos assalariados depende do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou das aposentadorias dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), ainda quando custeiem previdências privadas nos formatos PGBL ou VGBL.

Não é difícil perceber como a probidade administrativa seja essencial para a correta alocação de recursos públicos (sempre finitos). Da merenda escolar do infante à aposentadoria do idoso, tudo depende da eficiente gestão pública. Por mais que haja imposições advindas da Constituição (como o investimento mínimo em educação) ou de diplomas esparsos (como a Lei de Responsabilidade Fiscal), ainda há uma enorme margem para a atuação dos ordenadores de despesa do Poder Executivo.

Essa, inclusive, é a razão para que haja eleições: a escolha por um projeto temporário de governo que contemple as pretensões da maioria. Os orçamentos não são estanques ou irremediavelmente crescentes, são variáveis e limitados. Elegem-se representantes muito por conta das bandeiras que defendam em suas campanhas, o que, inevitavelmente, significa atribuição de recursos econômicos em determinado sentido, raciocínio que se estende ao Poder Legislativo, cada vez mais fortalecido pela possibilidade de destinação de emendas.

Entre outros motivos, mas principalmente com o intuito de punir a gestão ilegal de recursos públicos e afastar as pessoas que a hajam praticado de exercer cargos públicos, editou-se a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992, a famosa Lei de Improbidade Administrativa, que prevê pesadas sanções para condutas lesivas na administração da coisa pública.

Contudo, as recentes alterações nela promovidas, sobretudo, pela Lei n.º 14.230/2021, fragilizaram grandemente as possibilidades de punição dos gestores públicos. Limitou-se a punição a condutas dolosas, foram aplicados prazos prescricionais intercorrentes, restringiram-se as possibilidades de indisponibilidade de bens e foram excluídos certos conceitos de sua incidência, como a “divergência interpretativa”.

Tal fato caminha na contramão do que é defendido nestas linhas. A redução da coerção sobre os administradores é extremamente prejudicial à concretização dos direitos fundamentais a seu encargo. Não é difícil perceber como a diminuição das janelas de punição acabe contribuindo para a erosão de valores caros à comunidade. O diploma alterador foi infeliz ao proteger insuficientemente não só a moralidade administrativa, mas também, por arrastamento, diversos valores fundamentais que dela dependem.

Na verdade, o primeiro movimento tendente ao esvaziamento das punições ocorreu com a reforma da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942), operada pela Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, ao reforçar o consequencialismo como parâmetro para avaliação das condutas dos gestores públicos.

Nessa análise um tanto privilegiada da conduta dos gestores, deve-se ressaltar um ponto importante:

O princípio aqui enunciado, de primazia da realidade, não tem sido recebido com muita simpatia, porque parece universalizar uma excludente de ilicitude – ou pelo menos uma minorante – demasiado vulgar: o gestor não cumpriu suas metas porque as circunstâncias concretas eram muito árduas, porque os recursos eram poucos ou porque os óbices eram intransponíveis. Mas deve-se ter em linha a importante ressalva da parte final do caput do art. 22: “sem prejuízo dos direitos dos administrados”. A lesão de direito individual ou coletivo não é escusável com fundamento nas dificuldades que cercam a atuação do gestor. E essa baliza não tem sido suficientemente ressaltada¹⁵¹.

Ainda que assim seja, de plano, observa-se que a probidade administrativa em si, enquanto fundamento republicano, torna-se cada vez mais esvaziada de sentido, em razão do abrandamento das hipóteses de incidência da Lei de Improbidade Administrativa. Isso sujeita os direitos fundamentais a uma óbvia crise de efetividade, visto que o sancionamento de gestores ímprobos se torna dificultado – e já se viu o quanto o raciocínio e a ação dos seres humanos são alterados quando há a possibilidade de punição.

Consulta-se o pensamento de Schauer a respeito da atuação dos gestores públicos:

¹⁵¹ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. p. 361.

Portanto, é um erro pensar que agentes públicos que não obedeçam de forma voluntária ao direito são necessariamente venais, egoístas ou loucos por poder. Eles podem simplesmente estar servindo a seus eleitores ou confiando, de boa-fé, em seu melhor, e não autointeressado, julgamento. Mas, como esses julgamentos podem ser equivocados ou desatentos a certos interesses maiores, o direito tem um papel a ser cumprido, e é difícil imaginar o direito servindo sem a assistência de várias instituições e técnicas de compulsão¹⁵².

A independência das instituições que promovem a auditoria dos atos de gestão e das contas públicas, bem como sua responsabilização, dentre as quais os Tribunais de Contas, as Procuradorias dos entes públicos, as Controladorias e o Ministério Público, é essencial para o combate aos desvios. Mas, com o enfraquecimento das leis destinadas à fundamentação deste papel, moldura imprescindível para sua atuação, suas mãos encontram-se cada vez mais amarradas.

Afora isso, a propalada reserva do possível também representa instituto invocável pelos gestores para recusar aplicação a prescrições normativas. Consiste na objeção de que os recursos são finitos e que não é possível despender valores inconsequentemente, sendo necessário ponderar todas as despesas necessárias à luz da arrecadação estatal.

É inegável que todo direito possui um custo para sua implementação. Mas não se deve esquecer de que, embora as restrições econômicas efetivamente existam, o conceito não prescinde de que se demonstre estar dando “a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis”¹⁵³. Como outros meios de defesa, o ônus da prova incumbe a quem alega.

Precisamente para evitar tais justificativas vãs é que a força da Lei de Improbidade Administrativa não comportaria atenuação. Atualmente, são comuns despesas altíssimas dos municípios com shows e eventos, descurando-se de áreas essenciais como saúde e educação, ou mesmo incrementos de valores de remunerações e diárias. Não que não possam e devam ocorrer, por óbvio, mas que o sejam de maneira compatível com a realidade financeira dos entes. De certa forma, a conclusão é que bastará investir os mínimos constitucionais para que, legalmente, não se possa objetar a tais gastos.

A reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Mas quando há um desestímulo sistemático a que certos parâmetros de

¹⁵² SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 168.

¹⁵³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 327.

concretização de direitos fundamentais sejam atingidos, o “razoável”, muito facilmente, faz do “insuficiente” uma doença crônica. Mas o paciente não é o Direito, é o cidadão – e quanto mais desprovido de meios, pior será afetado. Essa é uma estória que, enquanto sociedade, é coletivamente (co)criada e infelizmente conhecida.

Sabe-se que, no Brasil, mesmo quando acessíveis serviços universais, quem tem condições econômicas medianas já preferirá custear o próprio plano de saúde, investir em previdência complementar privada e colocar os filhos em escolas particulares, o que diz muito sobre a qualidade e a confiabilidade dos serviços públicos. Fossem os recursos públicos mais bem investidos, com qualidade e sem tergiversação, certamente os parâmetros civilizatórios (queridos pela Constituição Federal) seriam muito superiores aos de hoje.

Se a ordem jurídica brasileira realmente pretende levar a sério direitos prestacionais, não se pode dar ao luxo de deixar de exercer coerção sobre os gestores dos recursos públicos. Maus investimentos, desvios, fraudes e o uso eleitoreiro da máquina pública devem ser intensamente combatidos, a fim de que o finito orçamento seja bem executado. As promessas constitucionais só serão cumpridas caso o Direito provoque um efeito inibidor.

4.2A coerção nas decisões judiciais e seu eventual papel contramajoritário

Como reiteradamente abordado neste trabalho, a norma jurídica é abstrata na lei, mas concretamente realizada na sentença. A realização dos direitos fundamentais não se exaure na Constituição ou na lei. Sua afirmação, quando se está diante de uma negativa ou de uma omissão, seja pelo Poder Público ou por particulares, dependerá de sua veiculação em juízo.

De maneira bastante simples, a fim de romper o historicamente superado absolutismo monárquico, o modelo de separação de Poderes pensado por Montesquieu reclama uma lei aprovada por representantes do povo (Legislativo), a ser cumprida por gestores (Executivo) e aplicada por magistrados (Judiciário) quando não o façam ou quando surjam conflitos.

Pode haver omissões, o que se chama crise de inefetividade das normas constitucionais. Para saná-la, existem remédios como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que culminam na expedição de ordem à autoridade responsável pela adoção de determinado ato que o pratique, a fim

de que a proteção jurídica sobre certa situação, abstratamente prevista, passe a existir. A coerção consistirá nessa técnica processual, cuja recusa poderá atrair sanções, das mais brandas (como multa) às mais pesadas (como crime de responsabilidade).

Essa é somente uma das hipóteses de atuação do Poder Judiciário. Outra, muito mais frequente, é o mero julgamento de quem tem razão acerca de determinado caso. Toda sentença é uma decisão jurídica: declara a quem pertence a coisa em litígio, condena os destinatários à observância de suas condenações, constitui determinada relação jurídica, entre outros efeitos corretamente identificados na escada pontiana.

A coerção, nesse caso, pode ser extremamente variada. Já se tratou das ações penais e de improbidade. Mas as técnicas utilizadas em processos cíveis são específicas e guardam relação com o bem da vida pretendido. Em ações de família, pode existir busca e apreensão de incapaz; em execuções fiscais, um imóvel pode ser penhorado; em demandas contra a Fazenda Pública, podem ser expedidos precatórios, ordens de pagamento a serem inscritas no orçamento do ente devedor. A importância dos direitos envolvidos determina a maior ou menor ingerência jurídica, isto é, o grau de coerção a ser exercido. Cada decisão judicial, proferida e executada, reafirma o valor das prescrições jurídicas.

Se os direitos fundamentais são o auge dessa construção, por óbvio, os recursos jurídicos devem ser empregados à exaustão para garanti-los. Sua garantia passa, preponderantemente, pelo Poder Judiciário. Embora a lei em si possua enorme importância e “dignidade”¹⁵⁴, vive-se em uma época em que as pretensões individuais e coletivas passam, sobretudo, pela análise de magistrados. O acesso à justiça é amplo; as violações, mais ainda, tornando-se gradativamente mais refinadas, acompanhando o avanço social.

Sim, os magistrados julgam conforme a lei. Mas os atos normativos expedidos pelo Poder Legislativo são fruto de maiorias, quando não de consensos. A democracia representativa é exercida sob essa condição: atingido o quórum que o processo legislativo prever, a determinação passará a existir. Formam-se bancadas que defendem certas ideias e trabalham em ajustes (não espúrios, espera-se) para que

¹⁵⁴ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 42.

elas prevaleçam. Mas a construção dos direitos fundamentais, como se vislumbrou, é mais complicada do que isso.

Há pouco tempo, era normal ter escravos – e em alguns lugares do mundo, a exploração de seres humanos ainda existe. Direitos individuais relacionados à informática, como proteção de informações pessoais em ambientes digitais, não poderia ser sequer cogitada uma geração atrás. Não só ações afirmativas relacionadas ao gênero ou à cor da pele são recentíssimas, como mulheres eram propriedade dos maridos e negros não eram cidadãos. Judeus eram sacrificados e homossexuais eram mortos¹⁵⁵. E a História demonstra que a superação destas desigualdades não aconteceu automaticamente, assim como isso não sucederá com os desafios atuais.

Nesse contexto, é igualmente fácil perceber os entraves para que determinadas posições prevaleçam. Se os interesses das classes dominantes, refletidos nos representantes eleitos, forem observados com exclusividade, certas posições jamais virarão lei, pouco importando a boa intenção constitucional em vê-las tuteladas. A simples maioria pode significar uma *tiranía*, um afastamento de pretensões legítimas. Algum empurrão deve existir, seja aos destinatários da proteção (para que as exijam), seja aos da obrigação. Onde:

A coerção pode ser mais necessária, no entanto, quando um número significativo de sujeitos jurídicos simplesmente discorda dos objetivos do direito. E esse não é um fenômeno incomum. Não apenas temos casos em que grandes segmentos de uma população simplesmente tenham opiniões erradas, como com relação à aplicação da desagregação escolar no sul dos Estados Unidos nas décadas de 1950 e 1960, mas o direito também desempenha um papel substancial na imposição do que começa como uma minoria das normas e, só mais tarde, torna-se amplamente aceito¹⁵⁶.

A prática do Direito, com sua faceta argumentativa, com a remissão às normas hierarquicamente superiores, com a integridade de seu sistema, com as suas particularidades, enfim, acaba por provocar a evolução social. Quando uma ordem jurídica se propõe a melhorar a vida dos cidadãos, uma constante nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, suas normas (muito mais do que a lei escrita) passam a contemplar tais avanços.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. p. XVII.

¹⁵⁶ SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 157-158.

Contudo, quando a lei não acompanha essa modificação da estória, essa emenda trazida por um grupo, inferior em número ou em influência, não será no Poder Legislativo, vinculado à regra da maioria, que a incorporação jurídica será alcançada. A virada, se e quando vier, ocorrerá nos tribunais, cuja vinculação (ao menos no Brasil) não é à periódica vontade popular, mas a investidura distinta. A isso, dá-se o nome de *função contramajoritária*, verificável, sobretudo, em Cortes Superiores, mas para a qual todos os juízes contribuem.

Leciona Schauer:

O Direito pode ter desempenhado o papel de modificação de pontos de vista, por exemplo, em questões de proteção ambiental e de discriminação racial. Não protegeu os interesses das majorias, mas consolidou, de maneira contramajoritária, as posições de minorias¹⁵⁷.

No mesmo sentido, é inevitável que os agentes que com ele trabalham mais proximamente, os magistrados, sejam conclamados a completar a tarefa, sobretudo no vértice da organização do Poder Judiciário. A isso, dá-se nome de papel *iluminista* das Cortes Constitucionais¹⁵⁸. Posições vanguardistas, que demorariam décadas ou séculos para encontrarem morada na consciência coletiva, passam a ser reconhecidos por um pequeno colegiado (ou mesmo por um único jurista). Para que tal vertente seja respeitada, contudo, quanto maior a resistência, maior deverá ser a coerção que o Direito exercerá.

É evidente que a densificação do projeto constitucional compete precipuamente à lei, porquanto há espaços de conformação reservados ao Poder Executivo. A discricionariedade administrativa, desde sempre, é um óbice à ingerência alheia e uma garantia de preservação da separação dos Poderes. Como lembram Paulo Gonet e Gilmar Mendes:

Respeita-se, contudo, em princípio, a liberdade de conformação do legislador, a quem se reconhece discricionariedade na opção normativa tida como mais oportuna para a proteção dos direitos fundamentais. Cabe aos órgãos políticos, e não ao Judiciário, indicar qual a medida a ser adotada para proteger os bens jurídicos abrigados pelas normas definidoras de direitos fundamentais (...)¹⁵⁹.

¹⁵⁷ SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 160.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. p. XVII.

¹⁵⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. p. 166.

Contudo, há, sim, uma conformação do espaço de atuação do legislador, a partir do momento que a Carta Política impõe determinados valores como fundamentais¹⁶⁰. Quando as leis que edita faltarem ou não corresponderem ao conteúdo esperado pela Constituição, incumbe ao Poder Judiciário impor a correção de rota. A separação dos Poderes não é absoluta, como discutido ao longo deste capítulo.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet anota, ainda, que ao Estado não é “exigível uma exclusão absoluta da ameaça que se objetiva prevenir”¹⁶¹. Isso não se discute. A questão, certamente, é se a ordem jurídica, por aproximações sucessivas, logrará êxito em proporcionar ao cidadão fruição maior de seus direitos fundamentais e de suas potencialidades.

Expostos tais preceitos, sobre a não exaustividade das leis, cita-se Eduardo Giannetti:

Embora as leis e sua rigorosa aplicação sejam alicerces indispensáveis para a vida em sociedade, elas não dão conta sozinhas da tarefa. Por mais rigoroso que seja o arcabouço da justiça – a Constituição e o Código Penal, a fiscalização e a punição – ela não seria capaz de preservar a sociabilidade humana em condição minimamente estável e ordenada se a confiança que nos sentimos motivados a depositar uns nos outros na vida prática se visse reduzida a pó¹⁶².

Falta-lhe, contudo, uma filtragem, fundada no que aqui foi discutido. Também a Constituição e as leis são frutos da confiança e do consenso. Afora o papel que as recebe, elas não têm realidade objetiva autônoma. É evidente que elas não dão conta da tarefa: os humanos, com suas reflexões e atitudes diárias, é que as preenchem de sentido. A norma (e, por que não, o “normal”) não é dada, ela é construída, coletivamente, por todos.

Vislumbrada essa criação, cumpre encerrar estas linhas com a advertência daquele que mais nos fez refletir sobre o tema deste trabalho, o jurista Frederick Schauer:

¹⁶⁰ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. *A proibição de proteção deficiente*. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 61. p. 109.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024. p. 193.

¹⁶² GIANNETTI, Eduardo. *O anel de Gíges*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 178.

Na verdade, se uma sociedade presumir muito rapidamente que as pessoas e os agentes públicos seguirão o direito apenas porque é o direito, essa sociedade pode descobrir que confiar demais numa suposição empírica injustificada de internalização do direito e confiar muito pouco na dimensão coercitiva do direito produzirá instituições imperfeitas e pouco adequadas aos objetivos que se destinam¹⁶³.

Não é difícil perceber a dualidade entre o real e o pretendido, entre a vida que vivida e o projeto constitucional. Aquela é formada pelos “usos e costumes tradicionais, os valores predominantes na sociedade e o complexo campo dos poderes privados, entrelaçados às competências públicas”¹⁶⁴. Já o pretendido é o ideal, a utopia, o horizonte para o qual (quem sabe) se está deslocando. Para preencher esse intervalo, não se pode prescindir da colaboração das decisões judiciais. Porém, acima de tudo, o Direito não pode abdicar do exercício da coerção, para compelir os renitentes a observarem a evolução social e a evolução paulatina dos direitos fundamentais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação tratou da coerção jurídica e seu emprego para a superação da proteção deficiente dos direitos fundamentais. Destacou-se que, embora o Direito seja sustentado por consensos e valores coletivos, sua efetividade depende da capacidade de exercer força legítima para garantir o cumprimento das normas, especialmente diante de situações de resistência ou omissão por parte de agentes públicos e privados.

O primeiro capítulo situou o Direito como *estória* coletiva, na linha dos escritos de Yuval Noah Harari, fundamentada na confiança de seu valor e do comportamento dos demais. Além disso, buscou evidenciar como a coerção seja um de seus atributos essenciais.

O segundo capítulo apresentou a evolução histórica e a classificação dos direitos fundamentais, bem como sua incorporação constitucional e sua centralidade no Estado Democrático de Direito. Além disso, tratou de alguns conceitos, como a proteção deficiente e a vedação ao retrocesso, essenciais para sua estabilização e máxima efetividade.

¹⁶³ SCHAUER, Frederick. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022. p. 253.

¹⁶⁴ KOMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 355.

Por fim, o terceiro capítulo demonstrou a importância da decisão jurídica coercitiva a partir de situações do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando como as decisões jurídicas podem contribuir para a concretização de direitos fundamentais.

O Direito constitui uma realidade intersubjetiva, um oceano em que pessoas e coisas estão imersos, com sentidos compartilhados entre os indivíduos, os quais estabelecem expectativas de comportamento e consequências quando ocorrem desvios.

O Direito se distingue dos demais sistemas sociais em razão da possibilidade de exercício justificado da força, o que é extremamente relevante para a pacificação social e para a proteção de expectativas normativas.

A coerção é um atributo tanto do ordenamento quanto da norma jurídica, sendo essencial ao primeiro (diante de seu caráter distintivo) e acidental à segunda (pois nem todo texto legal possui tal carga, podendo ser meramente descritivo e não prescritivo).

Ao organizar a sociedade, o Direito não pode prescindir da coerção para alcançar tal fim, já que haverá indivíduos recalcitrantes a cumprir seus comandos, seja por interesse pessoal, por má-fé, por confiança de que sua compreensão é mais acertada ou outro motivo.

Os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico, revelam os valores essenciais de uma comunidade e estão em constante evolução, o que também pode significar resistência, de um ou vários setores da sociedade, ao seu desenvolvimento.

As expectativas sociais em relação ao Direito são mais claras quanto mais graves forem as violações a seus preceitos, como é o caso da criminalidade, sendo necessário que se assegurem prioritariamente a incolumidade dos cidadãos e a reparação das vítimas.

A observância dos direitos fundamentais não é automática, sendo necessário que o Direito atue coercitivamente em relação àqueles que devem promovê-los e respeitá-los para garantir a concretização do projeto constitucional, evitar que sejam deficientemente protegidos e impedir retrocessos.

Assim como atos normativos são dotados de coerção em abstrato, decisões judiciais gozam de coerção em relação a casos concretos submetidos ao crivo do

Poder Judiciário, sendo imprescindíveis para a observância de direitos (fundamentais ou não).

Atos normativos (como leis e regulamentos) são fruto de consenso ou de maiorias, o que impede que direitos fundamentais de grupos minoritários ou de reduzido interesse coletivo sejam adequadamente discutidos. Por esse motivo, os representantes do Poder Judiciário exercem, por vezes, papel contramajoritário, identificando no ordenamento jurídico posições que merecem igual proteção.

A omissão do Direito, uma realidade intersubjetiva, em proteger e fomentar direitos fundamentais, sobretudo por meio da coerção, pode fazer com que sua utilidade seja comprometida e que a crença na sua legitimidade para solução de conflitos e fomento das pretensões individuais e coletivas feneça.

Ter escritos os direitos fundamentais na Constituição Federal é uma circunstância esplêndida; representa um valor civilizatório impensável há poucas décadas. Crer que isso baste para sua implementação na realidade posta, por outro lado, é um equívoco crasso. O Direito serve para orientar todos: ainda quando a maioria prefira voluntariamente aderir a seus preceitos, deve se calcar em uma reserva de força para compelir os resistentes.

Não é a transgressão que invalida a ordem jurídica: é a indiferença a ela, seja no momento prévio, ao não a desestimular ou incitar determinado comportamento, seja no instante posterior, ao não a descobrir e a punir. A coerção deve estar a serviço dos direitos fundamentais (um “sonho” coletivo) e dos valores civilizatórios que duramente conquistamos.

Ante o exposto, espera-se, enfim, que este escrito tenha alcançado seus objetivos: demonstrar como o Direito, além de meramente consagrar direitos fundamentais, deve defendê-los da erosão e superar dificuldades em sua realização, utilizando-se da coerção no processo de construção das decisões jurídicas para torná-los manifestos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Melanie Merlin de. *Entre a Moral e o Direito: a contribuição de Kelsen, Dworkin, Hart e MacCormick*. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Lafonte, 2017.

_____. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora 34, 2024.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Fórum, 2012.

_____, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. *Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político*. 26 ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2022.

_____. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Editora UNESP, 2016.

_____, *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2022.

_____, *Teoria da Norma Jurídica*. 6 ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

_____, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

BRUGGER, Winfried. *A cruz antropológica da decisão na política e no direito*. São Paulo: Saraiva, 2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2001.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *O Império do Direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EMPOLI, Giuliano Da. *Os engenheiros do caos*. São Paulo: Vestígio, 2023.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014.

_____. *Função Social da Dogmática Jurídica*. Rio de Janeiro, Atlas, 2015.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 13 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 5 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. *A proibição de proteção deficiente*. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 61.

GIANNETTI, Eduardo. *O anel de Giges*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020

GONÇALVES, Bernardo Rodrigues. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 324.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direitos Fundamentais: teoria geral, dogmática da Constituição Portuguesa*. São Paulo: Almedina, 2023.

HAIDT, Jonathan. *A Mente Moralista: por que pessoas boas são segregadas por política e religião*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.

HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

_____. *Nexus: uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

_____. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 18 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HOLIDAY, Ryan. *Right thing, right now: good values, good character, good deeds*. Nova Iorque, EUA: Penguin Random House, 2024.

HOLMES, Stephen, e SUNSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

KOMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

LA ROCHEFOUCAULD, François de. *Máximas e Reflexões*. São Paulo: Editora Escala, 2007.

LATOURET, Bruno. *A fabricação do Direito: um estudo de etnologia jurídica*. São Paulo: Editora UNESP, 2019.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

PESSI, Diego. *Violência, laxismo penal e corrupção do ciclo cultural: ensaios reunidos*. Londrina: Editora RDA, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 13 ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

_____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. *A Prova*. Salvador: Juspodivm, 2024.

_____. *A Força do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022.

_____. *As regras do jogo: uma análise filosófica do processo de tomada de decisão baseado em regras no direito e na vida*. Londrina: Thoth, 2024.

_____. *Pensando como um advogado: uma nova introdução ao raciocínio jurídico*. Londrina: Thoth, 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2019.

VITORELLI, Edilson (Org.). *Manual de Direitos Difusos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.