

# ENTRE O ENTUSIASMO E O MAL-ESTAR CONSTITUCIONAL: DIFERENTES PAPÉIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS EM TRÊS DÉCADAS DE CONSTITUCIONALISMO INSTÁVEL

## **Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado dos programas de Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Paraná (Curitiba/PR) e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional – Uninter (Curitiba/PR). Foi pesquisadora visitante na Osgoode Hall Law School e na Universidade De Toronto – Canadá. Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba/PR). Codiretora do ICON-S Brasil e Vice-Presidente da AIBDAC – Associação Ítalo-Brasileira de Professores de Direito Administrativo e Constitucional. *E-mail:* estefbarboza@gmail.com.

## **Glauco Salomão Leite**

Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa/PB) e do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Recife/PE) e Universidade de Pernambuco (Recife/PE). Foi pesquisador visitante na Universidade de Toronto (Canadá). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da OAB/PE. *E-mail:* glaucosalomao@uol.com.br.

---

**Resumo:** O constitucionalismo social foi adotado em diversos países e também no Brasil pela Constituição de 1988, especialmente através do rol de direitos sociais que buscava transformar a realidade de desigualdade do país. O presente artigo analisa os diferentes papéis atribuídos e assumidos pela jurisdição constitucional brasileira na efetivação dos direitos fundamentais sociais nas três décadas de vigência da Constituição de 1988. Para tanto, traz o comportamento conservador e autorrestritivo do STF na primeira década pós-88, bem como a mudança da narrativa que apostava nas potencialidades da jurisdição constitucional para a ampla realização dos direitos sociais e das promessas constitucionais. Trata também do protagonismo assumido pelo STF e do excesso de judicialização da política, enfrentando as críticas relacionadas à legitimidade do Tribunal e os problemas atinentes à racionalidade decisória ou à sua ausência. Por fim, aponta novos desafios relacionados ao processo de erosão democrática em andamento e o papel da Corte em proteger a democracia. Desse modo, o artigo metodologicamente realiza uma análise crítica da literatura sobre judicialização dos direitos sociais, interpretação e teoria da decisão judicial refletindo também sobre casos relacionados ao tema.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Direitos sociais. Judicialização da política. Erosão democrática.

**Sumário:** Introdução – **1** Direitos fundamentais sociais e conservadorismo judicial no Brasil – **2** Protagonismo judicial e suas implicações: pensando o constitucionalismo social para além dos tribunais – **3** Constitucionalismo social e erosão democrática: novos desafios para a jurisdição constitucional brasileira – Considerações finais – Referências

---

## Introdução

O constitucionalismo social é fruto de uma série de transformações que se desenrolaram ao longo do século XIX e início do século XX. Tais mudanças decorreram de diferentes razões, entre as quais os elevados níveis de desigualdade social, o autoritarismo governamental e a crescente mobilização das classes de trabalhadores. Esse novo ciclo constitucional representou uma importante alteração não apenas na estrutura e conteúdo das Constituições, que passaram a contemplar demandas sociais relacionadas à igualdade material e justiça social, mas também na dinâmica das forças políticas e sociais no Estado. A Constituição do México, de 1917, foi pioneira dessa nova fase do constitucionalismo. Pouco tempo depois, foi aprovada a Constituição de Weimar, na Alemanha, um marco do constitucionalismo social europeu, não obstante sua posterior deturpação pelo nacional-socialismo a partir da década de 30.

Gradativamente, vários países da América Latina promoveram modificações em seus desenhos constitucionais a fim de incorporar direitos fundamentais sociais. No entanto, é no final do século passado que se viu uma significativa tentativa de renovação constitucional na região, de que são exemplos as constituições da Bolívia (2009), Colômbia (1991), Argentina (1994), Equador (2008), Paraguai (1992) e Venezuela (1999). Atualmente, cerca de dois terços das constituições nacionais preveem direitos sociais como educação, saúde e seguridade social, assim como eles estão presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.<sup>1</sup> Esses fatores acabaram contribuindo para o aumento da demanda por sua justiciabilidade, atraindo a participação do sistema de justiça na efetividade dos direitos sociais.

É neste cenário mais abrangente que os direitos sociais, econômicos e culturais assegurados pela Constituição brasileira de 1988 (CF/88) se inserem e enfrentam desafios e paradoxos que também são encontrados em outros países.

---

<sup>1</sup> YOUNG, Katharine G. (Ed.); SEN, Amartya. *The future of economic and social rights: globalization and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 7; HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 182.

Sob essa ótica, o presente artigo analisa, a partir da experiência brasileira ao longo das últimas três décadas, os principais desafios e limites na tutela judicial dos direitos sociais econômicos e culturais, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse sentido, de um lado, há o receio de que tais direitos sejam considerados apenas diretrizes políticas e não vinculantes para as instituições representativas, entendimento que poderia conduzir a uma frustração e menosprezo da própria dimensão social da Constituição, implicando, também, inserir os direitos sociais, econômicos e culturais em um segundo plano na dogmática dos direitos fundamentais.

Por outro lado, a exigência de que tais direitos sejam efetivados no âmbito dos tribunais pode trazer um alento por compensar o déficit da política representativa tradicional, mas também pode suscitar significativos conflitos institucionais com os poderes políticos. Além das questões relacionadas à legitimidade democrática e separação dos poderes, é preciso também analisar as reais capacidades institucionais dos tribunais quando se propõem a fiscalizar, implementar e/ou redefinir políticas sociais e econômicas.

Daí a relevância em observar o comportamento judicial e os parâmetros usados pelo STF ao decidir os casos envolvendo direitos sociais, tendo em vista sua posição institucional na arquitetura judicial brasileira, o que pode apontar para um quadro de relativa segurança e previsibilidade ou de indesejável instabilidade e incoerência decisória.

## 1 Direitos fundamentais sociais e conservadorismo judicial no Brasil

A história constitucional brasileira tem apresentado momentos de graves instabilidades político-institucionais, os quais resultaram em golpes de Estado, regimes ditatoriais e violação sistemática dos direitos fundamentais. À semelhança do que se verificou em vários países da América Latina que vivenciaram regimes autoritários na segunda metade do século XX,<sup>2</sup> o Brasil percorreu um processo de transição para a democracia, cujo principal produto foi a aprovação de uma nova Constituição em 1988 (CF/88). Entre outras razões, essa Constituição se destaca por apresentar um amplo catálogo de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, à igualdade material, à justiça

<sup>2</sup> GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148. Ver também LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 203 *et seq.*

social e ao pluralismo. Propôs-se, desse modo, a servir de importante instrumento jurídico no combate à crônica desigualdade no país, bem como no restabelecimento dos direitos inerentes à cidadania política.<sup>3</sup> Assim, além dos tradicionais direitos individuais e das liberdades públicas, inúmeros direitos sociais, econômicos e culturais,<sup>4</sup> bem como direitos difusos e coletivos,<sup>5</sup> foram expressamente inseridos em seu texto. Não por acaso, ficou logo conhecida como *Constituição cidadã*.

Ao incorporar vários direitos prestacionais e tantas metas e programas a serem implementados pelo Estado (como assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, entre outras), a Constituição brasileira assumiu um perfil claramente *dirigente*,<sup>6</sup> determinando de antemão áreas prioritárias ao Poder Público nos campos social e econômico.<sup>7</sup> Também por isso ela se aproxima do modelo denominado *Constituição aspiracional*, de que são exemplos várias constituições recentes da América Latina e que se caracterizam pelo extenso rol de direitos fundamentais e por almejarem objetivos bastante ambiciosos, dedicando a alguns temas tratamento detalhado que os afastam da

<sup>3</sup> Por outro lado, a CF/88 manteve privilégios de algumas corporações e positivou interesses de vários grupos, muitas vezes antagônicos entre si, o que denota ter sido o resultado de um amplo consenso das forças políticas que impulsionaram a fragmentação do regime militar que esteve no poder entre 1964 e 1985.

<sup>4</sup> O art. 6º considera direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. O art. 7º, por sua vez, elenca um conjunto de direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais. Além disso, em seu Título VIII (Da Ordem Social), a Constituição apresenta um detalhado regramento sobre o papel do Estado na seguridade social, que compreende um conjunto de ações nos campos da saúde, assistência social e previdência. Igualmente importantes são as regras inseridas no Capítulo III, que cuida da educação, cultura e desporto, assim como os capítulos VII (Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso) e VIII (Dos índios).

<sup>5</sup> Vale destacar, nesse sentido, o direito de greve (art. 9º e art. 37, VII), o direito de reunião (art. 5º, XVI) e as regras que cuidam do meio ambiente (Capítulo VI) e dos direitos básicos dos consumidores (art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

<sup>6</sup> Neste sentido José Afonso da Silva deixa clara a opção brasileira: “O Constituinte fez uma opção muito clara por uma Constituição abrangente. Rejeitou a chamada Constituição sintética, que é *Constituição negativa*, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de Constituição que, às vezes, se chama de *Constituição-garantia* (ou Constituição-quadro). A *função garantia* não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de *Constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social, democrática, imperfeita, reconheça-se. Por isso, não raro, foi minuciosa, e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, nem sempre mantém uma linha de coerência doutrinária firme. Abre-se, porém, para transformações futuras, tanto seja cumprida. E aí está o drama de toda Constituição dinâmica: *ser cumprida*” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 8).

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 22-23.

tradicional principiologia. Nessa perspectiva, tais constituições exprimem um viés transformador da realidade político-social e da cultura legal dominante.<sup>8</sup>

No intuito de conferir mais proteção aos direitos fundamentais, a Constituição trouxe dois preceitos extremamente relevantes. O primeiro consiste no art. 5º, §1º, pelo qual se determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*. Como consequência, as instituições estatais, incluindo o próprio legislador democrático, estão vinculadas aos direitos fundamentais e às diretrizes constitucionais relacionadas às políticas públicas e econômicas. Assim, tanto as ações do Poder Público que excessivamente restringirem algum direito fundamental além dos limites permitidos pela Constituição, como as omissões que impedirem ou dificultarem seu exercício, são passíveis de controle judicial. O segundo preceito diz respeito ao enunciado do art. 5º, §2º, pelo qual os direitos e garantias expressos na Constituição *não excluem* outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte. Com essa regra, estabelece-se uma *cláusula de abertura*, fazendo com que o catálogo de direitos fundamentais (já bastante extenso) não tenha caráter taxativo. A Constituição, portanto, se abre para outras fontes normativas, especialmente os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos, compondo, assim, um robusto bloco de constitucionalidade.<sup>9</sup>

Considerando esse desenho constitucional, associado a um nítido fortalecimento das instituições do sistema de justiça, formava-se uma narrativa que apostava nas potencialidades da jurisdição constitucional para a ampla realização dos direitos sociais e das promessas constitucionais, inclusive para que houvesse uma maior participação do Poder Judiciário na fiscalização de políticas públicas e governamentais.<sup>10</sup> Apesar do entusiasmo inicial e das elevadas expectativas quanto à postura que deveria ser assumida pelos tribunais, especialmente pelo

<sup>8</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 296-324, 2003. p. 299; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en la América Latina. *Análisis Político*, Bogotá, v. 25, n. 75, p. 89-110, 2012. p. 93.

<sup>9</sup> Em 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, acrescentou-se o §3º ao art. 5º, por meio do qual foi conferido *status* constitucional aos tratados e convenções de direitos humanos, desde que fossem ratificados pelo Congresso Nacional através de processo legislativo especial.

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade sobre políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996; STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

STF, o que se viu ao longo da década de noventa foi uma atitude de comedimento e pouca disposição para assumir um papel proativo, especialmente diante das omissões das instituições políticas. Em certa medida, esse comportamento esteve relacionado a uma forte tradição formalista e conservadora que caracterizava a formação dos juristas brasileiros e, conseqüentemente, o modo de agir do Poder Judiciário, mais habituado a enfrentar conflitos de cunho liberal-individual a partir de uma racionalidade predominantemente lógico-formal.<sup>11</sup> Além disso, não se pode esquecer que a composição do STF no período inicial de vigência da nova Constituição era, em sua maioria, a mesma que vinha do regime militar.<sup>12</sup> Com isso, havia uma ordem constitucional nova e progressista diante de uma magistratura ainda conservadora e que encontrou enormes dificuldades em compreender os impactos de uma Constituição dirigente em suas rotinas decisórias.

Essa timidez pode ser observada em duas linhas argumentativas muito frequentes naquele período e que tiveram impactos negativos na proteção dos direitos fundamentais sociais. A primeira linha argumentativa consiste na equivocada compreensão das normas que asseguram direitos sociais, econômicos e culturais como *normas programáticas*, ou seja, disposições que não possuem aplicação direta e imediata. Com isso, por não terem densidade normativa suficiente, tais normas estariam sempre a exigir uma intermediação legislativa para que, só então, os direitos nela assegurados fossem exercidos. Ao reduzir a dimensão social e dirigente da CF/88 a um viés meramente programático, acentuou-se

<sup>11</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 72.

<sup>12</sup> Neste sentido Andrei Koerner explica o contexto do conservadorismo aliado ao autoritarismo na formação do STF: "Durante o regime militar, foram centralizadas no STF atribuições de controle da constitucionalidade, interpretação de leis em tese, supervisão das decisões judiciais e disciplina dos juízes. O papel do STF no controle da constitucionalidade tinha como ponto cego os atos de exceção, excluídos de qualquer exame pelo Judiciário. O monopólio do procurador-geral da República – um cargo de confiança do presidente da República – para o acesso a ações constitucionais originárias no STF permitia controlar a agenda e bloquear questões impertinentes. Embora apenas uma pesquisa detalhada possa revelar os contornos de seu exercício, as características gerais parecem ser: o regime jurisprudencial do controle da constitucionalidade era convergente com o regime governamental autoritário e desenvolvimentista no que se definia sem rigor em conceitos e doutrinas do normativismo sobre o controle formal, exercido com baixa frequência e intensidade. [...] Nos anos 1990, os debates entre constitucionalistas assumiram a forma de oposição entre duas correntes: por um lado, os positivistas, que associava os dissidentes do liberalismo institucional, os juristas que apoiaram o autoritarismo; por outro, os comunitaristas, ou pós-positivistas. Essa oposição doutrinária tendia a coincidir com apoio e oposição, respectivamente, ao regime liberalizante. No governo Sarney e nos dois mandatos de Fernando Henrique mantiveram-se no STF ministros nomeados pelos militares e a maioria dos novos integrantes eram alinhados ao liberalismo institucional. Assim, até o início do governo Lula, apenas três ministros – Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa e Nelson Jobim – haviam participado ativamente da luta pela democratização" (KOERNER, Andrei. *Ativismo judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos Estudos Cebrap*, n. 96, p. 69-85, 2013. ISSN 1980-5403. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>. Acesso em: 12 set. 2021).

sua dimensão político-simbólica em detrimento de seu caráter jurídico-normativo, esquecendo-se que a satisfação mínima dos direitos individuais e das liberdades clássicas depende da fruição de direitos fundamentais sociais enquanto fatores de inclusão política e jurídica.<sup>13</sup>

Vinculado ao problema da programaticidade e caráter simbólico dos direitos fundamentais sociais, identifica-se a segunda linha argumentativa consistente na incorporação do dogma do *legislador negativo* pelo STF, que o conduzia a uma controvertida autocontenção judicial em nome da separação dos poderes. O resultado disso se traduziu em uma problemática atitude de deferência diante dos demais poderes do Estado. Essa postura acabou comprometendo por muito tempo sua função no controle da inércia legislativa. De fato, quando provocado para fiscalizar as omissões inconstitucionais do Congresso Nacional em razão de sua inércia em não aprovar as necessárias leis exigidas pela CF/88, a Corte relutava em suprir a ausência de norma alegando que não deveria agir como um *legislador positivo*.<sup>14</sup> Essa jurisprudência, construída durante o regime militar e que convergia com a neutralidade judicial almejada por um regime governamental autoritário, vigorou por muito tempo e recebeu contundentes críticas da doutrina, cujo sentimento de frustração pode ser exemplificado no artigo de Luís Roberto Barroso com o sugestivo título “Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido: proposta de reformulação”.<sup>15</sup>

No mesmo sentido, ao analisar decisões do STF no período da transição democrática até quase duas décadas de vigência da CF/88 (1985-2004), Diana Kapiszewski conclui que a Corte exerceu um papel muito mais proeminente como instância de alocação e distribuição de competências nos diferentes níveis de governo, bem como atuando como órgão de governança econômica do que propriamente na tutela de direitos sociais.<sup>16</sup> Alguns casos emblemáticos ilustram isso. Com efeito, embora acionado, o STF negou liminar para suspender o arbitrário congelamento dos ativos financeiros decretado pelo então Presidente Fernando Collor. Já nos governos de Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, sobressaíram as medidas econômicas e reformas constitucionais que permitiram os processos de desnacionalização e privatização da economia, assim como as reformas

<sup>13</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Brasília: Acadêmica, 1994. p. 71.

<sup>14</sup> Ver: LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 10-31, 2014.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido: uma proposta e reformulação. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 429-436.

<sup>16</sup> KAPISZEWSKI, Diana. Power broker, policy maker, or rights protector? The Brazilian Supreme Tribunal Federal in transition. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 154.

administrativas e do sistema previdenciário.<sup>17</sup> Nessas situações, a Corte pôs em primeiro plano a governabilidade política e econômica do país, interferindo minimamente nas decisões estruturais do Governo e do Parlamento, ainda que isso significasse um projeto de manutenção do *status quo* e de decisões favoráveis ao Governo Federal.

Desse modo, observa-se, nesse primeiro momento, uma compreensão ainda tímida e inadequada a respeito das demandas do constitucionalismo social e democrático no país, refletindo-se na atuação comedida por parte do STF. Compreender a linguagem de constituições dirigentes sobre direitos sociais, programas e objetivos como simples diretrizes políticas, sob o argumento de serem muito ambiciosas e distantes da realidade, acaba por reduzi-las à “pura poesia”.<sup>18</sup> Embora tal posição possa ser explicada diante do contexto sociopolítico da época, ela terminou por fazer gravitar modo de agir do Tribunal entre a deferência institucional, que é desejável em alguns casos, e a omissão judicial, que é condenável em qualquer hipótese.

## 2 Protagonismo judicial e suas implicações: pensando o constitucionalismo social para além dos tribunais

A partir do final dos anos 90, observa-se uma mudança no comportamento do STF, assumindo protagonismo na solução de questões sensíveis a serem enfrentadas pelo Tribunal, como as referentes à proteção de minorias, liberdade de expressão, discursos de ódio, política de ações afirmativas, financiamento privado de campanhas eleitorais, entre outras.<sup>19</sup> Com isso, muitas demandas sociais deixaram de seguir o roteiro tradicional da democracia participativa e, em vez de serem canalizadas para as instituições políticas, foram deslocadas para o Poder Judiciário.

Andrei Koerner<sup>20</sup> traz importante reflexão sobre o tema, explicando que esta transferência de decisões da esfera política para o STF se trata de um fenômeno

<sup>17</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 179. Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, foram aprovadas mais de trinta emendas constitucionais.

<sup>18</sup> GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 144.

<sup>19</sup> LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 147 e ss.

<sup>20</sup> KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos Cebrap*, n. 96, p. 69-85, 2013. ISSN 1980-5403. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>. Acesso em: 12 set. 2021. “As eleições presidenciais de 2002 resultaram em realinhamento partidário, com a alteração da coalizão no governo. O novo governo estava em oposição ao regime governamental existente e sua proposta era modificá-lo. Contava com apoio frágil no Congresso,



incentivado pelo Governo Lula e que buscou fortalecer o Supremo Tribunal Federal, já que contava com baixo apoio no Congresso Nacional para implementar políticas públicas progressistas. Com as nomeações de novos ministros, a partir de 2003, e maior pluralidade no Tribunal, houve uma convergência a favor de políticas públicas e de implementação de direitos sociais, o que também explica o contrapeso do Supremo ao conservadorismo sempre presente no Congresso Nacional e a busca de judicialização de direitos sociais por movimentos progressistas da sociedade.

Nesse sentido, no campo dos direitos fundamentais sociais, o direito à saúde se destaca em razão da intensa judicialização que se verificou em todo o país ao longo dos anos, mostrando-se de enorme utilidade para realçar os desafios que a judicialização dos direitos sociais tem provocado.

Inicialmente, a judicialização da saúde esteve vinculada às demandas envolvendo a concessão de antirretrovirais para portadores de HIV/AIDS. Parte da população percebeu que os tribunais poderiam atuar como um novo espaço de promoção de direitos sociais, o que também foi incentivado não só no Governo Lula, mas também pela judicialização promovida pelo PT no governo FHC, conforme constatado por Werneck Vianna.<sup>21</sup> Tratava-se da “descoberta do Poder Judiciário”, que, segundo Marcos Faro de Castro,<sup>22</sup> relaciona-se com a sedimentação da percepção

---

a presença de elites comprometidas com a coalizão derrotada no aparelho de Estado e poderia enfrentar riscos de invasão de suas prerrogativas pelos opositores. Dada a sua baixa capacidade de modificar pela via congressual a estrutura jurídica do regime governamental existente, o novo governo investiu em outras frentes. Para contornar suas dificuldades e reforçar apoios, o governo Lula incentivou mudanças pela via judicial. Com o apoio de juristas progressistas e entidades de profissões jurídicas estatais, buscou desde logo aproximar-se das elites jurídicas e promoveu a formação de consensos, simbolizados pelos dois pactos republicanos, para a reforma do Judiciário. As ações do governo nesse campo continuaram nos anos seguintes, com mudanças na gestão e procedimentos judiciais, a promoção, pelo Ministério da Justiça, de estudos e iniciativas de reformas legislativas e o apoio do governo a entidades e movimentos de defesa e a promoção de direitos. As reformas consolidaram o STF como jurisdição constitucional concentrada, permitiram maior controle da agenda e a ampliação dos impactos das decisões. O governo Lula sinalizou a modificação do caráter do STF, ao buscar uma composição mais plural e engajada à concretização da Constituição. [...] Alguns nomeados eram próximos aos partidos de esquerda e movimentos populares, mas outros eram juízes ou juristas profissionais sem atuação política, ligados a lideranças de partidos de centro ou entidades de representação das profissões jurídicas. Esse novo tribunal, com juízes com outra formação e concepção sobre o papel da justiça constitucional e a interpretação da Constituição, atuou de forma convergente com o governo em questões relativas à maior efetividade de direitos e promoção de políticas sociais. A agenda reformista do governo encontrava repercussão na atuação positiva do STF nesses campos. Ao promover a efetivação da Constituição, concretizando os princípios da Constituição de 1988 não realizados por omissão do legislador, os ministros do STF reforçaram seus apoios políticos e sociais. Assim, conformou-se um novo regime jurisprudencial articulado com o regime governamental promocional do governo Lula”.

<sup>21</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. p. 69. ISSN 1809-4554. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>22</sup> CASTRO, Marcus Faro de. Política e economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. *Caderno de Ciência Política da UnB*, Brasília, n. 7, p. 16-25, 1993.

de que o sistema judicial constitui um canal de articulação dos conflitos sociais e políticos. Sob tal perspectiva, um importante precedente nessa matéria foi firmado através do voto do Min. Celso de Mello, em que deixou nítida a posição do STF em não mais acatar o convencional viés simbólico dos direitos sociais sob pena de convertê-los em “promessa constitucional inconsequente”.<sup>23</sup>

O reconhecimento da normatividade dos direitos sociais foi, de fato, um grande avanço na dogmática dos direitos fundamentais e em sua justiciabilidade. Por outro lado, problemas de eficiência administrativa na execução de políticas públicas e destinação de recursos financeiros passaram a ter sua legitimidade questionada na esfera judicial com mais frequência. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre 2008 e 2017, houve uma elevação em 130% das demandas relacionadas ao direito à saúde na primeira instância da Magistratura. Em segunda instância, o aumento foi em 85% entre 2009 e 2017. Segundo o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente treze vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$1,6 bilhão em 2016. Esse valor, ainda que pequeno ante o orçamento público para a área de saúde, representa parte substancial do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judiciais.<sup>24</sup>

Esses dados põem em evidência uma realidade institucional complexa e têm levantado acentuadas críticas a intervenções judiciais por vezes excessivas. Entre os principais questionamentos, sobressaem os referentes à (i) legitimidade, (ii) racionalidade decisória e (iii) capacidade institucional do Poder Judiciário na fiscalização de políticas públicas.

## 2.1 Separação de poderes

A preocupação concernente à legitimidade aponta para a circunstância de que juízes estariam interferindo no espaço dos atores políticos, comprometendo

<sup>23</sup> “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR RE 393175. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12.12.2006. *DJ*, 2 fev. 2007 PP-00140 ement vol-02262-08 PP-01524).

<sup>24</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*, 2019. p. 13.

decisões de largo alcance e sobre a utilização de recursos públicos.<sup>25</sup> Ao contrário destes atores, os magistrados não possuem respaldo eleitoral, nem *accountability* em relação aos resultados de suas sentenças, o que seria problemático considerando que as decisões judiciais sobre direitos sociais possuem, via de regra, consequências financeiras para os cofres públicos. Diante do “custo dos direitos”,<sup>26</sup> caberiam aos atores políticos eleitos as decisões sobre destinação mais adequada dos recursos financeiros de acordo com a agenda política aprovada pelo eleitorado. Além disso, a acentuada participação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas seria também uma maneira de diminuir o engajamento da comunidade política na deliberação sobre temas relevantes e profundos.<sup>27</sup>

Essa crítica, embora seja comumente referida na literatura, precisa ser analisada a partir de outras variáveis. Em primeiro lugar, um aspecto importante e bastante negligenciado na discussão é a seletividade com que a preocupação financeira é invocada pelo Poder Judiciário, incluindo o próprio STF. Não raro, o Tribunal mostra-se mais cauteloso quanto às consequências econômicas das decisões judiciais a respeito de direitos prestacionais e políticas públicas do que para atender a interesses corporativos, incluindo os da própria Magistratura, o que traz dúvidas sobre sua coerência e sinceridade argumentativa.<sup>28</sup> Dessa maneira, é no mínimo questionável a recusa do Poder Judiciário ao fornecimento de determinado medicamento à pessoa hipossuficiente sob o argumento econômico, quando ele próprio determina o pagamento de auxílio-saúde a cada um de seus integrantes em valores bem superiores ao salário mínimo vigente no país.<sup>29</sup> A postura

<sup>25</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

<sup>26</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

<sup>27</sup> YOUNG, Katharine G. (Ed.); SEN, Amartya. *The future of economic and social rights: globalization and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 12.

<sup>28</sup> Em fevereiro de 2018, a presidente do STF, Min. Cármen Lúcia, suspendeu a nomeação de professores aprovados em concursos públicos no estado do Rio de Janeiro, alegando a crise financeira vivenciada naquela unidade federativa (POR causa de crise no RJ, Cármen Lúcia suspende nomeação de 900 professores. *Consultor Jurídico*, 15 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-15/citando-crise-rj-carmen-suspende-nomeacao-900-professores>. Acesso em: 10 jan. 2020). No entanto, a mesma magistrada relevou as dificuldades financeiras daquele estado ao apoiar o pagamento de adicional aos juízes cariocas pela realização de audiências de custódia, como se a condução de uma audiência fosse atividade extraordinária da Magistratura (CNJ valida adicional por audiências de custódia a juízes do Rio de Janeiro. *Consultor Jurídico*, 6 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-06/cnj-valida-adicional-audiencias-custodia-juizes-rio>. Acesso em: 10 jan. 2020). Tal posição não surpreende se considerarmos que a Corte não se constrangeu diante de liminar proferida pelo Min. Luiz Fux determinando, ao longo de quatro anos, o pagamento do esdrúxulo auxílio-moradia aos magistrados, custando milhões aos cofres públicos. Essa decisão apenas foi revogada quando o então Presidente Michel Temer sancionou o aumento salarial da magistratura em 16,38%.

<sup>29</sup> POMPEU, Ana; COURA, Kalleo. CNJ aprova auxílio-saúde para magistrados e servidores de todos os tribunais. *Jota*, 13 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/cnj-aprova-auxilio-saude-para-magistrados-e-servidores-de-todos-os-tribunais-13092019>. Acesso em: 15 jan. 2020.

corporativista, para além de questões dogmáticas sobre direitos fundamentais, reforça o patrimonialismo e as estruturas que dão suporte à desigualdade social que há tanto tempo existem.

Em segundo lugar, e especificamente em relação ao direito à saúde, muitas vezes o Poder Judiciário não está a interferir ou modificar critérios usados pelo legislador democrático ou pelo gestor público. Como tem sido observado pelo Min. Gilmar Mendes, “o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados”.<sup>30</sup> Dessa forma, a principal atividade do Poder Judiciário não seria a de reinventar políticas públicas, mas sim fazer com que as já existentes fossem efetivadas. Trata-se apenas de conferir efetividade à legalidade administrativa. Visto o problema sob essa perspectiva, afasta-se a crítica de eventual ativismo judicial para boa parte dos casos envolvendo o direito à saúde.

Entretanto, a questão remanesce em relação a serviços não assegurados pelo sistema de saúde. Nessa hipótese, o grau de intervenção judicial é maior e, conseqüentemente, exigem-se justificativas mais robustas quanto à legitimidade para sua intervenção na discricionariedade administrativa. Andreas Krell, há muito tempo, tem defendido uma atuação subsidiária do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, sustentando que onde o processo político (Legislativo e Executivo) falha ou se omite, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização da correção da prestação dos serviços sociais básicos.<sup>31</sup> Embora o argumento seja uma maneira de balancear a necessidade da proteção judicial, garantindo, ao mesmo tempo, certa deferência às escolhas políticas dos demais poderes, existem outros pontos a serem considerados diante dos efeitos sistêmicos das decisões judiciais, não só em termos orçamentários, senão, também, quanto a critérios a serem usados para os casos semelhantes. Em outras palavras, apesar de os direitos prestacionais apresentarem uma dimensão individual e subjetiva, não se pode desconsiderar sua dimensão coletiva, que, de fato, atrai problemas relacionados à justiça distributiva, que são de elevada complexidade.

Daí a importância de o STF ter enfrentado, em maio de 2019, a temática do fornecimento judicial de medicamentos não previstos nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde (SUS), uma das questões mais sensíveis em torno da judicialização da saúde. Neste importante julgamento,<sup>32</sup> o STF firmou critérios que

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR SS 2.944*. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17.3.2010, public. 30.4.2010.

<sup>31</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 90 e ss.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 22.5.2019. *DJe*, n. 232, 25 out. 2019. Ata n. 162/2019.

devem ser adotados pelos demais juízes e tribunais, entendendo que o Estado não poderia ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; que a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, em regra, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; e que é possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora desarrazoada da Anvisa em apreciar o pedido, fixando critérios mais específicos para esta hipótese.

Sob a perspectiva institucional com os demais poderes, observa-se que a Corte pretendeu oferecer previsibilidade e segurança jurídica sobre as respostas do Poder Judiciário à judicialização da saúde, demarcando os espaços da discricionariedade administrativa e das escolhas legislativas. Em relação, contudo, a uma articulação *intrajudicial*, ainda existem desafios no que atende à eficácia de suas próprias decisões,<sup>33</sup> o que nos conduz ao problema da racionalidade decisória.

De todo modo, nota-se um maior protagonismo do Poder Judiciário em geral, e do STF, em particular, na tutela de direitos prestacionais, na medida em que tem imposto obrigações positivas aos entes estatais em inúmeras situações de omissão, desídia e disfunções administrativas e legislativas, o que reflete não apenas uma modificação na ideia de separação de poderes e na compreensão do constitucionalismo dirigente, como também uma *disposição política* em assumir uma nova postura institucional, condizente com o compromisso constitucional de transformação social.

## 2.2 Racionalidade decisória

No que diz respeito à racionalidade das decisões judiciais em matéria de políticas públicas, há evidente preocupação quanto aos critérios utilizados pelos magistrados para atender ou recusar um pleito referente a um direito prestacional. Diante da vagueza e abertura interpretativa das normas constitucionais sobre direitos sociais, a busca pela proteção judicial pode se converter em uma “loteria

<sup>33</sup> Em relação à eficácia das decisões do STF, ver o debate sobre monitoramento na perspectiva do ativismo dialógico, especialmente na Colômbia, mas também no Brasil (RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010; RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011; RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, n. 2, p. 1-27, 2013; KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.rel.uniceub.br/RBPP/article/view/6518>. Acesso em: 10 jun. 2020).

judiciária”, em virtude da ausência de parâmetros minimamente objetivos que sirvam de fundamentos consistentes para as decisões. De fato, o próprio STF tem reconhecido que a “análise de decisões dessa natureza deve ser feita *caso a caso*, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida”.<sup>34</sup> Isso acaba fomentando práticas decisórias particularistas, mais voltadas para a realização da microjustiça do caso concreto. Perde-se de vista, entretanto, a dimensão coletiva dos direitos sociais prestacionais, já que sua fruição vem acompanhada da formulação e execução de políticas públicas mais abrangentes.

Embora dentro de uma lógica de precedentes vinculantes seja necessário atentar para fatos diversos, para verificar se os novos ou diferentes fatos justificam a distinção ou superação do precedente anterior, é certo que não se podem usar os fatos para tornar o processo decisório livre e casuísta. A circunstância de o STF destacar que pedidos a prestações estatais devem ser analisados topicamente cria grave insegurança jurídica, pois a própria Corte não estaria revelando os critérios sob os quais decide os casos. Na verdade, os dilemas envolvendo os direitos prestacionais impõem ao Tribunal não apenas decidir se a parte no processo tem direito a uma específica prestação estatal, mas, fundamentalmente, decidir se os demais indivíduos que se encontram na mesma situação têm igual direito. O argumento se apoia no fato de que a simples demanda individual em busca de uma prestação estatal pode provocar uma distorção no princípio da isonomia, haja vista que inúmeros indivíduos, precisamente os que se encontram em situação de maior vulnerabilidade, ainda não possuem um efetivo acesso ao Judiciário. Nesse caso, a própria judicialização pode se revelar paradoxal na medida em que os beneficiados seriam pessoas de classe média ou alta em detrimento daqueles que estão efetivamente excluídos do sistema público de saúde.<sup>35</sup>

Esse problema poderia ser atenuado de duas maneiras: através da utilização de ações coletivas cujo resultado contemplasse indistintamente um grupo de indivíduos ou pela existência de um mecanismo de vinculação tanto vertical quanto horizontal de precedentes.<sup>36</sup> Ou seja, não basta que os tribunais inferiores sejam vinculados aos precedentes dos tribunais superiores, mas que os tribunais superiores sejam íntegros com suas próprias decisões e com os princípios que as embasaram.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR STA 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17.3.2010. *DJe*, 30 abr. 2010. Grifos nossos.

<sup>35</sup> SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.

<sup>36</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014. Parte II.

No cenário brasileiro, o perfil das ações judiciais sobre direito à saúde é de natureza individual e não coletiva. Segundo o CNJ, apenas 3,62% das demandas de saúde são de natureza coletiva. Curiosamente, o manejo dessas ações faz aumentar em 7% a chance de sucesso.<sup>37</sup> Esse dado é contraintuitivo, pois havia a hipótese de que com a utilização de ações individuais os magistrados estariam mais inclinados a decidir favoravelmente ao requerente, pois o impacto financeiro seria bem menor se comparado à decisão em uma ação coletiva. Por outro lado, e talvez por esse motivo, esse dado também revela a omissão de instituições como Ministério Público e a Defensoria Pública em utilizá-las com mais frequência.

Com relação à segunda alternativa – a existência de um modelo de vinculação de precedentes –, é certo que o Brasil possui uma longa tradição no exercício do controle de constitucionalidade das leis, dispondo de um complexo sistema que combina elementos da tradição norte-americana de *judicial review* e do modelo abstrato europeu. Reconhece-se, também, que tem havido um processo de fortalecimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Todavia, os processos judiciais em que se exige que o Estado cumpra obrigações positivas dificilmente chegam ao STF através das ações de controle de constitucionalidade, sendo mais frequente seguir o caminho dos recursos e pedidos de suspensão de segurança.

Seja como for, por mais que se tenha elevado a força vinculante das decisões das Cortes, como se deu com o Código de Processo Civil atual, não existe no país uma cultura jurídica de precedentes nem no âmbito da construção da decisão (*ratio decidendi*) nem no âmbito de sua aplicação pelos juízes de primeira e segunda instâncias.<sup>38</sup> Em vez disso, observa-se uma acentuada ênfase na autonomia do magistrado que se sente legitimado a decidir com base no *direito*, mas na forma como ele livremente compreende o que este direito é. Some-se a tal circunstância a influência de todo um arsenal neoconstitucionalista que coloca à disposição do magistrado um conjunto de elementos retóricos que servem para o afastar tanto de leis, quanto de precedentes tidos por inconvenientes. Com isso, abrem-se os espaços para decisionismos judiciais. A garantia constitucional da autonomia do juiz, fundamental para neutralizar pressões ilegítimas externas, se converte, desse modo, em soberania judicial para decidir em qualquer direção.

Nesse contexto, se, por um lado, a fixação de parâmetros pelo STF nas demandas de saúde, como se viu no tópico anterior, avança o tratamento jurisprudencial dado ao tema, por outro, pode se revelar insuficiente na contenção dos

<sup>37</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*, 2019. p. 130.

<sup>38</sup> ROSEVEAR, Evan. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 149-183, set./dez. 2018.

demais membros da magistratura e na fixação de padrões minimamente consistentes para a tomada de decisão.

Na verdade, o tema em tela envolve a discussão acerca da ausência de integridade nas decisões do STF não só em matérias de direitos sociais, mas em matérias que envolvem dispêndio de recursos por parte do Poder Público. A integridade na decisão não exige apenas uma coerência com as decisões precedentes, mas com seus fundamentos e poderia evitar, por outro lado, o consequencialismo utilizado por muitos juízes, como modo de julgar politicamente para alcançar qualquer resultado almejado. Inclusive, deve-se recordar que decisões consequencialistas não podem ser consideradas precedentes.<sup>39</sup>

O STF não pode ter liberdade para julgar cada caso novo difícil em matéria de direito à saúde como se, a cada nova ação ou recurso, tivéssemos necessariamente um caso inédito a analisar, como se o direito não tivesse ainda respostas ele. E não estamos falando em casos repetitivos. É necessário questionar o que se está a decidir em determinado caso e se, indo para a tese mais abstrata discutida, de fato esta tese já não teria sido decidida pelo Tribunal Constitucional e, portanto, se o STF para manter uma coerência, integridade e estabilidade não precisaria, também, manter coerência em relação aos princípios abstratos que fundamentaram a decisão anterior.

Poderíamos exemplificar a partir de recente decisão do STF sobre a irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos em caso de escassez de recursos, cuja tese (parte abstrata da decisão) deve vincular casos semelhantes que venham a envolver tanto questões relacionadas a políticas públicas constitucionais, como questões relacionadas a ajuste de contas públicas. Na linha do que o Ministro Fachin decidiu, fica claro que eventual austeridade que se faça necessária em virtude de panorama econômico de crise “somente reforça a função da Corte Constitucional como *locus* específico para impedir retrocessos sociais na seara dos direitos e da Ordem Social”.<sup>40</sup>

Ora, se a ordem social constitucional restringe o espaço de decisões políticas a respeito da intangibilidade dos direitos sociais, evitando justamente o retrocesso nesta matéria, esta *ratio* deve irradiar para todos os casos que digam respeito a custos e direitos sociais, sob pena de se violar a integridade e a igualdade em matéria de interpretação de direitos sociais fundamentais.

Não se pode imaginar que, para servidores públicos, suas relações de trabalho sejam protegidas contra irredutibilidade salarial e que se possa justificar redução salarial para trabalhadores da iniciativa privada. Até porque o dispositivo

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 172.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2238*. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 24.6.2020.



constitucional que protege os servidores no art. 39, §3º, é apenas uma extensão do art. 7º, VI aos servidores.

Assim, quando o STF decide sobre a inconstitucionalidade de artigo da Lei de Responsabilidade Fiscal, não é apenas desta lei que se trata, mas os fundamentos que justificaram a tese firmada devem refletir para além do caso, numa coerência de princípios, que devem ser buscados na *ratio* da decisão.

### 2.3 Capacidade institucional

Por fim, o terceiro desafio relacionado ao protagonismo judicial no controle de políticas públicas e proteção de direitos sociais se refere aos limites institucionais do Poder Judiciário.<sup>41</sup> Verificamos duas situações em que essa questão se expressa mais nitidamente. Em primeiro lugar, como se sabe, a elaboração de qualquer política pública requer conhecimentos que vão muito além do campo jurídico. É preciso identificar os problemas sociais a serem solucionados, realizar estudos prévios, levantar dados empíricos, traçar metas, realizar escolhas de enorme complexidade técnica, monitorar a execução de medidas administrativas. Tudo isso, convém destacar, levando-se em conta os recursos humanos e materiais disponíveis. Desse modo, é fácil perceber que, em muitas situações, o juiz não possui a *expertise* necessária para rever ou se contrapor a decisões tomadas por legisladores, gestores ou agências administrativas baseadas em fundamentos técnicos que escapam da lógica própria do direito baseada no lícito/ilícito. São escolhas feitas com base em outros parâmetros, como economia, política e/ou ciência. Por isso, as intervenções judiciais sobre políticas públicas deveriam ser feitas com a devida prudência sob pena de resultar desastrosa não apenas diante das consequências econômicas, como também por provocar inconsistências no marco da própria política pública. Um único e emblemático caso, da fosfoetanolamina, também conhecida como “pílula do câncer”, resultou, no período de oito meses, em cerca de 13 mil decisões judiciais para que a Universidade de São Paulo fornecesse medicamento ainda não aprovado pela Anvisa e cuja eficácia ainda não havia sido comprovada por estudos técnicos.<sup>42</sup>

Como estratégia para auxiliar os magistrados nos casos que envolvem aspectos técnicos relacionados a medicamentos e tratamentos de saúde, o CNJ determinou a criação dos núcleos de apoio técnico (NAT) em cada estado. Os

<sup>41</sup> VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. New Delhi: Universal Law Publishing, 2010. p. 86.

<sup>42</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*, 2019. p. 13.

NATs têm a função de assessorar os juízes através de pareceres, oferecendo-lhes subsídios nas questões técnicas da área de saúde. Na prática, contudo, eles têm sido pouco utilizados pelos juízes e tribunais, o que revela certo distanciamento entre as políticas públicas e a atuação do Poder Judiciário.<sup>43</sup>

Em segundo lugar, é preciso levar em conta não apenas a eficácia da tutela judicial individualizada em cada caso concreto, como também sua projeção sistêmica capaz de influenciar o aparato estatal responsável por alguma política pública deficitária. Esse desafio nos coloca diante da própria capacidade de o Poder Judiciário promover transformações sociais e institucionais mais intensas. Ao reconhecer, em 2015, o chamado “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro,<sup>44</sup> o STF justificou sua decisão considerando a violação massiva e permanente de direitos humanos, advinda de graves falhas estruturais e omissões imputadas a várias esferas de governo e a múltiplas instituições estatais. Além disso, a população carcerária também deve ser vista como grupo vulnerável na medida em que não possui voz nas esferas representativas. Uma decisão estruturante como esta, inspirada na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, precisa ser observada considerando exatamente as capacidades institucionais de um Tribunal. Dificilmente, em casos que envolvem uma elevada complexidade, e não apenas jurídica, uma Corte terá condições de, sozinha, implementar mudanças sociais mais robustas, o que sugere o exercício de uma jurisdição constitucional que desencadeie diálogos institucionais com outros atores, de sorte que o papel do Tribunal está mais próximo de uma instância de coordenação e moderação das ações a serem executadas pelos atores envolvidos do que de um Tribunal que impõe ordens a serem seguidas incondicionalmente. Nessa perspectiva, é preciso atentar para os modelos específicos de provimentos judiciais a serem utilizados em cada caso.

Para além das situações em que a tutela judicial impõe obrigações positivas, tem ganhado relevo um modelo dialógico de jurisdição em que os tribunais, em vez de adotarem uma visão adversarial de separação de poderes, assumem uma postura colaboracionista e buscam remover bloqueios que existem nas instituições públicas, deflagrando práticas cooperativas.<sup>45</sup> Com isso, ao se identificarem os limites e fragilidades das instituições, passa-se a explorar melhor as virtudes de cada uma delas. Sob essa ótica, o ativismo judicial, em vez de representar

<sup>43</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*, 2019. p. 66.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 9.9.2015. DJe-031, divulg. 18.2.2016, public. 19.2.2016.

<sup>45</sup> YOUNG, Katharine G. (Ed.); SEN, Amartya. *The future of economic and social rights: globalization and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 30.

uma indevida interferência na esfera de outros poderes, pode, ao mesmo tempo, ser uma postura institucional necessária para assegurar direitos nos casos individuais e produzir, ainda que indiretamente, efeitos sistêmicos visando aperfeiçoar uma política pública deficitária.<sup>46</sup>

Por tais razões, entendemos que, embora existam fundadas razões para justificar a legítima fiscalização judicial das políticas públicas como forma de proteção dos direitos sociais, isso não deve ser visto com exagero e na suposição (idealista) de que juízes e tribunais terão reais condições para a correção de problemas mais graves sobre tais direitos. Os desafios antes mencionados – o da legitimidade, racionalidade decisória e capacidade institucional – traduzem preocupações concretas que são verificadas não apenas no Brasil, como em outros países onde os direitos sociais são objeto de judicialização e onde se demanda que juízes e tribunais imponham aos entes públicos obrigações positivas. Pressupõe-se, desse modo, que as falhas em políticas públicas e disfunções administrativas serão plenamente corrigidas por meio de decisões judiciais. É claro que as intervenções judiciais possuem essa finalidade corretiva e restaurativa da legalidade e da constitucionalidade, mas elas são institucionalmente tópicas, individualizadas e limitadas.

Para além disso, há também um uso estratégico da judicialização de políticas públicas por parte dos atores políticos como um recurso utilizado para transferir a responsabilidade e o custo político na tomada de decisões. É o que os cientistas políticos têm chamado de *blame shifting*, quando políticos eleitos não querem assumir a responsabilidade por uma decisão ruim que lhes traga impactos políticos negativos, como perda de votos, e buscam transferir esta responsabilidade para outro órgão ou agente.<sup>47</sup>

Por isso, crê-se que é importante uma reorientação conceitual sobre o sentido e alcance de Constituições dirigentes, como a brasileira, a fim de dissociar as exigências por sua efetividade, que devem ser parte de uma agenda permanente, dos processos de judicialização. Dito de outro modo, a realização dos direitos sociais, embora não exclua a necessária proteção pela jurisdição constitucional,

<sup>46</sup> LEITE, Glaucio Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 245.

<sup>47</sup> SULITZEANU-KENAN, Raanan; HOOD, Christopher. Blame avoidance with adjectives? Motivation, opportunity, activity and outcome. *Paper for RCPR Joint Sessions, Blame Avoidance and Blame Management Workshop*, Granada, n. 14, 20 abr. 2005. Disponível em: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/12d4b2b2-19f9-4bc7-a320-bae6116f75b4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020. Ver também: BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. 166p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. p. 37. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Mencoes-Honrosas/Ciencia-Politica-Relacoes-Internacionais-Leon-Victor-Queiroz-Barbosa.PDF>. Acesso em: 15 jul. 2020.

não se esgota na atuação, inclusive ativista, dos tribunais. Aliás, está longe disso. Em um contexto como o brasileiro, em que os debates sobre a efetividade constitucional no período pós-88 pareciam exigir que os tribunais, especialmente o STF, assumissem uma posição de centralidade institucional, faz-se necessária uma correção de rota epistemológica. Se, por um lado, tais Constituições não podem ser vistas apenas como uma “bíblia de promessas”, tampouco não é satisfatória a proclamação retórica de sua autossuficiência normativa, como se, dos próprios princípios e programas constitucionais, surgissem quase que automaticamente as medidas estatais que lhe assegurem concretude.<sup>48</sup> Como observa Gilberto Bercovíci,<sup>49</sup> o dirigismo constitucional não deve justificar uma teoria constitucional “autossuficiente”, excluindo-se o Estado e a política, como se a simples textualidade jurídico-constitucional fosse capaz de garantir sua própria realização. Neste ponto, a Constituição dirigente, apesar de pretender fornecer as linhas de atuação da política e do Estado, não possui a capacidade de substituí-los, como se o direito tivesse condições de desempenhar adequadamente as funções da política, nem de ignorá-los na tarefa de sua efetividade, por estar imbrincada com o funcionamento do Estado e da política.

Portanto, se o ativismo judicial praticado pelo STF simbolizou a superação do entendimento conservador que reputava certas cláusulas constitucionais desprovidas de normatividade, como se dava com os preceitos programáticos, por outro lado, contudo, não se deve concluir que o reconhecimento da força normativa da Constituição será uma fórmula mágica para diminuir, pelas vias judiciais, uma realidade historicamente marcada pelo elevado grau de exclusão social<sup>50</sup> e deficiência na fruição de direitos básicos. É preciso construir, também, uma prática *política* orientada pela Constituição e que lhe dê o devido suporte social.

### **3 Constitucionalismo social e erosão democrática: novos desafios para a jurisdição constitucional brasileira**

Se as principais preocupações sobre o papel e limites do Poder Judiciário vinham se relacionando com a imposição de obrigações estatais positivas que

<sup>48</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 32.

<sup>49</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-29, 2004. p. 9.

<sup>50</sup> O alto grau de exclusão social e os maiores índices de desigualdade social da região têm sido apontados como causas para dificuldades de consolidação democrática no Brasil. Neste sentido ver: LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 211 *et seq.*

assegurassem concretamente a fruição de direitos sociais, um outro cenário tem se desenvolvido na realidade brasileira a exigir adequado equacionamento por parte das Cortes, sobretudo do STF. Nesse contexto, sobressai a função contramajoritária do Tribunal, que lhe exigirá a análise de decisões políticas tomadas pelo Parlamento e pelo Governo e que tendem a promover retrocessos no âmbito do constitucionalismo social.

De fato, com o turbulento processo de *impeachment* da Ex-Presidente Dilma Rousseff, viu-se uma significativa reorientação da agenda política e econômica do país sob a presidência de Michel Temer, adotando princípios e diretrizes neoliberais. Apoiado, principalmente, no argumento de uma profunda crise financeira do Estado, o então Presidente Michel Temer encampou uma política de austeridade, enviando ao Congresso Nacional propostas que têm comprometido direitos sociais e grupos vulneráveis. A primeira delas consiste na Emenda Constitucional (EC) n. 95/2016, que fixou um congelamento de gastos públicos pelos próximos vinte anos, atingindo setores sociais como os serviços públicos de saúde, educação, assistência e seguridade social. Ora, se a execução e ampliação da proteção social através de políticas públicas está condicionada à disponibilidade financeira, essa emenda constitucional repercute diretamente em áreas sensíveis, atingindo grupos que já se encontram em situação de enorme vulnerabilidade. A rigor, essa reforma constitucional promove uma asfixia no âmbito da Administração Pública, que se vê impedida de promover várias políticas públicas voltadas à diminuição da pobreza e desigualdade social. Trata-se de uma tentativa de justificar um *estado de exceção econômica*,<sup>51</sup> fragilizando a dimensão social da Constituição brasileira.

A segunda medida diz respeito à Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que, sob o argumento de estimular negociações diretas entre empregos e empregadores com menor interferência estatal, tem diminuído a proteção dos trabalhadores nas relações de emprego, além de ter promovido uma diminuição no papel da Justiça do Trabalho na tutela de direitos trabalhistas. Após dois anos de sua vigência, os trabalhadores na informalidade atingiram, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o recorde de 41,4% do total da população ocupada no país. Esse é o maior nível desde que o indicador passou a ser medido, em 2016.<sup>52</sup>

Adotando posições mais radicais, o atual Presidente Jair Bolsonaro tem assumido um discurso que gravita de um forte liberalismo econômico a uma pauta

<sup>51</sup> Sobre “estado de exceção financeira” ver NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do tribunal constitucional*. Coimbra: Almedina, 2014.

<sup>52</sup> ABDALA, Vitor. Informalidade no mercado de trabalho atinge recorde. *Agência Brasil*, 18 set. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/informalidade-no-mercado-de-trabalho-atinge-recorde-diz-ibge>. Acesso em: 27 set. 2019.

de valores ultraconservadora, que legitima sua política autoritária. Em seu primeiro ano de governo, o Congresso Nacional aprovou a EC nº 103/2019, responsável por uma expressiva modificação no sistema de seguridade social e, mais especificamente, na Previdência. Com isso, elevam-se o tempo necessário para aposentadoria e os valores das contribuições previdenciárias, e se diminuem os valores a serem recebidos como proventos e o tempo de sua fruição. Entre os reflexos da reforma, nota-se a redução da proteção estatal e o aumento da procura por previdência complementar privada, ofertada por bancos e instituições financeiras.

Tais medidas exigirão do STF uma detida análise, já que desestruturam o próprio modelo dirigente da CF/88. Parece-nos que o argumento de crise financeira não deve ser fator para legitimar retrocessos sociais em áreas que ainda não atingiram sequer patamares minimamente razoáveis de proteção adequada. Essas inovações legislativas refletem o que Bercovici e Massoneto<sup>53</sup> chamam de “Constituição dirigente invertida”, isto é, há um novo programa constitucional orientando por políticas neoliberais de ajuste fiscal e orçamentário, mas em sentido oposto às diretrizes preconizadas inicialmente pelo constituinte. Nesse sentido, promove-se uma blindagem da “Constituição financeira” em detrimento da “Constituição social”, que teria que se manter com “sobras orçamentárias”. Ao nosso ver, cuida-se da situação descrita por Richard Albert ao analisar o fenômeno do “desmembramento constitucional”:<sup>54</sup> em vez de se aprovar uma simples alteração constitucional, está-se diante de um deliberado esforço em repudiar as características principais da Constituição e destruir seus valores fundantes. Assim, atinge-se a estrutura básica da Constituição ao mesmo tempo em que se ergue um novo modelo apoiado em valores diferentes da anterior. Com isso, o modelo de Constituição compromissória com forte dimensão social passa por um gradual processo de erosão que atinge suas bases de sustentação.

Neste sentido, Fukuyama também aponta que a falta de eficiência dos Estados em garantirem políticas públicas para garantia de direitos sociais básicos, como saúde e educação, é uma das causas da erosão democrática.<sup>55</sup> Os

<sup>53</sup> BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 49, p. 55-77, 2006. p. 73.

<sup>54</sup> ALBERT, Richard. Constitutional amendment and dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, n. 1, p. 1-85, 2018. p. 2.

<sup>55</sup> “The legitimacy of many democracies around the world depends less on the deepening of their democratic institutions than on their ability to provide high-quality governance. The new Ukrainian state will not survive if it does not address the problem of pervasive corruption that brought down its Orange Coalition predecessor. Democracy has become deeply entrenched in most of Latin America over the past generation; what is lacking now in countries such as Brazil, Colombia, and Mexico is the capacity to deliver basic public goods like education, infrastructure, and citizen security” (FUKUYAMA, Francis. Why is democracy performing so poorly? *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1, p. 11-20, jan. 2015. p. 15).

Estados, a seu ver, não têm conseguido atender às demandas populares nem demonstram que seus governos atuam no interesse de toda a comunidade, nem garantiram uma boa qualidade de serviços públicos. Isso, para o autor, acabou por deslegitimar a própria democracia.<sup>56</sup>

Em um cenário mais abrangente, observa-se o fenômeno descrito como “constitucionalismo abusivo”<sup>57</sup> ou “legalidade autocrática”.<sup>58</sup> Em contraposição aos regimes autoritários e golpes de Estado que ocorreram amplamente no século XX, os inimigos da democracia não têm sido mais os tanques nas ruas ou as baionetas. Tampouco a derrubada abrupta de um presidente eleito, muito menos um bombardeio à sede de algum governo. As democracias constitucionais não têm sido aviltadas por golpes de Estado e dificilmente parlamentos são dissolvidos, mas os processos legislativos, formalmente seguidos em suas etapas e ritos, são reorientados para fins autoritários. Reformas constitucionais inconstitucionais são aprovadas pelo legislador democrático, não raro alterando as próprias regras da reforma para deixar mais livre ainda o caminho da substituição constitucional anti-democrática. Não se trata, como se nota, de uma agressão radical, direta e aberta contra as instituições públicas, senão da apropriação de procedimentos democráticos e formas legais para produzir resultados que atingem, deturpam ou subvertem o substrato constitucional. O desafio está em perceber que os processos e ferramentas democráticos são desvirtuados para minar, por dentro, a própria democracia. As estratégias são mais sutis e são mascaradas por mecanismos que, de fato, são contemplados na própria ordem constitucional ou importados de outros países democráticos, porém servindo a um propósito diverso do que se verificava em seu país de origem.

Por isso, o Poder Judiciário, e o STF em particular, serão demandados para enfrentar essas estratégias pontuais que vão erodindo o regime constitucional de forma velada. Aqui, o viés contramajoritário terá evidência maior, razão pela qual é importante a preservação da independência judicial, que também pode ser alvo de retaliações políticas visando sua domesticação e cooptação.

Neste viés, é importante que não haja cooptação ou captura do STF pelo Executivo, quer seja formal – com alteração da idade de aposentadoria, aumento de número de ministros, ou estabelecimento de mandatos para os ministros –, quer seja ideológica, como órgão meramente homologador das políticas autoritárias do Governo Bolsonaro.

<sup>56</sup> FUKUYAMA, Francis. Why is democracy performing so poorly? *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1, p. 11-20, jan. 2015. p. 13.

<sup>57</sup> LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 189, p. 191-256, abr. 2013.

<sup>58</sup> SCHEPPELLE, Kim Lane. Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 545-583, mar. 2018.

Se em tempo de normalidade é importante a existência de uma Corte Constitucional independente, mais ainda sua independência é necessária em momentos de instabilidade democrática, em que novos democratores<sup>59</sup> buscam fragilizar os órgãos de contenção do poder, especialmente o Poder Judiciário.

## Considerações finais

É certo que a Constituição Federal de 1988 foi um importante marco para, por meio de um rol de direitos fundamentais sociais, estabelecer um projeto de Estado Social por ser implementado e reduzir as desigualdades sociais e regionais estruturais do Estado brasileiro. Entretanto, é possível verificar que, apesar dos avanços na interpretação judicial em prol da efetivação de direitos sociais pelo STF a partir dos anos 2000, esta não foi suficiente para dar conta e impulsionar toda a Administração Pública em prol da sua realização.

Ainda que defendamos que os direitos fundamentais sociais retiram da esfera eminentemente política a decisão e a discricionariedade sobre políticas públicas sociais, é certo também que é preciso um esforço político que mantenha um projeto de promoção progressiva do projeto constituinte social. Por mais que existam transferências estratégicas das decisões políticas para o Judiciário, este não pode assumir toda a responsabilidade nas escolhas de alocação de recursos escassos, é necessário que os demais poderes também assumam suas responsabilidades e compromissos constitucionais.

Apesar de alguns avanços em matérias de direitos sociais, o STF se manteve deferente ao Executivo em diversos momentos em que o orçamento da União poderia ser abalado.<sup>60</sup> Para além disso, muitas decisões consequencialistas foram tomadas em contrariedade aos direitos sociais, especialmente privilegiando resultados economicamente favoráveis aos governos.

<sup>59</sup> “How do we know that the TLO is having these effects? Governments that are overthrown without constitutional niceties are sanctioned. But governments that operate within constitutional parameters – even when those constitutions are radically altered – do not attract such harsh global reactions and even pass as democracies in good standing. International practice clearly demonstrates a preference for the kinder, gentler coup, especially if there is no radical break with the prior regime. No wonder that ‘constitutional coups’ are now the preferred method of consolidating and wielding power! In the next section, we will test this by looking at a set of democrators and their constitutional reforms to see whether leaders who stay within constitutional tracks are sanctioned less than those who do not” (SCHEPPELE, Kim Lane. Worst practices and the transnational legal order (or how to build a constitutional “democratorship” in plain sight). *Background paper: Wright Lecture*, Toronto, 2 nov. 2016. p. 12).

<sup>60</sup> ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. *Suprema (in)dependência: mecanismos da relação entre governos e o Supremo Tribunal Federal*. 218p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.



Por outro lado, observou-se um alargamento dos espaços decisórios do STF em matéria de direitos sociais, o que representou a superação do entendimento conservador acerca da natureza meramente programática de várias cláusulas constitucionais. Apesar disso, não se deve concluir que o reconhecimento da força normativa da Constituição será uma fórmula mágica para diminuir, pelas vias judiciais, uma realidade historicamente marcada pelo elevado grau de exclusão social e deficiência na fruição de direitos básicos. É preciso construir, também, uma prática *política* orientada pela Constituição e que lhe dê o devido suporte social.

Embora o tema dos direitos sociais não esteja mais tão em voga nos ambientes acadêmicos, é certo que é necessário um outro olhar para sua efetivação, sob pena de sua inefetividade também fragilizar a estabilidade democrática.

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Nino quando defende que a realização dos direitos sociais é condição prioritária para manutenção do processo democrático. Em suas palavras, os direitos sociais “podem ser vistos como direitos prioritários ou fundamentais, porque sua não satisfação prejudica o trabalho correto do processo democrático, assim como sua qualidade epistêmica”.<sup>61</sup>

Mas a preocupação não se dá apenas em relação a um processo democrático justo, igual e com qualidade epistêmica, mas em relação à sua própria existência. É necessário ter em vista que a “distribuição de renda mais desigual e os piores níveis educacionais e de bem-estar social”<sup>62</sup> de todos os países sul-americanos tornam o Brasil uma das conjunturas mais difíceis a consolidar a democracia. Mas não só isso, a população mais pobre sente “que a combinação da ineficácia do governo e de prolongadas políticas de austeridade significa que a democracia não teve qualquer impacto positivo na qualidade econômica de suas vidas”, o que justificaria, segundo Juan Linz,<sup>63</sup> o baixo apoio dos cidadãos brasileiros à democracia, especialmente se comparado a outras pesquisas da América Latina. Este diagnóstico de Juan Linz na década de 90 parece se repetir no cenário atual, no qual se vê parte da população apoiando a ditadura e o fechamento do Supremo Tribunal Federal.

Manter o STF forte e independente na proteção de direitos fundamentais e da própria democracia é essencial para que o Brasil possa efetivamente consolidar a

<sup>61</sup> “What is considered a precondition may be broadened enormously. In fact, all so-called social rights (which I have defended as natural extensions of individual rights) might be seen as a priori rights, since their nonsatisfaction harms the proper working of the democratic process and its epistemic quality” (NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 222).

<sup>62</sup> LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 203.

<sup>63</sup> LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 212.

democracia tão almejada. Embora não seja o único ator, não haverá democracia sem um Judiciário independente.

---

**Between enthusiasm and constitutional disease: different roles of constitutional jurisdiction in protecting social rights in three decades of unstable constitutionalism**

**Abstract:** Social constitutionalism was adopted in several countries and in Brazil by the 1988 Constitution, especially through the list of social rights that sought to transform the country's inequality reality. This article analyzes the roles the Brazilian Constitutional Jurisdiction assigned and assumed in realizing fundamental social rights in the three decades in which the 1988 Constitution was in force. In this sense, it examines the conservative and self-restraining behavior of the Supreme Court in the first decade after 88, and the change in the narrative that bet on the potential of constitutional jurisdiction for the broad realization of social rights and constitutional promises. It also studies the judicialization of politics as a cause of the protagonism assumed by the STF and the excessive judicialization of politics, facing criticisms related to the legitimacy of the Court and problems related to decision-making rationality or its absence. Finally, it points out the new challenges related to the ongoing process of democratic erosion and the role of the Court in protecting democracy. In this way, the article methodologically conducts a critical analysis of the literature on the judicialization of social rights, interpretation, and theory of judicial decision, also reflecting on cases related to the theme.

**Keywords:** Constitutionalism. Social rights. Judicialization of politics. Democratic erosion.

**Summary:** Introduction – **1** Fundamental social rights and judicial conservatism in Brazil – **2** Judicial protagonism and its implications: thinking about social constitutionalism beyond the Courts – **3** Social constitutionalism and democratic erosion: new challenges for Brazilian constitutional jurisdiction – Final considerations – References

---

## Referências

- ABDALA, Vitor. Informalidade no mercado de trabalho atinge recorde. *Agência Brasil*, 18 set. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/informalidade-no-mercado-de-trabalho-atinge-recorde-diz-ibge>. Acesso em: 27 set. 2019.
- ALBERT, Richard. Constitutional amendment and dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, n. 1, p. 1-85, 2018.
- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. 166p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Mencoes-Honrosas/Ciencia-Politica-Relacoes-Internacionais-Leon-Victor-Queiroz-Barbosa.PDF>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido: uma proposta e reformulação. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 429-436.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-29, 2004.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 49, p. 55-77, 2006.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2238. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 24.6.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 9.9.2015. DJe-031, divulg. 18.2.2016, public. 19.2.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR RE 393175. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12.12.2006. DJ, 2 fev. 2007 PP-00140 ement vol-02262-08 PP-01524.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR SS 2.944. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17.3.2010, public. 30.4.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR STA 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17.3.2010. DJe, 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 22.5.2019. DJe, n. 232, 25 out. 2019. Ata n. 162/2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. Política e economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. *Caderno de Ciência Política da UnB*, Brasília, n. 7, p. 16-25, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CNJ valida adicional por audiências de custódia a juízes do Rio de Janeiro. *Consultor Jurídico*, 6 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-06/cnj-valida-adicional-audiencias-custodia-juizes-rio>. Acesso em: 10 jan. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade sobre políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FUKUYAMA, Francis. Why is democracy performing so poorly? *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1, p. 11-20, jan. 2015.

GARCÍA VILLEGAS, Maurício. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en la América Latina. *Análisis Político*, Bogotá, v. 25, n. 75, p. 89-110, 2012.

- GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.
- KAPISZEWSKI, Diana. Power broker, policy maker, or rights protector? The Brazilian Supreme Tribunal Federal in transition. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 154-173.
- KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos Cebrap*, n. 96, p. 69-85, 2013. ISSN 1980-5403. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>. Acesso em: 12 set. 2021.
- KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.rel.uniceub.br/RBPP/article/view/6518>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 189, p. 191-256, abr. 2013.
- LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 10-31, 2014.
- LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Brasília: Acadêmica, 1994.
- NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do tribunal constitucional*. Coimbra: Almedina, 2014.
- POMPEU, Ana; COURA, Kalleo. CNJ aprova auxílio-saúde para magistrados e servidores de todos os tribunais. *Jota*, 13 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/cnj-aprova-auxilio-saude-para-magistrados-e-servidores-de-todos-os-tribunais-13092019>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- POR causa de crise no RJ, Cármen Lúcia suspende nomeação de 900 professores. *Consultor Jurídico*, 15 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-15/citando-crise-rj-carmen-suspende-nomeacao-900-professores>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, n. 2, p. 1-27, 2013.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.

- ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. *Suprema (in)dependência: mecanismos da relação entre governos e o Supremo Tribunal Federal*. 218p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.
- ROSEVEAR, Evan. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 149-183, set./dez. 2018.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, p. 545-583, mar. 2018.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 296-324, 2003.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Worst practices and the transnational legal order (or how to build a constitutional “democratorship” in plain sight). *Background paper: Wright Lecture*, Toronto, 2 nov. 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.
- STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SULITZEANU-KENAN, Raanan; HOOD, Christopher. Blame avoidance with adjectives? Motivation, opportunity, activity and outcome. *Paper for RCPR Joint Sessions, Blame Avoidance and Blame Management Workshop*, Granada, n. 14, 20 abr. 2005. Disponível em: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/12d4b2b2-19f9-4bc7-a320-bae6116f75b4.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. New Delhi: Universal Law Publishing, 2010.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. ISSN 1809-4554. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Acesso em: 13 set. 2021.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- YOUNG, Katharine G. (Ed.); SEN, Amartya. *The future of economic and social rights: globalization and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; LEITE, Glauco Salomão. Entre o entusiasmo e o mal-estar constitucional: diferentes papéis da jurisdição constitucional na proteção de direitos sociais em três décadas de constitucionalismo instável. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 533-561, jul./dez. 2021.

---

Recebido em: 10.08.2020  
Pareceres: 27.09.2021; 13.10.2021  
Aprovado em: 14.10.2021