

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ANA LUIZA KUBIÇA PAVÃO ESPINDOLA

**DA (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS À EXCESSIVA TUTELA
JUDICIAL GARANTIDORA: Contribuições da teoria dos diálogos institucionais
a partir da teorização fundamentada nos dados de processos judiciais sobre
saúde e educação no Município de Dois Irmãos/RS**

São Leopoldo

2021

ANA LUIZA KUBIÇA PAVÃO ESPINDOLA

**DA (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS À EXCESSIVA TUTELA
JUDICIAL GARANTIDORA: Contribuições da teoria dos diálogos institucionais
a partir da teorização fundamentada nos dados de processos judiciais sobre
saúde e educação no Município de Dois Irmãos/RS**

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito Público, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Prof^a. Dra. Raquel Von Hohendorff

São Leopoldo

2021

E77d Espindola, Ana Luiza Kubiça Pavão

Da (in)efetividade dos direitos sociais à excessiva tutela judicial
garantidora: contribuições da teoria dos diálogos institucionais a
partir da teorização fundamentada nos dados de processos
judiciais sobre saúde e educação no Município de Dois Irmãos/RS.
/ Ana Luiza Kubiça Pavão Espindola -- 2021.

167 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Orientadora: Profa. Dra. Raquel Von Hohendorff.

1. Direito social. 2. Judicialização da política. 3. Diálogo
institucional. I. Título. II. Hohendorff, Raquel von.

CDU 342.7

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS À EXCESSIVA TUTELA JUDICIAL GARANTIDORA: Contribuições da teoria dos diálogos institucionais a partir da teorização fundamentada nos dados de processos judiciais sobre saúde e educação no Município de Dois Irmãos/RS**" elaborada pela mestranda **Ana Luiza Kubiça Pavão Espindola**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de março de 2021.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Raquel Von Hohendorff _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Gabrielle Jacobi Kölling _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Wilson Engelmann _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS

A tarefa de escrever uma dissertação é tão solitária e, paradoxalmente, requer tantos envolvidos.

À Clarissa, minha apoiadora nata, por ter me ensinado o valor do conhecimento (e por ter arcado com o preço dele); por nunca ter me deixado desviar do caminho da aprendizagem contínua; por ter comemorado a minha aprovação no processo seletivo para o mestrado da Unisinos com mais intensidade do que eu mesma; por todas as trocas de ideias durante o nosso período simultâneo como mestrandas; por me permitir enxergar, com orgulho, a beleza de concluirmos (mais) essa etapa juntas. Mais do que a minha vida, a ti eu devo todo o conhecimento adquirido.

Ao Roberto, que me permitiu a experiência de ter um pai e com isso mostrou na prática a importância de uma segunda opinião no diálogo para buscar a melhor decisão, pelos passos que me estimula a seguir; pelas inquietações constantes sobre o mundo do Direito, pelo estímulo a reunir a teoria com a prática e pela esperança de que possamos contribuir para, quem sabe, amenizar alguns problemas.

Ao Leonardo, pela presença e companhia do início ao fim dessa etapa; por ter, aos poucos, abraçado meus projetos como se fossem os dele; pelos incontáveis gestos de apoio, dos mais grandiosos aos mais singelos; pela compreensão com as ausências mesmo quando eu estava de corpo presente; pelo suporte silencioso quando precisei de silêncio e pelas abdições feitas, sem muitos questionamentos, ao longo dos últimos tempos.

À Letícia, ao Felipe e ao Alexandre, por terem sido ombro amigo, presença constante e ouvido ativo para todas as conversas; pela segurança de uma amizade que não enxerga obstáculos e que não se acaba, mesmo a distância.

À Larissa Elsner, à Vitória Volcato, ao Gustavo Ben e ao César Gomes, na pessoa de quem aproveito para agradecer a todos os colegas do PPGD com quem tive a oportunidade de trocar ideias das mais frutíferas. É possível que eu tenha aprendido mais nos intervalos da pós-graduação, nas caronas de volta para casa e nos encontros de fim de semana do que nas aulas propriamente ditas em razão de pessoas brilhantes como vocês.

À Mirela Azambuja, que acompanhou da primeira à última linha escrita desse trabalho, pela paciência e pelo profissionalismo ímpar com que cuidou de mim; por ter transformado a tarefa árdua em um processo leve; por ter me ensinado a identificar (e

aguentar) os “comigos de mim” e a colocar cada um deles para colaborar quando foi preciso.

À Raquel, pela acolhida; pela difícil missão assumida de começar a me orientar aos 45 minutos do segundo tempo; por tê-la desempenhado com maestria, tranquilidade e assertividade; e pela confiança inexplicável que depositou na parte empírica do meu estudo, desde o primeiro momento, impedindo que eu desistisse da dificultosa coleta de dados pretendida.

Ao Município de Dois Irmãos, na pessoa do Procurador-Geral Daniel Rossato Rodrigues, pela boa recepção, pela organização e pela seriedade empreendida na concretização de sua missão institucional. Ao Daniel, pessoalmente, agradeço a confiança em meu trabalho. Ao Cassiano, agradeço a energia empreendida em meu auxílio, ainda que indiretamente, e desejo que essa mesma energia renda os merecidos frutos profissionais no futuro.

À Secretaria do PPGD, especialmente à Vera, cuja atuação profissional certamente fará falta aos novos pós-graduandos, e ao Ronaldo, pela pronta resolução de problemas e pela disposição à colaboração, do início ao fim, desde dicas de hospedagem em São Leopoldo e ensinamentos sobre como se localizar no *campus* até orientações acadêmicas essenciais à conclusão do presente trabalho.

Ao final, sem que isso signifique menor importância, a toda minha família, amigos, colegas profissionais e acadêmicos e professores que, mesmo sem serem nominalmente citados, me estimularam a curiosidade e inquietude acadêmica, me envolveram em diálogos críticos, fomentaram o desejo de buscar respostas, ainda que simples, aos gigantescos problemas da vida. Em agradecimento a todos aqueles que me despertaram ao debate, comprometo-me a tentar, nas linhas seguintes, da melhor forma que me for possível, traduzir em palavras as inquietudes jurídicas despertadas e propor soluções singelas, mas esperançosas.

“A população da Bruzundanga, tirante um atributo ou outro, não era composta de pessoas diferentes do doutor Gulliver; eram minúsculos bonecos portanto, que queriam possuir uma constituição de gigantes” (BARRETO, 1992, p. 82).

RESUMO

Especialmente nas duas últimas décadas, no Brasil, difunde-se a defesa da atuação ativa do Judiciário na concretização de direitos sociais, dada a insuficiência revelada pelos outros Poderes para assegurar efetividade ao grande rol de direitos previstos na Constituição de 1988. Com a intensificação da atuação dos tribunais na matéria, além de a efetividade dos direitos sociais permanecer sendo uma utopia, se acentuaram os problemas da interferência judicial em uma área na qual o Judiciário não possui capacidade institucional para atuar. O objetivo desta dissertação é explorar em que medida os diálogos institucionais podem contribuir para que Executivo e Judiciário atuem em colaboração, obtendo maior nível de concretização de direitos sociais e evitando a judicialização excessiva de políticas públicas. Para alcançá-lo, parte-se da importância dos direitos sociais, a partir de seu processo evolutivo, e compreende-se sua dificuldade de concretização, em razão de indefinições quanto ao seu conteúdo e da limitação orçamentária estatal para atender às infinitas demandas sociais. Estabelecida a noção de que a apreciação das medidas de outros departamentos estatais não pode ser retirada dos juízes, buscaram-se compreensões alternativas à judicialização da política. Dentre os arranjos alternativos, encontram-se os diálogos institucionais, uma terceira via entre as supremacias judicial e legislativa. E, dentre as teorias dialógicas, destaca-se a teoria da parceria, que compreende que cada Poder, a partir da sua posição institucional, possui uma contribuição válida sobre o debate acerca do significado e da extensão dos direitos constitucionais. Entretanto, ao analisar 200 processos judiciais sobre os direitos à saúde e à educação, percebeu-se que a atribuição de significado aos direitos sociais dada pelo Executivo não é respeitada pelo Judiciário. Porém, entendeu-se viável engajar Executivo e Judiciário na interpretação do significado e da extensão que os direitos sociais devem ter, através da adoção de uma postura dialógica entre ambos. Para tanto, propôs-se a aprovação conjunta de um planejamento periódico de execução de políticas públicas. Valeu-se do método bibliográfico, da estratégia exploratória e da abordagem qualitativa de pesquisa em um primeiro momento, e, após, foi empregado o método da teorização fundamentada em dados, que levou à criação de uma proposta teórica. Essa proposta contempla a viabilidade de que os Poderes Judiciário e Executivo estabeleçam diálogos institucionais entre si e aposta nos efeitos positivos que podem decorrer desses diálogos para a efetivação de direitos sociais. A proposta se

fundamentou na constatação do desprezo judicial em relação ao orçamento administrativo, na incapacidade do Judiciário para avaliar o quadro geral de políticas públicas, mas, em paralelo, na impossibilidade de retirar dos juízes e tribunais a sindicabilidade de tais políticas, na percepção de que o próprio Poder Judiciário já vem abrindo espaços atípicos para diálogo dentro do processo judicial e na necessidade de previsão normativa para que diálogos ocorram. Afinal, compreendeu-se que a atuação judicial não dialogada, em matéria de direitos sociais, não conduz à efetivação deles.

Palavras-chave: Direitos sociais. Judicialização da política. Diálogos institucionais.

ABSTRACT

Especially in the last two decades, in Brazil, the defense of an active role of the Judiciary in the realization of social rights has spread, given the insufficiency revealed by the other branches to ensure effectiveness to the huge list of rights in the 1988 Constitution. As courts intensified their action in this subject, besides the problem of the effectiveness of social rights remaining unsolved, the problems of judicial interference in an area in which the Judiciary does not have the institutional capacity to act have been accentuated. The objective of this dissertation is to explore the extent to which institutional dialogues can contribute for Executive and Judiciary to act in collaboration, obtaining a higher level of realization of social rights and avoiding excessive judicialization of public policies. To achieve this, it starts from the importance of social rights, based on its evolutionary process, and so its difficulty to be realized is understood, due to uncertainty about its content and to the limitation of public budget to finance the infinite social demands. Since the judicial review of the measures from other state departments cannot be stopped, alternative understandings to the judicialization of politics were sought. Among the alternative arrangements, there are institutional dialogues, a third way between judicial and legislative supremacy. And, among the dialogical theories, the partnership theory stands out, which understands that each Power, from its institutional position, has a valid contribution on the debate about the meaning and extension of constitutional rights. However, when analyzing 200 lawsuits on the rights to health and education, it was noticed that the Executive's attribution of meaning to social rights is not respected by the Judiciary. However, it was considered feasible to engage the Executive and the Judiciary in the interpretation of the meaning and the extent that social rights must have, through the adoption of a dialogical stance between both. To this purpose, is proposed to jointly approve a periodic planning for the implementation of public policies. It was used the bibliographic method, the exploratory strategy and the qualitative approach of research at first, and, afterwards, it was used the method of grounded theory, which led to the creation of a theoretical proposal. This proposal contemplates the feasibility of Judiciary and Executive establishing institutional dialogues with each other and bets on the positive effects that can result from these dialogues for the realization of social rights. The proposal was based on the observation of judicial contempt for the administrative budget, the inability of the Judiciary to assess the general framework of public policies,

but, in parallel, the impossibility of removing from the judges and the courts the control of such policies, in the perception that the Judiciary Power itself has already been opening atypical spaces for dialogue within the judicial process and in the need of normative provision for dialogues to occur. After all, it was understood that judicial action not discussed, in terms of social rights, does not lead to their effectiveness.

Key-words: Social rights. Judicialization of politics. Institutional dialogues.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A EVOLUÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS	16
2.1 Importância e dificuldade de concretização de direitos sociais	26
2.2 Judicialização excessiva e, ainda, inefetividade de direitos	37
3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: NECESSIDADE OU CONTINGÊNCIA?	48
3.1 Alternativas à judicialização de direitos sociais	64
3.1.1 O procedimentalismo habermasiano	65
3.2.2 O constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático e o minimalismo de Cass Sunstein	74
4 TEORIA E PRÁTICA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	88
4.1 Diálogos institucionais na teoria	91
4.2 O caso do Município de Dois Irmãos: a possibilidade de implementação de diálogos institucionais em matéria de direitos sociais na prática.....	115
4.2.1 Alguns aspectos metodológicos	116
4.2.2 Teorização fundamentada nos dados: a aprovação conjunta do plano de execução de políticas públicas como proposta	121
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
REFERÊNCIAS.....	157

1 INTRODUÇÃO

O advento do Estado Democrático de Direito representou um *plus* normativo em relação ao Estado Social, objetivando assegurar direitos de bem-estar social, mas também propiciar condições de livre desenvolvimento mercadológico, ao mesmo tempo em que a legitimação das instituições estatais passou a ser objeto de preocupação.

Em sociedades que experimentaram o Estado Social em sua plenitude, a transição para o Estado Democrático de Direito, embora não se possa dizer tranquila, sofreu menos turbulências. No Brasil, em que as promessas da modernidade sequer chegaram a se concretizar e onde o Estado Social não deixou de ser uma aspiração, todavia, a situação é diferente.

Ante a falta de responsividade encontrada pela população nos órgãos dos Poderes Executivos e Legislativo, coube ao Poder Judiciário responder aos anseios pela realização de direitos sociais. O resultado é um número de processos ajuizados maior a cada ano, sendo certo que a quantidade de processos em que se pleiteiam prestações relativas a direitos sociais (especialmente o direito à saúde, o mais judicializado dentre os direitos de segunda geração) vem crescendo em proporção bem mais elevada do que a quantidade de processos em geral.

Além dos prejuízos óbvios que essa “hiperjudicialização” gera ao próprio Poder Judiciário (que possui pouco tempo e poucos recursos para analisar cada demanda de forma individual), tem-se prejuízos inegáveis às próprias políticas públicas asseguradoras de direitos sociais. Isso porque tribunais evidentemente não são o local mais adequado para discutir políticas públicas, sendo a incapacidade institucional do Judiciário uma das mais frequentes críticas feitas quanto à intervenção judicial em direitos de bem-estar.

É que a realização de direitos está inevitavelmente imbricada com o orçamento público que irá assegurá-los. Assim, toda vez que se determina que certo direito deve ser resguardado, se está fazendo uma escolha trágica: a destinação de verbas públicas a uma demanda invariavelmente significa que outras demandas ficarão descobertas. Entretanto, a incapacidade institucional do Judiciário o impede de saber quais necessidades ficarão desatendidas – fator que evidentemente faz com que não seja ele o órgão mais adequado para tratar da matéria.

A problemática se instaura em razão de que, em sociedades com uma cultura democrática e participação popular enfraquecidas, nas quais houve o distanciamento dos poderes políticos tradicionais e da população em geral, o Poder Judiciário acaba sendo o órgão mais responsivo às demandas sociais. Em contextos tais, retirar da via judicial a possibilidade de analisar decisões relativas a direitos de bem-estar significaria, em última consequência, um enfraquecimento grave da Constituição, na medida em que o descumprimento de direitos nela previstos não seria combatido por nenhum outro órgão de Poder. Mas, se não cabe retirar do Judiciário a possibilidade de se manifestar sobre a concretização ou não de direitos sociais, cabe estudar alternativas para que os prejuízos decorrentes da interferência judicial em políticas públicas sejam mitigados ou resolvidos.

Nesse ponto, insere-se a prática dos diálogos institucionais. Tal teoria baseia-se na constatação de que cada instituição do Estado possui aptidões e fraquezas para determinadas atividades, sendo possível, no entanto, que órgãos de diferentes poderes reúnam suas aptidões para reduzir fraquezas na resolução conjunta de problemáticas.

Assim, a presente dissertação se debruça sobre a viabilidade de utilização de mecanismos dos diálogos institucionais no sistema jurídico brasileiro. Como necessária delimitação da temática, o foco do estudo estará voltado à análise da possibilidade e da utilidade de que diálogos institucionais sejam estabelecidos entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, como meio de concretização dos direitos sociais e de evitação da excessiva e indesejada intervenção judicial na efetivação de políticas públicas, a partir de uma teorização fundamentada nos dados de processos judiciais sobre saúde e educação ajuizados contra o Município de Dois Irmãos/RS, entre os anos de 2010 e 2019.

O especial interesse de pesquisa nessa temática surge a partir do dilema entre, de um lado, admitir que o Poder Judiciário atue quase como legislador ou como implementador de políticas públicas e, de outro, acabar reconhecendo que direitos constitucionalmente previstos são realmente meras promessas não cumpridas da modernidade. Mas se o Judiciário é desprovido dos recursos e das competências para formular políticas públicas, como é que, diante de inércias reiteradas dos agentes públicos responsáveis pela implementação dessas políticas, pode-se assegurar o respeito a direitos sociais, sem que isso signifique indevida intervenção do Poder Judiciário sobre o Executivo?

Tem-se um desafio de equilíbrio: a intervenção judicial, apesar de necessária, não pode ser desmedida a ponto de comprometer os projetos já estabelecidos do poder público, impactando negativamente sobre programas públicos que teriam a intenção de beneficiar a coletividade. Isso porque, muitas vezes, a pretexto de fazer a “justiça” no caso concreto – microjustiça – ignora-se a macrojustiça, que acaba prejudicada.

Assim, a dissertação é impulsionada pelo problema quanto a quais contribuições os diálogos institucionais podem trazer para a missão de conciliar esses dois polos (a eventual inércia do Poder Executivo na concretização de direitos sociais e as limitações ínsitas ao Poder Judiciário para garanti-los com efetividade), sem que haja prejuízo aos cidadãos, que devem ter assegurados os direitos de segunda dimensão de que são titulares?

Parte-se da hipótese de que a solução do problema da concretização dos direitos sociais não ocorre simplesmente com a intensificação da atuação do Poder Judiciário como já defenderam alguns autores (como Andreas J. Krell, no passado, e, mais recentemente, Karine da Silva Cordeiro); muito menos com a retirada da sindicabilidade judicial de decisões de outros Poderes relativas a direitos fundamentais, sob pena de colocar em risco a garantia destes e mesmo de direitos que já foram conquistados. Ao que tudo indica, ambos fortalecidos – Judiciário e Executivo – e em situação de diálogo institucional podem tomar melhores decisões no que se refere à concretização de direitos sociais e políticas públicas do que em ações separadas. Apresenta-se tal hipótese como uma alternativa benéfica em relação ao contexto brasileiro atual, no qual a judicialização, por vezes excessiva, de matérias de políticas públicas implica preponderância do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, sem, de fato, resolver o problema da efetivação de direitos sociais, que ainda segue carente de melhores respostas.

Diante disso, objetiva-se explorar em que medida os diálogos institucionais estabelecidos entre órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário podem colaborar para um maior nível de concretização de direitos sociais e para evitar a judicialização excessiva de políticas públicas com todas as suas consequências nocivas, bem como entender quais contribuições a análise do caso concreto do Município de Dois Irmãos pode trazer para melhorar a implementação de direitos sociais por parte de outros entes federativos.

Especificamente, podem ser assim sintetizados os objetivos deste trabalho: compreender a importância dos direitos sociais a partir de sua consolidação histórica, bem como as dificuldades de sua implementação; analisar as alternativas à judicialização da política, com ênfase nas teorias dos diálogos institucionais; avaliar processos judiciais relativos aos direitos sociais à saúde e à educação, ajuizados contra o Município de Dois Irmãos, a fim de identificar se houve a utilização de algum mecanismo de diálogo institucional com geração de benefícios para a concretização de direitos sociais e identificar, a partir da realidade fática percebida, quais contribuições podem ser transpostas para o contexto de outros entes federativos, colaborando para a elevação de direitos sociais em outros espaços.

Justificam-se as pretensões desta dissertação na medida em que não se pode ignorar que a judicialização de políticas públicas pode possuir efeitos nocivos e, em último grau, tornar até mesmo mais complexo o problema da inefetividade de direitos sociais. Isso porque, como já dito, o Poder Judiciário faz “justiça” no caso concreto, mas não possui capacidade institucional para a realização da “macrojustiça”, ou seja, para alcançar todos os demais indivíduos. Nesse contexto, decisões judiciais que impõem certa conduta ao poder público, a fim de assegurar direitos de determinados indivíduos, implicam a realocação de verbas públicas que poderiam ser utilizadas em políticas que revertessem em benefício da coletividade.

Como a judicialização em matéria de direitos sociais é um fenômeno crescente, são notórios os prejuízos que podem advir. O Poder Judiciário deve ser chamado a atuar em casos pontuais nos quais haja afronta a direitos, mas não pode substituir o Poder Executivo na formulação e na execução de políticas públicas.

Municípios de pequeno e médio porte, como o Município de Dois Irmãos, por permitirem com maior facilidade a aproximação entre Executivo e Judiciário, revelam condições melhores de implementar diálogos. Além disso, por suas similitudes com a estrutura de outros Municípios, indicam práticas que podem ser reproduzidas por outros entes federativos, na busca de melhor aproveitamento das verbas públicas destinadas a promover direitos sociais. Especialmente no que se refere ao Município de Dois Irmãos, trata-se de ente com excelente nível de concretização de direitos sociais, ocupando posição de destaque em *ranking* que reflete o índice de privação quanto aos principais direitos sociais. Assim, a realidade do ente municipal em questão interessa aos demais, que almejam similares níveis de satisfação de direitos.

Para a condução do presente estudo, se valerá de pesquisas exploratórias, com auxílio do método qualitativo e da técnica de pesquisa bibliográfica, e, em um segundo momento, da teorização fundamentada em dados – um método que permite conjugar pesquisa empírica e reflexão teórica, conforme será mais bem detalhado no capítulo 4 deste trabalho.

Esta dissertação se insere na Linha de Pesquisa 2, *Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização*, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, cujo objetivo é investigar as transformações observadas no Direito, incrementadas pelas crises conceitual, estrutural, funcional e institucional que atravessam o Estado Contemporâneo, impondo aos juristas a necessidade de reflexões relativas às formas de institucionalização. A linha de pesquisa trata, também, dos direitos emergentes, como a bioética, o biodireito, a proteção da propriedade intelectual, os direitos difusos e coletivos, o meio ambiente, direito do consumidor e os direitos humano-fundamentais.

2 A EVOLUÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS

E querem que eu seja educado, que eu ande arrumado, que eu saiba falar
Aquilo que o mundo me pede não é o que o mundo me dá
(PENSADOR, c2021)

Não é novidade o “cabo de guerra” que se trava entre, de um lado, a judicialização irrestrita de direitos sociais como direitos subjetivos oponíveis ao poder público sem considerar a sua limitada capacidade prestacional e, em outro extremo, a sustentação de que a esfera judicial não possui legitimidade democrática para implantar políticas públicas, juntamente com teorias que esvaziam os direitos sociais de conteúdo protetivo (CORDEIRO, 2012, p. 17).

O fato é que as demandas judiciais pelas quais se pleiteia a concretização de direitos sociais, notadamente o direito à saúde, são cada vez mais numerosas e demandam solução adequada. Conforme o Instituto de Ensino e Pesquisa (2019, p. 46), de 2008 a 2017 houve um crescimento de aproximadamente 130% no número de ações distribuídas versando sobre direito a saúde, enquanto o aumento geral do número de processos foi bem inferior (cerca de 50%).

Entretanto, a concretização de direitos através da via judicial ainda não levou à conquista de um patamar mínimo de direitos assegurados espontaneamente pelo Estado – o que é refletido pelo número constantemente crescente de processos em que se pleiteia judicialmente a garantia de direitos sociais. Mas, afinal, o Poder Judiciário estaria realmente auxiliando a concretizar direitos subjetivos tutelados pelos indivíduos? Ou estaria se imiscuindo indevidamente em atribuições que não lhe competem, interferindo sem critérios no orçamento público e tornando ainda mais difícil que o Poder Executivo concretize direitos (na medida em que aumenta, por via de consequência, as despesas públicas não planejadas, impondo redução de despesas em outras áreas)?

A busca por resposta a essas questões tem movido doutrinadores na busca pela resposta que melhor atenda à satisfação de direitos dos indivíduos e/ou que melhor respeite os ditames do ordenamento jurídico. Não se pode negar o dever do Poder Executivo na concessão de efetividade a direitos sociais, tampouco se pode cegar diante da realidade de que as omissões do Executivo conduzem os cidadãos ao Poder Judiciário, que tem o dever de solucionar os conflitos que lhe são

apresentados. Diante desses aspectos, procurar-se-á investigar de que maneira os diálogos institucionais, especialmente entre Judiciário e Executivo, podem contribuir para que se conceda maior efetividade aos direitos prestacionais sociais¹.

Cabe referir que alguns autores (por exemplo, FUKUYAMA, 2013, p. 18-19) apontam, como uma das formas de mal-estar democrático que se manifestaram a partir da segunda década do século XXI, a incapacidade dos governos prestarem os serviços básicos exigidos pela população – serviços estes que em sua grande maioria se consubstanciam em direitos sociais. A dificuldade em atender às necessidades mais essenciais da sociedade coloca em xeque até mesmo a legitimidade dos sistemas políticos estabelecidos e compromete o aspecto *democrático* do Estado de Direito.

Nesse sentido, não é demasiado resgatar a fulcral importância que os direitos sociais possuem. Trata-se de categoria de direitos resultante de uma evolução histórica iniciada há muito, já que a doutrina dos direitos do homem (na qual se podem inserir os direitos sociais) “nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já desponta na Antiguidade” (FERREIRA FILHO, 2016, p. 25). Aqui, não se aborda o conceito de evolução necessariamente como uma melhora ou um grau superior de desenvolvimento, mas meramente como uma transformação ocorrida ao longo do tempo, a qual acabou por modificar permanentemente os aspectos característicos de um fenômeno.

Sob essa ótica, independentemente da valoração que se faça, não se pode negar a evolução por que passaram os direitos sociais, uma vez que, de elementos estranhos ao Direito, passaram a integrá-lo, ocupando posição constitucional; os direitos fundamentais, de sinônimo de direitos individuais, passaram a ser gênero que engloba tanto as espécies individuais quanto as sociais. E esse incremento de uma nova categoria de direitos não foi à toa, mas fruto de necessidades que se evidenciaram no transcurso da história.

Ao longo do tempo, se procurou fundamentar a existência de direitos pela vontade divina, pela própria natureza do homem ou pelas leis. Todavia, independentemente da fundamentação doutrinário-filosófica que se adote para os direitos que existem hoje, eles se revelaram necessários para regular a vida social –

¹ “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares” (ALEXY, 2015, p. 499).

o que se mostrou cada vez mais evidente mediante alguns marcos históricos, como a Magna Carta da Inglaterra, a Declaração do Bom Povo da Virgínia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França (FERREIRA FILHO, 2016, p. 25-30).

Bolzan de Moraes (2008) identifica três momentos relevantes na evolução Estado, a partir do século XVIII, cujos paradigmas explicam os direitos que surgiram em cada um desses momentos, bem como evidenciam a necessidade de proteção de todas as “categorias” de direitos consagradas hoje, sob pena de se repetirem os erros do passado. São eles o Estado Liberal, que convencionou a importância dos direitos de liberdade, o Estado Social, responsável pelos direitos sociais, e o Estado Democrático de Direito, preocupado com a legitimação da atuação estatal.

Considerado o “registro de nascimento dos direitos humanos na História” (COMPARATO, 2019, p. 62), o artigo I da Declaração do Povo da Virgínia, publicada em 1776, afirmava a existência de direitos inatos a todos os seres humanos. Também o mencionado artigo elevava a vida e a liberdade como instrumentos de obtenção de felicidade e segurança:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (VIRGÍNIA, 1776).

Não muito tempo depois, em 1789, a Revolução Francesa reafirmou os direitos do indivíduo à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, culminando na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O intento vigente na época era o de afirmar tais direitos não em face de outros indivíduos, senão em face do Estado. Insurgia-se contra o Estado absoluto, que, sob o manto do dever de propiciar o bem-estar geral e encoberto por uma suposta legitimidade hereditária e/ou divina do governante, intervia em todas as esferas da vida dos súditos, possibilitando a estes quase nenhuma defesa (NOVAIS, 1987, p. 27-29).

Na fase que antecedeu (e que motivou) a Revolução Francesa, inexistiam direitos públicos exigíveis pelos indivíduos em detrimento do Estado, bem como inexistia a submissão deste à lei. Quando muito, era possível pleitear a reparação de prejuízos patrimoniais causados por atos ilícitos dos agentes públicos, mas não havia

qualquer instrumento jurídico de proteção individual que estabelecesse limites à intervenção estatal sobre o sujeito (NOVAIS, 1987, p. 29-30).

Nota-se que, mesmo que o Estado fosse supostamente orientado à realização do bem-estar comum, a inexistência de direitos que fossem oponíveis ao ente público o tornaria incontrolável, bem como seria justificável toda afronta individual que resultasse em aparentes benefícios coletivos, em uma espécie de lógica utilitarista. Dentro desse contexto, é fácil extrair a relevância de se afirmar a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, tal como foi feito na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789).

Da mesma forma, a Declaração de 1789 prescreve que “O fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem” (FRANÇA, 1789), assumindo que o Estado (e suas instituições) devem ser meios para realizar valores constitucionalmente tutelados. Também para Ferrajoli (2009):

as constituições são por assim dizer pactos sociais de forma escrita, pactos de não agressão, de mútua solidariedade através das quais são estipuladas as razões de ser do artifício jurídico. As instituições são um instrumento para a realização dessa finalidade. Finalidades que certamente impõem um limite à democracia política.

Convencionou-se chamar constituições de primeira geração os documentos solenes limitadores do poder do Estado firmados no século XVIII, especialmente na Europa, e “direitos de primeira geração” ou “direitos de liberdade” a categoria de direitos que surgiu pós Revolução Francesa. A primeira nomenclatura – “primeira geração” – se refere ao momento histórico, porquanto esses foram os primeiros direitos fundamentais assegurados dentre uma série de direitos que seguiriam se concretizando². Já a segunda – “direitos de liberdade” – se relaciona à função de tais

² Conforme Bobbio (2004, p. 9), “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para suas indigências. [...] As primeiras, correspondem aos direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado”. Não se ignora a crítica feita às “gerações” de direitos, porquanto tal nomenclatura levaria à errônea percepção de que as gerações mais recentes substituíram as mais remotas. Os que endossam tal crítica preferem a denominação “dimensões” de direitos”. Entretanto, no presente trabalho adota-se a nomenclatura “gerações”, de acordo com Norberto Bobbio (2004, p. 9), pois entende-se que a visão dos direitos em diferentes gerações permite constatar que eles foram conquistas progressivas, aperfeiçoadas ao longo do tempo, surgidas cada uma em um contexto, vindo as gerações seguintes a se somarem às anteriores; “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

direitos: garantir uma esfera indisponível de autonomia individual dos cidadãos contra um Estado que costumava intervir excessivamente, acarretando prejuízos e se furtando de permitir a interferência de uma boa parte dos indivíduos na direção da vida pública (NOVAIS, 1987, p. 39).

Aliás, a ausência de participação política da burguesia foi o grande motor da Revolução Francesa, tendo em vista que, à medida em que ganhou maior poder econômico, a classe passou a aspirar a semelhante poder político. Apesar desse pano de fundo, cabe salientar que a defesa da liberdade e da igualdade na época era menos voltada a reduzir desigualdades sociais em geral do que a reduzir a discrepância de privilégios que havia naquele momento entre, de um lado, clero e nobreza e, de outro, a parcela mais rica da burguesia (COMPARATO, 2019, p. 62-63).

Diante disso, focou-se em construir a igualdade perante a lei, a qual “deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune” (FRANÇA, 1789). Houve a extinção de tratamento desigual e a abolição de privilégios oriundos de classe, possibilitando que os membros da burguesia (em especial da alta burguesia) recebessem tratamento, perante o Estado, idêntico ao dispensado aos demais sujeitos, provenientes do clero ou nobreza.

No aspecto social, a liberdade propugnada representou a emancipação do indivíduo em relação a grupos a cujas regras tradicionalmente se submetia sem contestação, como a família e as organizações religiosas. Com a nova limitação do governo imposta pela Revolução Francesa e típica do Estado de Direito, emergiu o ideal do “herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos de seu povo” (COMPARATO, 2019, p. 65). Todavia, na outra face da moeda, essa emancipação assegurada pela liberdade significou desamparo familiar e religioso, que antes não existia em razão das rígidas regras morais vigentes.

Nas palavras de Comparato (2019, p. 65), a igualdade de todos perante a lei se revelou “uma pomposa inutilidade”, na medida em que, sob o pretexto da liberdade e do tratamento igualitário a todos, escondia-se o fato de que os indivíduos pertencentes a classes sociais diferentes possuíam condições absolutamente díspares de “forjarem sozinhos o seu próprio destino”. Sob o falso véu da isonomia e da liberdade, no contexto das Revoluções Industriais, contratantes estipulavam salários e condições de trabalho de acordo com sua vontade, e a elas se submetiam os indivíduos de maior necessidade.

O resultado não foi outro senão a intensificação da polarização social e a pauperização do proletariado (COMPARATO, 2019, p. 65). Tornou-se evidente que os direitos à liberdade e à igualdade, em seu aspecto meramente formal, não só não assegurava que o cidadão pudesse efetivamente usufruí-lo como também reproduzia novas desigualdades (GONÇALVES, 2011, p. 43).

Afinal, “Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? [...] como pode um sem-teto exercer o direito à intimidade”? (BUCCI, 2006, p. 3). Como poderia o indivíduo preocupar-se com o seu destino quando submetido a jornadas de trabalho exaustivas, que não lhe deixavam tempo livre tampouco rendiam remunerações suficientes para outros projetos que não a própria alimentação e a de seu núcleo familiar? Nessa linha, Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2011, p. 43) revelou a importância que teve o mundo do trabalho na explicitação da inadequação das teses liberais (dominantes no pós-Revolução Francesa) para propiciar qualquer condição ao menos próxima da igualdade material.

É indubitável que a liberdade e a igualdade perante a lei estabelecidas pela Revolução Francesa resultaram na ampliação de desigualdades, na exposição da “nua e visível contradição entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social dos trabalhadores” (BONAVIDES, 2014, p. 61). Teve-se aí terreno fértil para a organização da classe trabalhadora em prol da luta por exigências econômicas e sociais (COMPARATO, 2019, p. 66).

Conforme Bonavides (2014, p. 188):

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.

A liberdade política como liberdade restrita era inoperante.

Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens.

Os movimentos sociais iniciados a partir do século XIX captaram a noção de que a miséria e a marginalização instauradas – contrariamente ao pensamento dominante – não eram fruto da ação livre e deliberada dos indivíduos que se encontravam nessa condição (COMPARATO, 2019, p. 66). Pelo contrário, os problemas sociais eram resultado de um sistema que, sob o manto da igualdade

perante a lei, disfarçava desigualdades estruturais que eram impossíveis de superar sem a atuação estatal.

Assim, passou-se a evidenciar a necessidade de que o catálogo de direitos individuais instaurado com a Revolução Francesa fosse complementado por uma nova geração de direitos: os direitos econômicos, sociais e culturais, em sua maioria concretizados mediante ações e serviços prestados pelo poder público. Com a adoção dos direitos dessa segunda geração, houve a substituição do Estado Liberal de Direito pelo Estado Social de Direito (PÉREZ-LUÑO, 2013).

No denominado Estado Social, como forma de assegurar direitos, há intervenção econômica por parte do ente público, o qual assume o papel de “garantir o bem comum” (CORDEIRO, 2012, p. 23), de assegurar o “direito de participar do bem-estar social” (LAFER, 1988, p. 127). Nessa nova concepção estatal, o ente público assegura as prestações:

os serviços e os sistemas essenciais ao desenvolvimento das relações sociais na complexidade da sociedade actual (desde os tradicionais serviços de transportes e fornecimento de água e electricidade, à protecção do ambiente, aproveitamento dos tempos livres e fruição dos bens culturais); a segurança e estabilidade das relações de produção face às contingências da vida económica, às flutuações do crescimento e aos antagonismos sociais, sem prejuízo da iniciativa e parcialidade no incremento de políticas económicas e fiscais conducentes à redistribuição da riqueza; um conjunto de prestações sociais tendentes a garantir uma vida digna e protegida, independentemente da capacidade ou viabilidade da integração individual no processo produtivo, dos imponderáveis das condições naturais ou das desigualdades sectoriais ou regionais (desde o salário mínimo e seguros sociais às prestações no domínio da saúde, habitação e educação). (NOVAIS, 1987, p. 195-196).

“Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenómeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional”. Nessa linha, Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 2-3) defende que os direitos sociais constituem “direitos-meio”, dada a sua capacidade de, quando plenamente gozados, assegurar que toda pessoa possa ter acesso aos direitos de primeira dimensão.

Tanto é assim que, atualmente, na Alemanha, mesmo desprovida de direitos sociais constitucionalmente tutelados na Carta de Bonn, não há óbice a decisões da Corte Constitucional como a que condenou o Estado alemão a estudar a viabilidade de ampliar vagas em universidades públicas, como decorrência do direito à livre escolha da profissão. Em outro caso, a Corte determinou ao Estado alemão que

aumentasse expressivamente o valor mínimo da ajuda de custo que o poder público está obrigado a pagar aos cidadãos carentes (KRELL, 2002, p. 60).

Assim, o direito à moradia, por exemplo, seria instrumento para a concretização do direito à privacidade – que, sem uma residência, seria de difícil exercício. O direito à educação pode ser visto como instrumental ao exercício da liberdade de exercício de profissões. O direito à saúde, sem dúvidas, é meio fundamental para a efetividade do direito de primeira dimensão à vida. Por isso se diz que os direitos de segunda geração – os direitos sociais – “foram formulados para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração” (BUCCI, 2006, p. 2-3).

Historicamente, a constitucionalização dos direitos de segunda dimensão possuiu como marcos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 (COMPARATO, 2019, p. 66). Como a luta por direitos sociais foi diretamente motivada por vicissitudes do liberalismo econômico, as quais acentuaram desigualdades sociais, Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2011, p. 45) destaca que foi em países que ostentavam constituições mais liberais que as reivindicações por novos direitos foram mais intensas.

Apesar disso, também afirma a doutrinadora que os direitos sociais não podem ser classificados como opostos à liberdade. Embora o Estado Social tenha significado a superação do Estado Liberal e do seu característico *laissez-faire*, a implementação de direitos sociais não significa necessariamente a supressão da liberdade, mas representa, sim, a sua democratização (GONÇALVES, 2011, p. 44). Segundo Streck e Morais (2014, p. 97), “Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social”.

Com efeito, a própria experiência vivida, especialmente nos países europeus que lograram implementar o Estado Liberal em toda sua potencialidade revelou a insuficiência da liberdade do mercado e da atuação estatal excessivamente restrita – situação que apenas intensificou desigualdades. A supressão ao máximo da atuação estatal efetivamente significou liberdade para a parcela mais elitizada da população, que, inserida em uma economia de capital, tinha à sua disposição os meios para usufruir de tal liberdade.

Todavia, no outro oposto, residia uma parcela significativa de cidadãos desprovidos desses meios, e, para estes, a liberdade não deixou de ser uma aspiração até o advento do Estado Social. Dessa forma, Canotilho (2015, p. 19) destaca a relação entre uma justiça distributiva de bens sociais e a realização da democracia:

A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um *processo* ou *procedimento justo de participação política* se existir uma *justiça distributiva* no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais.

Não alheias a essa percepção, as constituições do século XIX já vinham aprofundando a consagração de direitos sociais:

As constituições de segunda geração, sob esse aspecto, representam uma mudança de paradigma em relação ao velho direito do Estado Legislativo de Direito porque mudam a natureza, seja do direito, seja da democracia. [...]

Os direitos sociais se afirmam em 900, graças ao movimento operário, aos movimentos democráticos, exatamente porque há a consciência em relação à tradição liberal, que também a sobrevivência e não somente a vida, não é um fato natural, mas um fato social.

Aqui, nas sociedades complexas, há a necessidade de garantir a sobrevivência como condição de legitimidade do pacto social, e na base de reconhecimento elementar, isto é do fato de que o direito social certamente tem um custo, mas o seu custo é infinitamente inferior ao custo da falta de garantia a esse direito. (FERRAJOLI, 2009).

Entretanto, é só a partir da 1ª Guerra Mundial que se rompe de vez a crença e a esperança na sistemática anterior, fundada no capitalismo liberal, para em seu lugar assumir a necessidade de intervenção econômica no Estado. Em outras palavras, a primeira Grande Guerra é vista como “o produto natural de um sistema dilacerado pelas próprias contradições”, no qual a busca por concentração de capitais e por monopólio de mercados conduziu a um estágio de concorrência desenfreada e insustentável, ante à impossibilidade de se obter um fluxo contínuo de riquezas excedentes que garantisse a continuidade do capitalismo tal como existia (NOVAIS, 1987, p. 190-191).

Ao mesmo tempo em que a falência do liberalismo econômico gerava guerra, a guerra (e suas necessidades específicas) aprofundava a derrocada do período de não intervenção estatal. Nesse cenário, o Estado teve papel decisivo no direcionamento da economia ao suprimento das demandas bélicas e, posteriormente, à retomada econômica e à reconstrução do que fora destruído. Já não havia mais

espaço para a fé inabalável que antes era depositada sobre as alegadas virtudes da livre concorrência (NOVAIS, 1987, p. 191-192).

Mesmo entre defensores do liberalismo, adquiriu relevo a defesa de uma *liberdade igual*, cuja concretização depende de uma parcela mínima de direitos sociais e econômicos com função de equalizar os pontos de partida dos indivíduos. Trata-se de um “grau mínimo” de igualdade, sem o qual as trocas sociais e a cooperação política não ocorreriam, inviabilizando a própria democracia. “Sem essas condições mínimas, as liberdades se convertem em proclamações formais destituídas de efeito prático” (BINENBOJM, 2020, p. 102-106).

Esse mínimo de igualdade defendido por liberais pode ser identificado com o direito a um *mínimo de existência* que a doutrina e a Corte Constitucional alemãs extraíram do princípio da dignidade humana conjugado com o princípio do Estado Social. A teoria foi construída para contornar a ausência de previsão de direitos sociais na Carta de Bonn e, mesmo sem disposição expressa, consolidar um direito social tácito, cuja garantia seria essencial para que os direitos de liberdade pudessem ser usufruídos (KRELL, 2002, p. 60-61).

A evolução histórica já havia tornado inaceitável a continuação de um modelo de Estado ilimitado, evidenciando as arbitrariedades que podiam ser cometidas por ele, mesmo que na alegada busca do bem-estar comum. Porém, a história também evidenciou que atuação estatal limitada não deve significar atuação estatal inexistente, na medida em que a redução do espaço do Estado se revelou insuficiente para garantir liberdades e democracia. Ganhou relevante posição, assim, a defesa de medidas estatais positivas, tendentes a garantir que todos pudessem efetivamente usufruir de direitos de liberdade.

Mas, enquanto os direitos individuais representavam majoritariamente imposições de não fazer ao Estado, na medida em que impunham limites à atuação deste, para que não houvesse intervenção na esfera de liberdade dos sujeitos, a afirmação de direitos de outras categorias mudou essa situação. Exemplificativamente, o artigo 11, § 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que posteriormente viria a reiterar os direitos sociais, mas dessa vez em âmbito internacional, afirma que os Estados-partes do pacto “reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família”, mas não só. De acordo com o artigo referido, os Estados não podem se limitar a reconhecer o direito em questão, impondo-lhes o dever de tomar “medidas

apropriadas para assegurar a consecução desse direito” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

Em paralelo, sob a ótica da posição do indivíduo em relação ao Estado, o cidadão deixou de ser titular apenas de direitos de propriedade e de segurança, passando a uma posição na qual podia exigir prestações estatais relacionadas a direitos sociais. A nova lógica reduziu a autossuficiência individual e as condições básicas de existência passaram a ser uma questão social, a exigir soluções supraindividuais (NOVAIS, 1987, p. 196-197).⁰

Mas, se, de um lado, passa-se a afirmar a inquestionável relevância dos direitos sociais (especialmente se considerados como instrumentos para atingir a efetivação de direitos individuais), por outro lado constata-se que os direitos de segunda dimensão são evidentemente de mais difícil concretização, porquanto requerem a adoção de medidas estatais diretas, que dependem da organização política e do orçamento público. Por sua dependência de um orçamento que os garanta, os direitos dessa categoria ficam sujeitos a escolhas alocativas de recursos financeiros, que usualmente são complexas. Além disso, sobre os direitos sociais recaem dificuldades quanto à delimitação de seu conteúdo e quanto à correspondente prestação a que os órgãos públicos devem estar obrigados para garanti-los, conforme será explicitado a seguir.

2.1 Importância e dificuldade de concretização de direitos sociais

Não se ignora o posicionamento de Cass Sunstein, para quem é equivocada a divisão entre direitos positivos (correspondentes aos direitos econômicos, sociais e culturais) e negativos (referentes às garantias e direitos de liberdade), porquanto todos eles exigem atuação positiva do Estado. Como exemplo, cite-se o direito a liberdade, tradicionalmente incluído entre o rol de direitos negativos e que, apesar de aparentar se consubstanciar apenas através de omissões, não teria nenhum significado prático sem um aparelhamento estatal capaz de coibir violações a ele (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 49-51).

Contudo, fato é que a superveniência de uma nova geração de direitos incrementou o custo estatal necessário para assegurar todas as proteções necessárias. Mas, enquanto os direitos de primeira geração protegiam a classe dominante contra intervenções do Estado, os direitos que surgiram na chamada

segunda geração se destinavam, no mais das vezes, às classes sociais mais desfavorecidas (cite-se, exemplificativamente, o direito à assistência social). O aumento da despesa pública sem o correspondente aumento de benefícios diretos às classes elevadas favoreceu um discurso conservador que, até hoje, dificulta a implementação de direitos sociais.

Ainda, é comum que se diferenciem os direitos civis e políticos dos direitos sociais na medida em que os primeiros acarretam meros gastos institucionais, relacionados à própria manutenção do Estado em geral. Ou seja, são gastos comuns à garantia de todos os direitos, como os custos de manutenção do Poder Judiciário, que se presta à tutela de qualquer espécie de direito. Já os direitos sociais implicam despesas diretamente imbricadas às prestações necessárias à sua concretização e, portanto, diz-se que custam mais dinheiro do que as liberdades (SARLET, SAAVEDRA, 2017, p. 260).

Ressaltando a importância do gerenciamento de despesas para a materialização de direitos de segunda geração, Canotilho (2015, p. 19-20) afirma que o desempenho das funções do Estado Social a contento dependeria da coexistência de quatro fatores básicos: provisões financeiras suficientes, estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços públicos, orçamento público equilibrado e taxa média ou elevada de crescimento do rendimento nacional, representando um significativo incremento burocrático na estrutura do Estado e tornando mais dificultoso o processo de atendimento dos direitos sociais do que dos direitos individuais.

Para Moura e Ribeiro (2017, p. 226), “as demandas sociais para prestação de bens e serviços pelo Estado por vezes extrapolam os limites dos recursos estatais, e o orçamento é a peça em que os conflitos distributivos afloram”. Em síntese, dado que direitos sociais não são garantidos através da mera manutenção institucional, exigindo estruturas próprias e implicando aumento de gastos com cada tipo de prestação necessária à sua concretização ou com cada usuário beneficiado por ela, a finitude natural dos recursos financeiros impõe escolhas distributivas, pois é materialmente impossível atender integralmente às infinitas demandas sociais com o limitado orçamento público.

Como consequência à dificuldade de implementação de direitos sociais, desde o princípio da categorização histórica desses direitos, não se obteve consenso acerca de aspectos essenciais à sua aplicabilidade e consequente exigibilidade. Segundo

destaca Bolzan de Moraes (1995, p. 91), mesmo sob o Estado Social de Direito a questão da igualdade não obtém solução.

Já Bonavides (2014, p. 202) aponta que o Estado Social encerra em si uma ameaça ínsita, consistente na sujeição material do indivíduo. Isso porque, no contexto do Estado social, o homem teria reduzido o seu espaço autônomo, vivendo em situação de dependência em relação ao Estado. Jorge Reis Novais (1987, p. 197) já ressaltava que o cidadão deixa de viver *no* Estado e passa a viver *do* Estado. Nesse cenário, a participação do povo na eleição de representantes políticos poderia expressar menos a preferência do eleitor por determinada ideologia do que o seu interesse nos benefícios que o Estado paternalista lhe pode oferecer.

José Luis Bolzan de Moraes (2011) concede relevo à intensificação da burocracia, proporcionalmente à ampliação de direitos a serem assegurados pelo Estado, pois se mostra necessário um corpo técnico para definir e implementar estratégias de atendimento de demandas. Mas é justamente o modelo técnico-burocrático o responsável por afastar a sociedade do cenário político.

De todas essas críticas ao Estado Social, emerge a preocupação com um regime mais democrático, mas que mantenha o seu compromisso com as bases do modelo anterior. No mesmo sentido, Novais (1987, p. 221) compreende que, dada a dimensão e o relevo da dignidade da pessoa humana, “os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção [sic] em regime democrático”, impondo-se a revisão do paradigma estatal até então vigente para que não se perdesse democracia.

Por problemas críticos como os citados, procurou-se desenvolver um novo paradigma de Estado, que conjugasse o ideal democrático e a preocupação social do Estado Social com as garantias jurídico-legais do Estado de Direito. Emerge, então, o Estado Democrático de Direito, que, mais do que a preocupação com a garantia de vida digna, impinge a noção democrática sobre toda a ordem jurídica – democracia a qual, destaque-se, é irrealizável sem condições materiais de existência, sendo estas também de difícil realização fora de um regime democrático (MORAIS, 1995, p. 91-92).

A problemática da implementação efetiva do Estado Social, no entanto, não significa que se devam retomar as bases do Estado Liberal. Na visão de Moraes (2011), chegou-se a um “ponto de não retorno”, em que as demandas sociais atuais são incompatíveis com uma visão de estado mínimo. Cabe apenas perquirir as causas de “ruína” do Estado de Bem-Estar Social, para buscar soluções.

No período pós Segunda Guerra Mundial a discussão dos direitos humanos adquiriu ainda maior força, atingindo nível internacional (PIOVESAN, 2013, p. 65). As atrocidades cometidas durante a primeira metade do século XX, majoritariamente perpetradas por governos totalitaristas, evidenciaram a importância da exaltação e da proteção da dignidade humana. O problema da legitimação da atuação estatal também foi colocado em evidência, pois mesmo o respeito cego à legislação ou a constituições, cujo escopo primeiro era evitar ações lesivas aos indivíduos, foi usado como artifício para justificar medidas injustificáveis, como a criação e manutenção de campos de extermínio.

No plano internacional, foram reafirmados os direitos individuais, de primeira geração, e os direitos sociais, de segunda geração, que já haviam ganhado espaço no cenário interno dos países (além dos direitos dos povos e dos direitos da humanidade, que então passaram a ser previstos) – (COMPARATO, 2019, p. 68-69). Ilustrativo da afirmação internacional dos direitos sociais, pode ser citado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

Entretanto, a simples reafirmação do que já existia era insuficiente para evitar que as Grandes Guerras voltassem a ocorrer. Fez-se necessário agregar um elemento legitimador da soberania estatal, advindo da soberania popular: a democracia. Foi então que se consolidou o terceiro paradigma de estado da modernidade, consistente no Estado *Democrático* de Direito.

Cabe esclarecer que o Estado Democrático de Direito não pretende ser uma simples soma do Estado Liberal com o Estado Social e dos aspectos tidos como positivos de cada um. Mais do que isso, enquanto os primeiros tinham o aspecto comum de usar a lei como mecanismo para limitar o Estado e obrigá-lo a prestações, o novo paradigma de Estado acrescenta um conteúdo utópico, que almeja à *transformação* da realidade através da ordem jurídica e da atividade estatal. A diferença, logo, é preponderantemente teleológica, e menos relacionada aos conteúdos e instrumentos jurídicos utilizados, que permaneceram semelhantes aos que já eram usuais (MORAIS, 1995, p. 94).

Nessa nova configuração, a exigência democrática, antes limitada ao Poder Legislativo, recai sobre todos os órgãos estatais:

De facto, ela sugere imediatamente a confluência no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional de três elementos que poderíamos sintetizar por a segurança jurídica que resulta da

protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática. (NOVAIS, 1987, p. 224)

Assim, além da representação por agentes democraticamente escolhidos, exige-se aperfeiçoamento, racionalização e garantias aos indivíduos, para que não sejam vitimados por decisões de poder que “extravasem os limites do Estado de Direito” (NOVAIS, 1987, p. 222).

Porém, deve-se salientar, para que não se confunda, que o aspecto democrático não caracteriza a consideração apenas da vontade democraticamente manifesta da maioria. Pelo contrário, a realização material dos projetos individuais de vida, adequado às personalidades do cidadão, constitui importante elemento da realização da igualdade e da justiça material (NOVAIS, 1987, p. 227) – situação que não pode ser ignorada, já que, além do elemento democrático, o Estado assim adjetivado (*democrático*) não abandonou o seu compromisso social nem de Direito.

Logo, o compromisso assumido pelo Estado social e democrático é o de fornecer as condições materiais para que todos os indivíduos sejam capazes de se autodeterminar de acordo com suas próprias concepções de vida. O auxílio material proveniente do ente estatal não deve reforçar ou pretender determinar uma certa ordem de valores, em detrimento de outras, sob pena de interferir no livre desenvolvimento da personalidade (NOVAIS, 1987, p. 227).

Os novos desafios colocados ao Estado contemporâneo, então, perpassam pela abertura a uma pluralidade de concretizações, devendo o poder público garantir as condições para que seja possível ao indivíduo alcançá-las. A tensão entre diferentes programas políticos defendidos por grupos diversos é consequência natural e ínsita à época (NOVAIS, 1987, p. 229-231).

Pode, assim, o Estado social e democrático de Direito – enquanto conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual – acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas. (NOVAIS, 1987, p. 233)

O discurso do Estado democrático de Direito permaneceu relativamente estável no período que seguiu o pós-Segunda Grande Guerra até a década de 70 do século

passado, em que a prosperidade econômica foi sentida em nível mundial. A partir de 1973, no entanto, a crise do petróleo, ocorrida em uma economia já globalizada, gerou reflexos igualmente globais (KELLER, 2001, p. 44).

A recessão econômica, reiterada na segunda crise do petróleo em 1979 e posteriormente em 1991, fermentou e fez crescer o discurso neoliberalista que já vinha forte desde o fim da Segunda Guerra. Como reação ao Estado interventor e promotor de bem-estar social, pugnava-se que qualquer limitação ao mercado consistiria em ameaça capital à liberdade econômica e política (KELLER, 2001, p. 46, 48).

“O caminho da servidão”, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944, dava a tônica do ideal neoliberal. Hayek atribuía a elevação de gastos, seja do poder público, seja dos particulares, ao poder excessivo dos sindicatos e dos movimentos operários. Enquanto a pressão dos movimentos era acusada de prejudicar o Estado por lhe obrigar a dispêndios na área social, também supostamente havia prejudicado os particulares na forçosa reivindicação por salários maiores (KELLER, 2001, p. 47).

O discurso de Hayek ganhou ainda mais força com a queda do Muro de Berlim, que teve Reagan e Thatcher, conhecidos neoliberais, como protagonistas. A queda do muro teve valor simbólico equivalente ao insucesso do socialismo (KELLER, 2001, p. 48), fato que foi negativamente associado ao insucesso a que estariam fadadas as políticas sociais. Não tardou para que o neoliberalismo, na condição de posição extremamente contrária ao socialismo, se irradiasse aos países emergentes, como o Brasil.

Com efeito, ainda em 2001, em trabalho que visava à explicitação das razões do descumprimento dos direitos sociais, Arno Arnoldo Keller (p. 53) alertou que os “ajustes fiscais” eram medidas que se repetiam a qualquer instabilidade econômica do país. Como exemplos, Keller faz menção a cortes no orçamento geral da União para programas sociais, à prorrogação da Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF), ao aumento da alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e à reforma administrativa operada por intermédio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998.

Porém, não se deve confundir as medidas de ajuste fiscal com meios para equilibrar as finanças públicas para que se possa prestar melhores condições materiais aos cidadãos. Na verdade, de acordo com a ótica do neoliberalismo e no sistema da economia globalizada e financeira, a redução do déficit público está

relacionada com a estabilidade econômica que um país deve ter para que atraia investimentos externos (KELLER, 2001. p. 55).

Dentro desse contexto se agravam as questões sociais como o direito ao trabalho, à saúde, à educação, à alimentação e à moradia, surgindo a pobreza, a injustiça e a iniquidade. Os cidadãos passam a exigir mais, mas ao mesmo tempo em que estão confusos, votam menos, desconfiam dos partidos, os sindicatos já não atuam mais como instrumentos reivindicatórios porque estão voltados a intermediar a manutenção do emprego, desacreditam na justiça (morosa e ineficiente), criticam a mídia, etc. (KELLER, 2001, p. 56)

O grande problema jurídico (e, por que não, político?), ao menos no Brasil, reside no fato de que a sociedade se organiza sob a égide da Constituição Federal mais democrática de sua história, com extenso catálogo de direitos fundamentais individuais e sociais, mas isso não se revela suficiente para que todos esses direitos sejam realmente assegurados. Tem-se prescrição constitucional e prática política em aparente contradição; o texto da Carta de Diretos de 1988 não encontra ressonância na sociedade com tradicional *déficit* democrático e carência de “sentimento de apropriação do patrimônio social como constitutivo da vida social” (MORAIS, 2011).

Godoy (2015, p. 101-102) critica que se apostou muito na positivação de direitos como mecanismo para efetivar a transformação social, mas muito pouco se procurou reformular a organização e o exercício do poder. “Vale dizer, tivemos avanços amplos e profundos, que devem ser celebrados e defendidos à exaustão, mas deixou-se praticamente inalterada e não se mexeu [...] [n]a forma como se deve dar o processo democrático de tomada de decisões”.

De fato, mais de 30 anos depois da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, com a consagração constitucional da proteção da educação, da saúde, do trabalho, do lazer, da previdência social e da proteção à maternidade e à infância³ (BRASIL, 1988), esses direitos continuam sendo reiteradamente violados.

É fato que a desigualdade social tem se mostrado crescente mesmo nos países mais desenvolvidos (SARLET, 2005). Todavia, enquanto nos países desenvolvidos o declínio do Estado de bem-estar foi motivado pela enorme carga de obrigações e

³ Os direitos sociais à moradia, à alimentação e ao transporte, embora constem na redução atual do art. 6º da CRFB/88, foram inseridos por emendas constitucionais – e não desde 1988, respectivamente nos anos de 2000, 2010 e 2015 (BRASIL, 1988).

pelas dispendiosas estruturas de serviços públicos mantidas pelo poder público, nos países em desenvolvimento o Estado Social sequer ocorreu (BUCCI, 2006, p. 4).

A Síntese de Indicadores Sociais elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) informa que, no ano de 2018, no Brasil, 57,6% das pessoas possuíam rendimento domiciliar *per capita* igual ou inferior ao salário mínimo vigente na época (R\$ 954,00), havendo estados brasileiros em que a média de tal rendimento, por pessoa, não passou dos R\$ 700,00. Do mesmo documento se extrai que o Índice de Gini, clássico indicador de desigualdade, vem subindo no Brasil desde 2015, revelando a tendência de concentração de rendas (FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019, p. 49-52).

Em paralelo, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu sétimo artigo, o direito ao “salário mínimo [...] capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (BRASIL, 1988), assim como estabeleceu a redução das desigualdades sociais como objetivo fundamental da república.

Da mesma pesquisa se extrai que, em 2017, mais de um terço (35,7%) da população tinha restrição de acesso ao serviço de esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial – componente essencial do direito social à saúde. Na região Norte do país, alarmantes 79,3% da população se encontravam nessa situação (FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019, p. 68).

Já na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) de 2019, consta que, embora no Brasil 85,5% dos domicílios possuam acesso à rede geral de abastecimento de água, esse número é reduzido para 58,8% na região Norte, significando que 41,2% dos domicílios da região contam exclusivamente com poço, cacimba, fonte ou nascente ou outra forma de abastecimento de água. Também dessa pesquisa se depreende que apenas 27,4% dos domicílios da região Norte possuem escoamento do esgoto pela rede geral ou por fossa séptica ligada à rede geral (FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020a). Em paralelo, a Constituição Federal de 1988 prevê a garantia de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença” e lista a execução das ações de saneamento básico dentre as competências do sistema único de saúde, respectivamente, nos artigos 196 e 200 (BRASIL, 1988).

No que tange à educação, muito embora constitucionalmente prevista como direito de todos, que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa (BRASIL, 1988), em 2019 menos da metade da população (48,8%) com 25 anos de idade ou mais havia concluído no mínimo a etapa obrigatória do ensino básico (FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020b). Conquanto essa taxa esteja em ascensão nos últimos anos, está longe de ser satisfatória.

Daí se denota a “contradição flagrante [entre] a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população” (KRELL, 2002, p. 18). Esse desencontro entre o texto constitucional e a realidade fatalmente conduz a debates sobre a força normativa da Constituição, sobre a natureza das normas definidoras de direitos de segunda dimensão e sobre como deve agir o Poder Judiciário quando chamado a suprir o descompasso entre o texto e a sua aplicação.

É compromisso do Estado Democrático de Direito a concretização efetiva dos direitos fundamentais, que deve nortear a interpretação e a aplicação do Direito (KOSSMANN, 2018, p. 30). Dessa forma, faz-se relevante resgatar critérios para que essa interpretação não desborde de certos limites. Apesar do compromisso com a realização de direitos, é economicamente inviável que se concretizem todos eles, bem como juridicamente inaceitável que se realizem direitos de alguns titulares, enquanto outros em situação de igualdade restem descobertos de proteção equivalente.

Preocupada com a proteção das verbas públicas, que seriam dilapidadas caso se pretendesse a consolidação de todas as prestações efetivadoras de direitos sociais, desenvolveu-se a teoria da reserva do possível, a qual sujeita a exigibilidade de direitos prestacionais à disponibilidade fática de recursos, à disponibilidade jurídica de recursos (entendida como competência para agir, especialmente considerando a distribuição de atribuições entre os entes federativos) e a proporcionalidade e razoabilidade da exigência da prestação (SARLET; SAAVEDRA, 2017, p. 261).

Para Krell (2002, p. 51-54), no entanto, a reserva do possível é uma falácia resultante de direito comparado equivocado, já que transpõe teoria desenvolvida em países centrais para países em desenvolvimento como o Brasil, sem considerar a realidade específica. A ausência de disponibilidade fática de recursos pode ser facilmente demonstrada pelo Estado em qualquer caso, dada a finitude de recursos públicos e a infinidade de demanda sociais. Isso não pode significar, no entanto, uma isenção ao ente público para que possa se eximir de seus deveres constitucionais.

Assim, condicionar a realização de direitos à disponibilidade de caixa público representaria reduzir a zero a eficácia de tais direitos. Afinal, não é da falta de recursos financeiros que decorre a inviabilidade da materialização de direitos sociais, mas sim das escolhas políticas alocativas feitas pelo gestor público, que privilegia determinada demanda em detrimento de outra. Portanto, o argumento da exaustão orçamentária não pode ser utilizado para encobrir eleições de prioridades (MOURA; RIBEIRO, 2017, p. 236), sob pena de desvirtuar a discussão sobre a dificuldade de implementação dos direitos sociais.

É evidentemente plausível não permitir ao Estado escusar-se de seus deveres constitucionais toda vez que comprovar insuficiência de recursos, porquanto o mero dispêndio da totalidade das verbas públicas não significa que estas estejam sendo bem aplicadas. Dessa forma, mais do que aferir a disponibilidade do erário, cabe perquirir se as escolhas que guiaram as despesas públicas foram voltadas ao atendimento, na maior extensão, de direitos fundamentais.

Além disso, não devem ser ignoradas as críticas destinadas aos direitos sociais, por seu estilo “*fuzzysta*”, sendo *fuzzy* a palavra usada para caracterizar algo como vago, na língua inglesa. Nessa linha de ideias, a metodologia *fuzzy* significaria que os direitos econômicos, sociais e culturais possuem contornos tão imprecisos que sequer os juristas que os abordam saberiam delimitá-los (CANOTILHO, 2004, p. 100-101). Afinal, quando se trata de efetivar uma determinada categoria de direitos, a qual nível se deve efetivá-los? Quando se considera realmente concretizado o direito à educação: garantindo-se a alfabetização? Após a conclusão do ensino básico? Ou então com ensino profissionalizante que assegure a inserção no mercado de trabalho?

Prosseguindo sua crítica, Canotilho (2004, p. 101) adota a denominação de “camaleão normativo” para descrever outra problemática típica dos direitos de segunda dimensão: eles estão insertos em um sistema jurídico aberto tanto a conteúdos próprios do sistema jurídico quanto a conteúdos externos ao sistema. No lugar de se falar em direitos sociais e deveres jurídicos, assume um discurso político-constitucional que visa a direcionar políticas públicas, *sugerindo* conteúdo normativo e *modelando* a norma. Como resultado de influências externas ao mundo jurídico, os direitos sociais acabam sofrendo o que Canotilho chama “transformismo normativo”.

Também, o constitucionalista português destaca o problema do paradoxo da dependência legal dos direitos constitucionais sociais. O posicionamento adotado por muitos atualmente, no sentido de que, para que se efetivem direitos sociais

constitucionalmente previstos seria necessária, antes, uma legislação que regulasse de que forma o direito em questão deve ser efetivado pelo Estado, é refutado por Canotilho. De acordo com ele, tal posicionamento equivale à hoje já superada “teoria da regulamentação das liberdades”, a qual no passado defendia que a eficácia de direitos de liberdade dependia de interposição legislativa (CANOTILHO, 2004, p. 105).

Consoante Andreas Krell, a previsão constitucional dos direitos sem a correspondente concretização por meio de políticas públicas não significa que as normas sejam simples recomendações ou preceitos com eficácia meramente diretiva aos poderes públicos. Na verdade, as normas constitucionais de direitos sociais constituem Direito diretamente aplicável (KRELL, 2002, p. 20).

Kossmann (2018, p. 20) defende que o texto da Constituição brasileira não pode ser apenas um blefe constitucional – o que aconteceria caso os compromissos constitucionalmente assumidos fossem considerados apenas em sentido formal, como meras diretrizes e com somente força programática.

Nessa mesma linha de ideias, José Joaquim Gomes Canotilho proclamava que os problemas concretos de financiamento de direitos não devem impedir a graduabilidade de sua concretização, bem como não retiram a vinculatividade jurídica das normas estabelecidas de direitos fundamentais sociais. Caso contrário, os direitos sociais estariam sendo convertidos em questões meramente fáticas, com limitada sindicabilidade jurídica (CANOTILHO, 2004, p. 108-109).

Muito embora se critiquem normas não concretizadas pelo seu potencial de criar a ilusão de que os problemas estão sendo resolvidos e por permitirem ao Estado resolver apenas normativamente os problemas reais da sociedade, não se pode negar que tais normas significam um estímulo à sua realização pelos detentores do poder. Ademais, representam um reforço argumentativo relevante na reivindicação desses direitos por setores da sociedade (KRELL, 2002, p. 27-29).

Na Alemanha, como no Brasil, se reconhece que promessas constitucionais exageradas mediante Direitos Fundamentais Sociais sem a possibilidade real da sua realização são capazes de levar a uma ‘frustração constitucional’, o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo. (KRELL, 2002, p. 26)

Assim, a fim de se evitar a frustração constitucional que pode advir de uma ordem constitucional exageradamente distante do real, é premente que se provoque

a atuação do poder público no sentido de aproximar, cada vez mais, a realidade social brasileira dos programas delineados na Constituição Federal. Essa questão adquire contornos ainda mais relevantes quando considerada a crise de efetividade e legitimidade pela qual passam o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais hodiernamente, tanto no âmbito interno quanto externo, a qual já levou alguns doutrinadores a defenderem que o “mal-estar constitucional” vivenciado é característica do recém-inaugurado Estado pós-moderno (SARLET, 2005).

Conforme se verá a seguir, o Poder Judiciário tem assumido protagonismo na tentativa de aproximar a previsão constitucional da realidade, ocupando espaços vazios deixados pela omissão de outros Poderes. Apesar disso, observa-se que as dificuldades relativas à concretização de direitos sociais não conseguem ser superadas nem mesmo com a atuação dos juízes, que podem, inclusive, gerar efeitos nocivos à efetivação dos direitos, porquanto sua atuação ocorre sem a visualização do quadro geral das políticas públicas, usualmente tratando-as apenas como matéria de princípio e ignorando que apresentam também um aspecto político.

2.2 Judicialização excessiva e, ainda, inefetividade de direitos

A promulgação de uma lei instituidora de determinada prestação social é apenas “um *começo* de obrigações a serem adimplidas”, provocando o trânsito da exigibilidade, que se desloca da norma legal para o programa governamental instituído através dela. Havendo omissão ou ação insuficiente para a concretização da política pública, abre-se a possibilidade de sindicabilidade judicial e da consequente responsabilização dos agentes públicos. No entanto, “ainda são poucos os meios jurídicos eficientes para combater a má aplicação dos recursos públicos” (KRELL, 2002, p. 32).

Canotilho inicialmente defendia os direitos de segunda dimensão como verdadeiras imposições constitucionais, legitimadoras de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas fossem necessárias para efetivar direitos. Além disso, afirmava que, da inércia do Estado quanto à criação de condições efetivação de direitos, poderia nascer uma inconstitucionalidade por omissão. Porém, ultimamente o jurista português revisou sua própria tese, enfatizando a concretização dos direitos sociais como um produto da participação política da sociedade, não do engajamento ativo dos tribunais (KRELL, 2002, p. 68-69).

Ocorre que a sociedade brasileira (ainda) não se organizou ou amadureceu democraticamente, como consequência do aniquilamento do debate político, das organizações civis e do debate pluralista provocado pelo regime militar. A ausência de tradição social na atuação política dificulta a formação da vontade política pela pressão de demandas gerais da sociedade.

Nesse cenário, “aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem alta carga valorativa e ideológica” (KRELL, 2002, p. 70). Com efeito, relegar à sociedade desorganizada a função de pressionar os poderes públicos para que lhes assegurem o que foi constitucionalmente protegido poderia resultar em proteção nula de direitos e, ainda pior, em um Legislativo e um Executivo não controlados pelo povo que representam.

Krell, revisitando Cappelletti, reitera os riscos sociais de um Judiciário totalmente “separado” dos demais poderes:

[...] na Europa continental nos últimos dois séculos, o ideal de uma rígida Separação dos Poderes, ao invés de recíprocos controles e contrapesos, teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado aos conflitos privados, o que levou à existência de Poderes Legislativo e Executivo praticamente não controlados, até a criação de sistemas de justiça administrativa. Ao mesmo tempo, a atividade de interpretação e realização das normas sociais na constituição implicaria, necessariamente, um alto grau de *criatividade* do juiz, o que, por si, não o tornaria um ‘legislador’ (KRELL, 2002, p. 96-97).

Assim, a separação dos poderes não pode ser invocada para impedir a atuação judicial na concretização de direitos, sob pena de um efeito paralisante às reivindicações de cunho social. “Na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade” (KRELL, 2002, p. 88-90).

Por isso, sindicabilidade judicial das decisões ou omissões relativas à concretização de direitos sociais deve ser a regra, exigindo-se um Judiciário “que realmente ousa controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes” (KRELL, 2002, p. 98), porém restrito aos parâmetros programáticos já estabelecidos na Constituição. Em outras palavras, “Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na

implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais neles implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa” (KRELL, 2002, p. 101).

De fato, não se pode negar que resta inaugurada a fase de ‘socialização dos conflitos’, da defesa de interesses de estruturas parciais da sociedade em detrimento de interesses gerais e da deslegitimação do poder instituído, especialmente quanto ao sistema representativo⁴ (SILVA, 1988, p. 103-108).

Para Werneck Vianna (1999, p. 53), o regime militar brasileiro degradou a noção do público, a vida associativa, os partidos de massa e, principalmente, as instituições confiáveis que poderiam atuar na garantia de um sistema democrático. Isso fez com que se alcançasse inédita democracia política, porém sem cultura cívica. Nesse cenário, a expansão do direito e do Poder Judiciário ocorreu como em outros países, mas potencializada pelos fatores históricos, que fizeram do direito um instrumento de ação “a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana” (WERNECK VIANNA, 1999, p. 153) no Brasil.

Some-se a essa circunstância o descrédito político, que possivelmente vem desde o fim do regime militar, e fez com que jovens com vocação para a vida pública se afastassem da função política, muitas vezes optando por carreiras jurídicas no Judiciário ou no Ministério Público. Nessas carreiras encontraram espaço para desenvolver seus ideais de justiça, eventualmente ignorando as limitações (que deveriam ser) intrínsecas a tais profissões (BARROSO, 2018, p. 25).

Em paralelo, a crise das ideologias, da família, do Estado ocorrida nas últimas décadas deixou um vazio de regulamentação moral que originou a invasão do direito na organização da vida social, inclusive naquelas práticas antes tidas como estritamente privadas, a exemplo do tratamento dado às crianças por seus pais ou responsáveis. Barroso (2018, p. 21) constata a intensa judicialização ocorrida na vida brasileira recentemente, nos mais diversos campos: no domínio dos costumes, que pode exemplificado com os inúmeros processos judiciais em que se pleiteou o reconhecimento da legitimidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo; no domínio da economia, como o julgamento do direito à reposição de perdas inflacionárias aos titulares de cadernetas de poupança na época da implantação do

⁴ “A partir dessa incapacidade demonstrada pelos regimes democráticos para a formação da sonhada ‘vontade geral’ e da persistência das oligarquias e de seus interesses, que a prática política tornaram transparentes e inocultáveis, é que a *crise de legitimidade* do sistema representativo mais se exacerba e torna-se visível.” (SILVA, 1988, p. 108)

Plano Real; na esfera social, podendo a judicialização ser representada pelo julgamento sobre a constitucionalidade de ações afirmativas para negros no processo de ingresso em universidades.

Essa expansão do campo de atuação do Judiciário ocorre paralelamente a um Executivo e um Legislativo que – mesmo com a expansão da regulamentação – fornecem respostas inefetivas à explosão das demandas sociais por “justiça”, transformando o Judiciário na instituição à qual se exige a realização da democracia. Nesse mesmo sentido Barroso (2018, p. 46) pondera que, muitas vezes, os atores políticos eleitos se omitem voluntariamente em questões que gerem elevado dissenso moral na sociedade, a fim de não se comprometerem com este ou aquele posicionamento e arriscarem perder o apoio de eleitores insatisfeitos nas eleições seguintes. Essa omissão política deliberada gera o recurso ao Poder Judiciário, que não pode se furtar de resolver o conflito.

Ademais, no contexto brasileiro, o modelo de constituição analítica que se tem faz com que praticamente qualquer matéria de fato seja também jurídica e constitucional, facilitando a judicialização. Cabe também salientar o modelo de controle de constitucionalidade adotado, que mistura as concepções norte-americana e europeia, concedendo a todos os juízos o poder de controle constitucional e apresentando um largo rol de ações destinadas a essa finalidade (BARROSO, 2018, p. 47).

Assim, quase não há objeto que não possa ser levado ao controle judicial. “É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais.” (WERNECK VIANNA, 1999, p. 149-153).

A defesa do controle judicial das políticas públicas e dos orçamentos estatais, no entanto, não pode redundar em ativismo judicial, muito menos no poder de “diante de cada situação e sem seguir receitas uniformes, [...] representar uma ‘alavanca dinamizadora’ para a realização dos direitos”, ou de exercer o papel de “legislador implícito”, ou, ainda, de mesclar ingredientes do juízo discricionário da *equidade*”, diferente do que fora advogado por Andreas J. Krell (2002, p. 98-102).

Isso porque a discricionariedade ocorre quando a razão é superada pela vontade, fazendo com que a decisão do caso concreto não dependa de outra coisa senão da vontade do intérprete/juiz. A liberdade concedida para não seguir “receitas

uniformes” (ou seja, a lei) implicaria num julgador que decide conforme sua consciência e acabaria sendo sinônimo de arbitrariedade (STRECK, 2017a p. 53-54).

Em último grau, a falta de constringimento às regras postas pode representar a ausência de sindicabilidade do poder público (no caso, do Poder Judiciário) – justamente o que se pretende combater! – porquanto o controle das decisões judiciais exige que estas sejam racionalmente proferidas em consonância com o ordenamento jurídico vigente. Admitir que os juízes possam controlar as decisões dos outros poderes enquanto as suas próprias decisões teriam reduzidas possibilidades de controle seria conferir ao Judiciário uma superioridade de poder que ele não detém.

Quando se afirma que a discricionariedade abre as portas para a arbitrariedade é justamente porque, tanto numa como noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle contencioso. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama discricionariedade é um espaço de “anomia” no qual o intérprete põe o Direito. Um exercício simples pode ilustrar isso: como podemos dizer que um ato foi arbitrário e que outro foi apenas “discricionário”? No fundo, essa é uma distinção puramente abstrata, descolada do contexto concreto em que se dá a decisão, vale dizer, a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é uma escolha discricionária (ou, por que não, arbitrária?!). (STRECK, 2017a, p. 58).

A concretização de direitos fundamentais não pode se distanciar dos parâmetros do texto constitucional, tampouco pode justificar espaços discricionários nos quais o julgador decida unicamente com base em sua vontade pessoal, ainda que o fim perseguido seja a nobre implementação de direitos (STRECK, 2017b, p.70).

Para Luís Roberto Barroso (2018, p. 22-25), judicialização não implica necessariamente em ativismo, os quais podem ou não coexistir. Judicialização pode ser vista tanto do ponto de vista quantitativo quanto sob a ótica qualitativa. O primeiro – quantitativo – significa o aumento no número de ações judiciais ajuizadas, o que pode ser evidenciado por relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): em 2009, havia 24,4 processos judiciais relativos a saúde para cada 100 mil habitantes no Brasil; esse número quase triplicou em 2017, quando haviam 67,04 processos por 100 mil habitantes (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER, 2019, p. 121).

Esse aspecto revela que mais da metade da totalidade das demandas são ajuizadas contra os mesmos atores, repetidamente: a maior parte contra o poder público e, desta parte, a maior parcela dela ocupada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (BARROSO, 2018, p. 23). Trata-se de um forte indicativo das dificuldades

atuais do Estado em cumprir os direitos sociais, especialmente previdência social e saúde.

Já a judicialização qualitativa é fenômeno diverso e significa que boa parte das “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais” (BARROSO, 2012, p. 6). A judicialização em seu aspecto qualitativo é indicativa de que matérias não estão sendo resolvidas a tempo e a contento por quem as deveria resolver – normalmente Legislativo e Executivo; evidencia-se, assim, uma deficiência grave no funcionamento da política majoritária (BARROSO, 2018, p. 24).

O atual Ministro do Supremo Tribunal Federal diferencia a judicialização e o ativismo judicial, definindo este como uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes” (BARROSO, 2012, p. 10); “um modo proativo e expansivo de atuação judicial”, o qual possui como antônimo a autocontenção judicial (BARROSO, 2018, p. 24). Para Barroso, portanto, a judicialização seria um fato decorrente da conjuntura política e social, enquanto o ativismo seria uma atitude, escolha do julgador, que opta por se afastar de sua função típica de aplicação do Direito em direção à criação do Direito – situação característica de momentos de retração do Poder Legislativo.

Feita essa diferenciação, Luis Roberto Barroso defende que, em matérias relativas a economia e escolhas políticas em geral, o Poder Judiciário pratique a autocontenção. Todavia, quando o assunto da demanda for referente a direitos fundamentais ou defesa da democracia, estaria justificada a atuação judicial ativista (BARROSO, 2018, p. 24).

Essa diferença de posicionamento conforme o caso que estiver em pauta, no entanto, não parece muito clara, na medida em que é facilmente imaginável situação relativa a escolha política que implique também a defesa da democracia ou matéria econômica que envolva também direitos fundamentais. Nessas hipóteses, em que os limites da diferenciação proposta por Barroso se fundem, então, qual seria a postura judicial mais coerente: a autocontenção ou o ativismo?

Lenio Streck, embora concorde que a judicialização da política é um fenômeno decorrente das condições sociopolíticas, reconhece na atuação judicial motivada pela deficiência dos demais Poderes também um ato de judicialização – não de ativismo,

como Barroso. Para Streck, o ativismo judicial compreende não uma atuação do julgador para suprir o administrador ou o legislador, mas uma “corrupção” na relação entre os Poderes, caracterizada pela extrapolação dos limites da atuação judiciária, feita com base em critérios que não são jurídicos (STRECK, 2017b, p. 87). Em suma, caso a atuação judicial resulte na ocupação de um espaço que deveria ter sido preenchido por um dos outros Poderes mas não foi, não haverá necessariamente ativismo judicial. O ativismo só se caracterizará se, para a tomada de decisão, forem utilizados critérios não jurídicos.

Para os fins do presente estudo, parece mais adequada a diferenciação adotada por Streck, porquanto separa, de um lado, aquilo que é contingencial (a judicialização) e, de outro, o que é mera vontade do julgador (o ativismo). Também parece mais acertada tal distinção por reconhecer como um fato a necessidade de atuação do Judiciário na supressão da inércia do Legislativo e do Executivo, desde que conforme critérios jurídicos; por não admitir que, sempre que o julgador “ocupe um espaço vazio”, ele estaria livre para exercer uma espécie legítima de ativismo e construir regras específicas de conduta.

Nessa linha de ideias, também é elucidativa a diferenciação feita por Tassinari (2016, p. 91), que correlaciona a judicialização da política com a implementação de direitos, a efetivação de expectativas previstas constitucionalmente e, de outro turno, associa o ativismo judicial à discricionariedade e à ausência de compromisso com parâmetros de constitucionalidade e legalidade.

Com efeito, considerar a atuação do julgador na ausência dos demais Poderes fruto de uma mera decisão de vontade poderia representar a ineficácia de boa parte dos direitos sociais da Constituição Federal, uma vez que sua concretização depende da ação regulamentadora do Legislativo ou do Executivo. Na omissão desses, não se pode admitir que o juiz escolha atuar ou não para concretizá-los, sob pena de inexistir qualquer proteção aos direitos em questão. Todavia, a atuação deve ser pautada, evidentemente, por parâmetros de constitucionalidade e legalidade.

No que se refere à concretização de direitos sociais, embora o Judiciário não seja o Poder mais apto para promovê-la, certo é que ele é atualmente o Poder mais responsivo às demandas da sociedade, ao passo que Executivo e Legislativo frequentemente se omitem. Enquanto houver omissões que acarretem o esvaziamento de previsões constitucionais, será o Judiciário reiteradamente chamado a supri-las. Mas esse suprimento poderá ocorrer de forma ativista ou não e, mesmo

quando não for considerado ativista, poderá ser destinatário de críticas contundentes, já que doutrinadores divergem fortemente quanto a quais critérios jurídicos devem ser balizas para aferir quais prestações devem ser impostas ao poder público para que haja a materialização de direitos sociais.

Por isso, as críticas feitas ao suprimento judicial de omissões administrativas, especialmente no que tange à concretização de direitos sociais, não são poucas nem irrelevantes. Se o número de ações ajuizadas para assegurar o direito à saúde está em crescente continuidade, porque até hoje tanto se fala da inefetividade do sistema público de saúde? Se o Judiciário resolve efetivamente as omissões do Executivo e do Legislativo, por que as políticas públicas concretizadoras de direitos sociais aparentam cada vez mais fragilidade?

Há quem defenda que o Estado e o Direito, criados para controlar a barbárie, foram incapazes de superá-la. Ao contrário, em seu lugar, teriam instaurado uma espécie de “barbárie institucional”, a qual é legitimada pelas instituições (KOSSMANN, 2018, p. 31).

Duas das principais razões apontadas para a incapacidade do Poder Judiciário na concretização de direitos são a limitação do debate e a sua incapacidade institucional. “Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria” (BARROSO, 2012, p. 13). Entretanto, havendo desacordos e judicializada a matéria, caberá à esfera judicial a decisão definitiva do conflito (BARROSO, 2018, p. 51), e é evidente que questões eminentemente técnicas ou que gerem impacto sobre amplo grupo de pessoas vão além do que o aparato judiciário está apto a manejar.

Exemplo característico – e caricato – dessa incapacidade institucional ocorreu quando, por todo o Judiciário brasileiro, surgiram decisões determinando a dispensação obrigatória pelo poder público de substância conhecida como “pílula do câncer”, mesmo sem sua aprovação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e sem estudos comprobatórios de sua eficácia em humanos (BARROSO, 2018, p. 24).

Com o tempo, constatou-se que, ao contrário do que se imaginava, o fármaco não gerava nenhum efeito sobre o controle do câncer. No entanto, a essa altura, uma quantia imensurável de valores públicos já tinha sido empenhada na aquisição do medicamento, em cumprimento a decisões judiciais que certamente foram proferidas

por Poder sem competência para decidir questões técnicas – não jurídicas – da política de saúde.

Esse exemplo é também ilustrativo da aparente inadequação da distinção feita por Barroso quanto às situações em que o Poder Judiciário deve exercer a autocontenção e quando deve praticar o ativismo judicial. No caso citado, tratava-se do direito fundamental à saúde, mas nem por isso se justificam decisões ativistas, em substituição à análise técnica que caberia à Anvisa fazer.

Além disso, o problema da capacidade institucional do Judiciário perpassa a constatação de que o juiz, em geral, está preparado para fazer a microjustiça, ou seja, atuar pontualmente onde o direito do indivíduo foi violado. Porém, o juiz não é a figura mais apta para “avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público” (BARROSO, 2012, p. 13), eis que o seu conhecimento se limita aos fatos apresentados na demanda, sem considerar as políticas públicas como um todo.

Holmes e Sunstein (2019, p. 91-92) identificam um confronto entre retórica e realidade quando o Judiciário pretende conferir efetividade a determinado direito sob argumento de que os direitos são invioláveis. Esse argumento consiste em mero floreio retórico, na medida em que direitos que implicam gastos públicos não poderiam ser unilateralmente concedidos pela via judicial sem considerar as consequências orçamentárias da decisão para outros poderes.

Diante de um problema urgente, como pode um juiz medir sua urgência em comparação com a de outros problemas sociais que competem pela atenção do governo e acerca dos quais o juiz nada sabe? Como um juiz, ao decidir um único caso, pode levar em conta o teto anual de gastos do governo? Ao contrário do poder legislativo, o Judiciário trata sempre de um caso isolado. Por não serem capazes de lançar uma visão geral sobre um amplo espectro de necessidades sociais conflitantes e depois decidir quanto dinheiro destinar a cada uma, os juízes são institucionalmente impedidos de levar em conta as consequências distributivas de suas decisões, consequências essas que às vezes podem ser graves. E não é fácil para eles descobrir se o Estado realmente cometeu um erro ao concluir previamente que o melhor seria distribuir seus recursos para os casos A, B e C e não para o caso D [...]. Em casos desse tipo, os tribunais devem pensar mil vezes para antepor seus próprios critérios aos dos órgãos do Executivo. Os tribunais não saberiam tomar sobre si as tarefas de estabelecer prioridades e otimizar a distribuição de recursos escassos [...] (HOLMES; SUNSTEIN, p. 89-90).

A atuação judicial, portanto, é incompatível com a finitude dos recursos públicos e a infinidade das demandas sociais. Isso porque, ao determinar que certo direito social seja atendido, criando despesas públicas, inevitavelmente o juízo determina a retirada de verbas alocadas no atendimento de uma outra necessidade. Todavia, via de regra, a situação de fato que deixará de ser atendida em virtude da realocação determinada judicialmente sequer chegará ao conhecimento do juiz, que cegamente assegura a garantia de um direito a um jurisdicionado, embora impossibilitado de “prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais” (BARROSO, 2018, p. 55).

Já no que se refere à limitação do debate, se refere, em primeiro lugar, ao fato de que o acesso à Justiça ainda não foi plenamente concretizado, havendo certos setores da sociedade – normalmente os que mais necessitam de proteção jurídica – que permanecem alheios aos debates judiciais. O processo, a linguagem técnica, os formalismos, bem como a histórica inexistência de abertura ao debate político pelos órgãos judiciais, tornam a discussão travada nos tribunais restrita a determinados atores (BARROSO, 2012, p. 14).

Ademais, o tecnicismo e complexidade com que problemas tipicamente políticos são resolvidos pelo Poder Judiciário periga produzir a falsa noção de que apenas juízes, detentores de conhecimento sequer inteligível por boa parte da população, teriam capacidade de resolver as demandas sociais, afastando a sociedade do debate democrático (YEPES, 2007, p. 63).

Um terceiro ponto que merece destaque quanto à limitação do debate é que o Poder Judiciário e seus procedimentos, que devem ser guiados pela racionalidade e pelo ordenamento jurídico, não são adequados a e, portanto, não pode(ria)m receber a influência de acalorados discursos políticos conduzidos por paixões, sob pena de darem origem a decisões inócuas, calcadas em uma vontade política que não é a da maioria. A judicialização da política (e a politização dos tribunais) representa o risco de conduzir a debates não orientados pela razão, mas sim por visões políticas opostas (BARROSO, 2018, p. 53) e a decisões que não são fruto do debate racional, mas do posicionamento político adotado pelo julgador.

Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve

suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade (BARROSO, 2018, p. 55).

Nesse cenário, também o Poder Judiciário poderia funcionar como um legitimador da barbárie, na medida em que, apesar de seu agir na intenção de concretizar direitos, parece não só incapaz de resolver o problema da inefetividade das políticas públicas como é possível que as desorganize, impondo despesas excessivas e não previstas pelo administrador público, redefinindo prioridades orçamentárias sem enxergar todo o quadro de despesas e estabelecendo um debate limitado, tanto no que se refere aos sujeitos participantes quanto aos argumentos utilizados para decidir.

Todavia, a mera consciência de que a resolução do problema da efetividade dos direitos sociais pode não ser obtida pela via judicial não é suficiente. O Judiciário não pode ser simplesmente “retirado da jogada” da efetivação de direitos sociais sem que se pensem em alternativas para melhorar a sua atuação ou então para substituí-la. Afinal, este demonstra ser o Poder mais responsivo às demandas da população e é aquele em quem os brasileiros mais confiam (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2019, p. 7).

Já que, muitas vezes, o Executivo e o Legislativo não são responsivos às demandas da população e tendem a recair em omissões constitucionais graves, é possível inferir que a situação seria agravada caso se retirasse a possibilidade de controle externo desses Poderes por parte do Judiciário. Assim, o próximo capítulo será dedicado a avaliar se existem alternativas viáveis à intensa intervenção judicial na definição da extensão de direitos sociais (e das obrigações que devem ser implementadas pelo poder público para garanti-los).

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: NECESSIDADE OU CONTINGÊNCIA?

Querer o bem com demais força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo o mal, por principiari. Esses homens! Todos puxavam o mundo para si, para o concertar concertado. Mas cada um só vê e entende as coisas dum seu modo (ROSA, 2019, p. 19).

Nas palavras sintéticas e suficientes de Rodrigo Brandão (2017, p. 22-23), a judicialização da política é o fenômeno, distinto do monopólio e da supremacia judiciais, segundo o qual:

as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo, resultando a submissão de uma sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma de ações judiciais.

Juntamente com a judicialização da política, Brandão atribui à supremacia judicial em sentido estrito e ao ativismo judicial o caráter de componentes integrantes da supremacia judicial em sentido amplo. São esses três fenômenos que, aliados, podem auxiliar a explicar a expansão global do Poder Judiciário, pois a possibilidade de praticamente qualquer questão ser decidida judicialmente, o poder que os tribunais (especialmente o Supremo Tribunal Federal) têm de modificar o sentido constitucional e a disposição dos julgadores a decidir matérias e impor prestações com base em “normas e métodos fluidos” resultam em um cenário no qual as questões constitucionais mais relevantes serão decididas, em última instância, pelos tribunais, sendo a sua interpretação da Constituição a que prevalecerá (BRANDÃO, 2017, p. 23-27). Dessa forma, para melhor compreender a judicialização de direitos sociais e propor alternativas para que essa judicialização resulte em práticas mais efetivas, com maior nível de direitos assegurados, impende analisar o contexto que conduziu à intensificação da atuação judicial em matéria de consolidação de tais direitos.

E essa expansão da atuação judicial é facilmente constatável. No Brasil, em 2009, foram ajuizados 24,6 milhões de novos processos. Já em 2019, esse número subiu para 30,2 milhões. Trata-se de um aumento de 119 casos novos por mil habitantes (em 2009) para 122 casos por mil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 94-99).

Sabe-se que a influência do pensamento liberal-burguês vigente no século XVIII a partir do sucesso da Revolução Francesa determinou o modo de atuação dos Poderes do Estado na época, mas não perdurou: o Legislativo, recém conquistado pelo terceiro estamento, o qual houvera conquistado o direito de efetiva participação na formação da vontade política, adquiriu certa supremacia em relação ao Judiciário e ao Executivo, os quais se pretendia limitar.

Os juízes, em sua maioria, eram oriundos da aristocracia e preservavam os valores que a burguesia em ascensão visava a derrubar. Portanto, a eles foi concedida a tarefa quase mecanizada de aplicar a lei, entendendo-se que, ao fazê-lo, não podiam os julgadores interpretá-las⁵. Negar aplicação à lei, considerada a forma mais racional e avançada de expressão pelo povo (por intermédio de seus representantes), seria ofensa à ordem instituída. A reprodução automatizada do sentido da lei pelos juízes levou-os a receberem, por Montesquieu, o título consagrado de *la bouche de la loi* (MONTESQUIEU, 1973, p. 157).

No entanto, a compreensão de que também o Poder Legislativo poderia se curvar a demandas setorializadas da sociedade, em vez de agir supostamente em nome de todos, evidenciou que “a lei, por si só, nem sempre se presta a efetivamente conter os abusos do poder como imaginado, mas, pelo contrário, pode lhes servir de instrumento” (GOMES; ZAMARIAN, 2018). A resposta veio com a superação da desconfiança que recaía sobre o Poder Judiciário, resultando no fortalecimento deste, e com a substituição do seu papel de *boca da lei* pelo de reconstrutor de significados normativos por meio de regras de argumentação (GOMES; ZAMARIAN, 2018) – mudança que ocorreu tendo o Estado Social como plano de fundo.

Assim, o aumento dos espaços de atuação do Poder Judiciário não é uma realidade recente, mas fruto de mudanças históricas, jurídicas e políticas paulatinas, que culminaram, especialmente no contexto brasileiro, em uma supremacia judicial consentida, na qual “acontecem concessões institucionais, favorecimentos ao poder do judiciário, que, por isso mesmo, sente-se autorizado a agir por (ou em) supremacia” (TASSINARI, 2018, p. 239).

A ideia dessa expansão generalizada do Judiciário foi consolidada pelo estudo *The global expansion of judicial power* (TATE; VALLINDER, 1995), no apagar das

⁵ A ideia de impossibilidade de separar os momentos interpretativos (conhecer, interpretar, aplicar) só surgiu um momento histórico posterior, como com Gadamer (2012).

luzes do século passado. É essa, portanto, uma realidade não restrita ao contexto brasileiro.

Historicamente, pode-se identificar a intensificação da expansão do poder judicial com o instituto da revisão judicial. O controle de constitucionalidade das leis feito pelas cortes acabou introduzindo a (falsa) noção de que a supremacia da Constituição depende da autoridade do Poder Judiciário para dizer o sentido dela. E mais: decisões vindas de cortes supremas (no caso do Brasil, do Supremo Tribunal Federal) teriam legitimidade simplesmente por emanarem de tal corte, independentemente de seu conteúdo (BRANDÃO, 2017, p. 31).

Embora a revisão judicial estivesse presente de alguma forma desde a época colonial, foi no contexto pós-colonial estadunidense que se desenvolveram as condições de possibilidade para a superação da autoridade do Parlamento e o surgimento do *judicial review*. Foram os advogados norte-americanos, naturalmente menos deferentes à supremacia parlamentar do que os britânicos, que incorporaram o discurso do juiz inglês Lorde Coke⁶, sobre a superação de leis contrárias à *common law* e à racionalidade (GINSBURG, 2008, p. 82-83).

Julgado em 1803 pela Suprema Corte do Estados Unidos, o caso *Marbury v. Madison* foi relevante marco no que se refere à *judicial review*. Desde então, quando o *Chief Justice* Marshall declarou inconstitucional, pela primeira vez, seção do *Judiciary Act* por considerá-la incompatível com o que estava disposto na Constituição, o número de países que adotam práticas de *judicial review* vem crescendo. Incontestavelmente, a construção argumentativa do *Justice* Marshall para afastar a aplicabilidade de uma norma elaborada pelo Parlamento foi o gérmen do controle judicial de constitucionalidade em sua forma difusa, gerando efeitos sobre ordenamentos jurídicos de incontáveis países. É ela considerada o acontecimento inaugural da primeira onda de admissão de revisão judicial de leis.

Todavia, apesar de ser comumente mencionado o célebre caso *Marbury v. Madison* como o precursor inédito do controle de constitucionalidade, alguns autores, como ressalta Ginsburg (2008, p. 83), atestam a existência de uma graduação, que

⁶ Em 1610, no *Dr. Bonham's case*, o juiz Edward Coke assentou as bases da supremacia do *common law*, ao asseverar que as prerrogativas do Parlamento deviam ser circunscritas pelos precedentes. Em sua decisão, constou que “quando um ato do Parlamento for contrário a direitos costumeiros e à razão, ou repugnante, ou impossível de ser realizado, a *common law* controlará e invalidará o ato”. Apesar disso, na Inglaterra, a doutrina de Coke não prosperou e ele mesmo pareceu abandonar a ideia tempos depois (BONHAM'S

foi pouco a pouco dominando a ideologia na época em detrimento da rígida separação de poderes e abrindo caminho para que decisões judiciais pudessem invalidar manifestações do Poder Legislativo sem implicar séria quebra de legitimidade do Poder Judiciário.

Em sentido similar, Rodrigo Brandão (2017, p. 32) destaca a inverdade da tese segundo a qual o Poder Judiciário teria, desde o advento do controle de constitucionalidade, sido constantemente o responsável por dizer a última palavra em matéria constitucional. Na verdade, aponta ele que a autoridade de interpretar em último grau a Constituição trocou de mão por diversas vezes, resultando da luta travada entre os poderes para que tivessem a “condição de intérpretes últimos e autênticos da Constituição”.

Além disso, *Marbury v. Madison* declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que atribuiu à Suprema Corte estadunidense a competência para julgar o caso, por entender que as competências originárias do tribunal seriam hipótese de reserva de Constituição, não passível de alteração por lei. Mas, apenas uma semana depois, no julgamento de outro caso (*Stuart v. Laird*, que inclusive invocou a decisão do Justice Marshall no caso *Marbury*), a Suprema Corte proferiu decisão incompatível com a decisão de *Marbury v. Madison*, porém sem refutar esta expressamente. Conforme Brandão (2017, p. 49), “a não superação formal de *Marbury* trazia o gérmen da expansão do papel do Judiciário na limitação de maiorias políticas, que poderia vir a florescer no futuro em solos mais propícios (como de fato ocorreu)”.

Ou seja, em que pese o caso *Marbury* tenha realmente inaugurado uma espécie controle de constitucionalidade, o fez como postura de autocontenção do Poder Judiciário, que reconheceu a sua ausência de competência para julgar. E apesar de *Marbury* ser o marco do controle judicial de constitucionalidade, é um equívoco presumir que sem supremacia judicial não haveria supremacia constitucional.

Ademais, pouquíssimo tempo depois, em caso no qual o Justice Marshall não atuou por alegar-se impedido, foi adotado posicionamento incompatível com a decisão de *Marbury*. Entretanto, é este último – e não *Stuart v. Laird* – que ganhou repercussão mundial, sendo citado em inúmeras doutrinas de jurisdição constitucional e decisões judiciais. Como exemplo da discrepância de repercussão entre os dois casos, basta realizar pesquisas na base de dados de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: quando se busca o termo “*Stuart*” a pesquisa não retorna resultados; já quando se

busca por “Marbury”, tem-se 20 acórdãos, dentre os quais dois em análise de repercussão geral⁷.

Essa repercussão do caso *Marbury* pode ser parcialmente explicada porque posteriormente, apesar de em um contexto muito diferente, o notório jurista austríaco Hans Kelsen justifica a sua defesa pela existência de um Tribunal Constitucional (com atribuições de guardião da constituição) fazendo uso de fundamentação similar à de Marshall em *Marbury*. Para Brandão (2017, p. 69), Kelsen “segue itinerário que remonta, claramente, à fundamentação engendrada por Marshall”.

A posição de Kelsen foi fortemente oposta por Carl Schmitt, que defendia que a interpretação constitucional deveria caber ao Presidente da República, terceiro neutro e imparcial, acima da vontade dos partidos políticos, que conseguiria captar a real opinião pública e proteger da ameaça pluralista, evitando assim a decomposição pluralista do Estado (SCHMITT, 2007).

Todavia, os fatos históricos que se seguiram (especialmente o governo totalitário alemão, que se valeu da tese de Schmitt) demonstraram na prática os riscos extremos da concessão da condição de guardião da constituição ao chefe de governo e da supressão da opinião das minorias sob o argumento de que a opinião pública deve ser una. Com isso, restou evidenciado que mesmo se respeitando a vontade da maioria (a opinião pública), é possível afrontar gravemente direitos fundamentais. “Isso porque, via de regra, os movimentos antiliberais que tiveram lugar na primeira metade do século XX ora contaram com o apoio dos ‘poderes majoritários’, ora foram placitados pelo povo através de plebiscitos e referendos” (BRANDÃO, 2017, p. 70).

Diante disso, o debate Kelsen *versus* Schmitt é resolvido com a notória derrota do que fora defendido por Carl Schmitt, consagrando a importância da jurisdição constitucional para a proteção de direitos fundamentais. Caberia ao Tribunal Constitucional de Kelsen não apenas tutelar os direitos da maioria, mas especialmente direitos de minoria, de impossível mobilização social. Sob essa ótica, nem mesmo a vontade manifesta da maioria pode justificar a violação de direitos fundamentais de uma minoria, sob pena de esses direitos acabarem violados pela própria noção de democracia (BRANDÃO, 2017, p. 71).

⁷ Busca realizada em 24 de novembro de 2020, no endereço eletrônico <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Foi utilizada a ferramenta de busca avançada e a pesquisa em campos específicos, buscando-se os termos mencionados no campo “Observação”, comumente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para fazer menção a decisões estrangeiras utilizadas na fundamentação de decisões.

É nesse contexto que se atribui ao desenvolvimento do modelo kelseniano uma segunda onda de propagação da jurisdição constitucional, situada no período pós Segunda Guerra. Hans Kelsen defende a subordinação judicial ao parlamento, mas seu modelo requer que a interpretação constitucional seja atribuída a uma corte externa ao Poder Judiciário, incumbida de resguardar a ordem da constituição (GINSBURG, 2008, p. 85).

É importante destacar que Kelsen, tal qual Schmitt, via a judicialização da política como uma ofensa à democracia e, por isso, propõe a criação de um tribunal à parte do Judiciário e defende que a ele sejam conferidas atribuições restritas, sem a análise de fatos concretos. O Tribunal Constitucional de Kelsen seria um legislador negativo, evitando a construção criativa da Constituição e protegendo o teor dela. Caso houvesse criação de significados constitucionais ou a aferição da compatibilidade de leis com princípios da constituição, entende Kelsen que haveria atuação na condição de legislador positivo, o que tornaria ilegítimo o seu exercício. Como se pode constatar, Kelsen mantém a supremacia do legislador, defende espaço para que este conforme às leis aos princípios constitucionais como devida manifestação da discricionariedade e, assim, afirma a não sindicabilidade judicial de questões políticas (BRANDÃO, 2017, p. 73-75).

Cortes tais como as preconizadas por Kelsen se espalharam pela Europa continental (especialmente em países saídos do fascismo: Alemanha, Itália, Portugal e Espanha), paralelamente ao estabelecimento constitucional de extenso rol de direitos. A explicação atribuída para tanto é a crescente preocupação com o respeito a direitos e com a limitação de poderes. Emergem as cortes constitucionais, então, como mecanismos de proteção de direitos (GINSBURG, 2008, p. 85).

Observa-se que, enquanto na realidade norte-americana a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário adveio do crescente poder deste, em um entendimento de que seria natural refutar leis contrárias aos parâmetros constitucionais, na Europa continental a criação de cortes constitucionais, à parte do Judiciário, refletiu justamente o contrário (GINSBURG, 2008, p. 85).

Já em uma terceira onda de democratização, situada mais ou menos a partir da queda do Muro de Berlim e relacionada tanto à superação de ditaduras militares na América Latina quanto à transição do socialismo para economias de livre mercado no Leste Europeu, apareceu uma nova aposta em cortes constitucionais. Os juízes passaram a se engajar na contenção governamental e na proteção de direitos,

preocupados com a manutenção da recém retomada democracia (GINSBURG, 2008, p. 87).

A nova onda criou cortes ou revigorou as já existentes, assegurando a possibilidade de *judicial review*, a ser realizado por tribunais com designação específica e exclusivamente constitucional ou mesmo por tribunais ordinários (GINSBURG, 2008, p. 87). Nota-se a partir desse momento a fusão das tradições norte-americana e europeia: enquanto a primeira influenciou o modelo de supremacia da Constituição e de menor espaço ao Legislativo para definir os modos de sua realização, a doutrina europeia transmitiu a herança de catálogos analíticos de direitos (BRANDÃO, 2017, p. 76).

Assim, verifica-se que a jurisdição constitucional evoluiu no decurso histórico, eis que iniciada com o propósito de assegurar previsões constitucionais estruturais, como o federalismo. Já hoje se observa a prevalência da preocupação com garantir direitos e democracia, evidenciando a proliferação institucional do poder judicial. De fato, desde o século XIX até o século XXI, estima-se que 158 países passaram a adotar algum instrumento de jurisdição constitucional (GINSBURG, 2008, p. 88), incluindo aqueles com forte tradição de deferência à vontade parlamentar, como Nova Zelândia e Canadá (BRANDÃO, 2017, p. 5).

No entanto, a consolidação da revisão judicial não foi um movimento uniforme entre os países, quanto aos cenários que os motivaram, tal qual não é uniforme em seu modo de exercício, suas consequências e limitações, havendo variações inclusive quanto ao que é manifestado por um julgador e outro, ainda que insertos no mesmo cenário cultural e político.

Dada a ausência de uniformidade entre os diversos cenários políticos e culturais que fermentaram o desenvolvimento do poder de revisão judicial, a sistematização de causas para o fenômeno da expansão global do Judiciário é tarefa árdua. Entretanto, Rodrigo Brandão (2017, p. 6) destaca um fio condutor entre as leituras tradicionais do assunto, consistente na percepção de que mesmo instituições legitimadas democraticamente podem violar direitos.

Uma das explicações oferecidas para o fortalecimento do Poder Judiciário é a *hipótese dos direitos*, que relaciona o fenômeno com o crescimento nacional e internacional da preocupação com direitos individuais, acentuada após a Segunda Guerra Mundial, com os vários documentos internacionais de direitos humanos surgidos desde então e/ou com a constitucionalização de direitos (GINSBURG, 2008,

p. 88). Uma vertente formal dessa explicação parte do pressuposto de que previsões constitucionais seriam dispositivas e, portanto, constituições com mais direitos previstos acarretariam maior recurso ao Poder Judiciário para concretizar tais direitos e, por conseguinte, firmariam uma cultura nacional calcada na importância de decisões judiciais. Todavia, estudo realizado em 2002 na Europa ocidental não constatou relação entre direitos positivados e *judicial review*, sugerindo que a cultura de proteção de direitos através do Poder Judiciário é um fenômeno mais informal e ideológico do que decorrente do rol constitucionalizado de previsões (SMITHEY; ISHIYAMA, 2002).

Outra vertente atribui às cortes, como órgãos contramajoritários, a função de monitorar violações a direitos fundamentais, porque os seus membros teriam independência política suficiente para atuarem com imparcialidade, mesmo quando diante de violações a direitos perpetradas por instituições com legitimidade democrática. Assim, em vez de democracia da maioria, se teria uma democracia constitucional, na qual mesmo os direitos de minorias são respeitados, pois previstos em constituição e assegurados pela jurisdição constitucional, através de uma corte independente (BRANDÃO, 2017, p. 7).

Porém, diante de constituições contemporâneas, que preveem uma considerável gama de direitos sociais, culturais e econômicos, assim como problemas políticos, praticamente qualquer dilema social pode ser levado à jurisdição constitucional, a qual terá a difícil – senão impossível – missão de fornecer respostas uniformes a uma sociedade dividida pelo pluralismo (BRANDÃO, 2017, p. 10).

Ainda, é de se destacar que a forma de Estado federalista, inaugurada pelos Estados Unidos da América e posteriormente adotada pelo Brasil, motivou (e motiva) o controle judicial de constitucionalidade. Havendo dois ou mais entes dotados de capacidade legislativa, há potencialidade inevitável de conflito normativo, o qual deverá ser resolvido. E a resolução inspira mais confiança quando provém de um terceiro neutro – que, no caso, seria o Poder Judiciário (GINSBURG, 2008, p. 83-84).

Por outro lado, há quem atribua a crescente judicialização à crescente burocratização dos processos estatais e seu distanciamento da população. Considerando que cidadãos naturalmente tendem a temer o exercício não fiscalizado de poder, o Poder Judiciário seria, nessa lógica, o “guardião do interesse público” ao exigir justificativas para as ações legislativas e administrativas, assegurando transparência e reforçando direitos de participação popular (GINSBURG, 2008, p. 89).

O problema dessa tendência é que a boa atuação das cortes pode gerar ainda mais demandas pela fiscalização das ações governamentais, sendo improvável que o Poder Judiciário opte pela autocontenção.

Explicações institucionalistas consideram que o crescente poder judicial se deve à fragmentação política, que naturalmente acarreta conflito de posições, clamando pela resolução por um terceiro imparcial. Sendo exatamente essa a função institucional do Poder Judiciário, ele torna-se o *locus* ideal para a solução de disputas que envolvem a alocação de poder voltados à concretização constitucional (GINSBURG, 2008, p. 90).

Além disso, a fragmentação política severa pode conduzir a impasses políticos impossíveis de se resolver, especialmente quando Executivo e Legislativo possuem ideologias dominantes diferentes entre si. Nessa situação, o poder de veto de um poder sobre o outro, assim como o movimento para não aprovar leis úteis ao chefe de governo, pode impedir a adoção de políticas tendentes à modificação do *status quo*. É natural, então, que aqueles que estão sendo prejudicados recorram ao Poder Judiciário para obter a tutela de seus interesses, a fim de suprir a inércia dos agentes políticos. A consequência é a ampliação do espaço para que o Poder Judiciário acabe fazendo política (GINSBURG, 2008, p. 90) – espaço este que normalmente acaba sendo ocupado, haja vista a usual ausência de disposição dos juízes a praticar a autocontenção.

Ran Hirschl (2006, p. 723, tradução nossa) aponta a necessidade de se aprofundarem os estudos acerca da judicialização da política, uma vez que um dos aspectos do fenômeno representa a judicialização da *mega* ou da *pura* política. Para o canadense, a judicialização possui três faces: a propagação do discurso e de jargões jurídicos à esfera política; a judicialização da elaboração de políticas públicas; e a judicialização da *pura* política – esta última consistente na transferência às cortes de matérias eminentemente políticas⁸.

A propagação de jargões jurídicos é correlacionável com a complexificação da sociedade ou então com o aumento das agências reguladoras que surgiram a partir

⁸ “I begin by distinguishing among three broad categories of judicialization: (1) the spread of legal discourse, jargon, rules, and procedures into the political sphere and policy making forums and processes; (2) judicialization of public policy-making through “ordinary” administrative and judicial review; and (3) the judicialization of “pure politics”—the transfer to the courts of matters of an outright political nature and significance including core regime legitimacy and collective identity questions that define (and often divide) whole polities.”

do Estado Social. Já a definição judicial de políticas públicas decorre da autorização (implícita, vale dizer) para que o Poder Judiciário defina a extensão de direitos constitucionalmente previstos. Por fim, a judicialização da *megapolítica* se constata com a condução aos tribunais de controvérsias políticas centrais (HIRSCHL, 2006, p. 724).

O que pode ser enquadrado como megapolítica decorre de uma distinção mais ou menos intuitiva, como questões relativas ao processo eleitoral e ao regime político (HIRSCHL, 2006, p. 724-725). Ran Hirschl salienta que, no contexto da judicialização, muitas questões levadas ao Judiciário são de incumbência primordial legislativa ou administrativa:

A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: judicialização do processo eleitoral; escrutínio judicial das prerrogativas do poder executivo nos domínios do planejamento macroeconômico ou questões de segurança nacional (ou seja, o fim do que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da ‘questão política’); dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial da transformação do regime; e, acima de tudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, processos de construção da nação e lutas sobre a própria definição – ou *raison d’être* – da política como tal, sem dúvida o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional. Essas áreas emergentes da política judicializada expandem os limites do envolvimento das altas cortes nacionais na esfera política para além do âmbito dos direitos constitucionais ou da jurisprudência do federalismo e levam a judicialização da política a um ponto que excede em muito qualquer limite anterior. Na maioria das vezes, essa tendência é apoiada, tácita ou explicitamente, por poderosos atores políticos. O resultado foi a transformação das cortes supremas em uma parte crucial do aparato político nacional de seus respectivos países. Em outro lugar, descrevi esse processo como uma transição para a juristocracia (HIRSCHL, 2006, p. 727, tradução nossa).⁹

⁹ “The judicialization of mega-politics includes a few subcategories: judicialization of electoral processes; judicial scrutiny of executive branch prerogatives in the realms of macroeconomic planning or national security matters (i.e., the demise of what is known in constitutional theory as the “political question” doctrine); fundamental restorative justice dilemmas; judicial corroboration of regime transformation; and, above all, the judicialization of formative collective identity, nation-building processes, and struggles over the very definition—or *raison d’être*—of the polity as such, arguably the most problematic type of judicialization from a constitutional theory standpoint. These emerging areas of judicialized politics expand the boundaries of national high-court involvement in the political sphere beyond the ambit of constitutional rights or federalism jurisprudence and take the judicialization of politics to a point that far exceeds any previous limit. More often than not, this trend is supported, either tacitly or explicitly, by powerful political stakeholders. The result has been the transformation of supreme courts worldwide into a crucial part of their respective countries’ national policy-making apparatus. Elsewhere, I have described this process as a transition to *juristocracy*”.

Para Hirschl (2006, p. 744), não é viável que a judicialização de matérias tão relevantes ocorra sem a anuência, explícita ou implícita, de atores políticos influentes. Isso porque os tribunais não atuam em isolamento, mas inseridos no contexto social. Assim, a judicialização da política só se mantém se houver, ao menos, aceitação dessa postura por parte de agentes relevantes. Caso contrário, a invasão da política feita pelas cortes estaria fadada a reiterados questionamentos sobre sua legitimidade.

Ocorre que, conforme já destacado, atores políticos têm interesse na transferência do poder decisório sobre questões sensíveis para as cortes, pois temem que, caso se posicionem defendendo temas polêmicos, sofram rejeição eleitoral futura. Essa situação é ainda mais perceptível em sociedades divididas, nas quais é mais difícil adotar posicionamentos que sempre vão ao encontro das expectativas do eleitorado. Ran Hirschl (2006, p. 745, tradução nossa) denomina essa estratégia de transferência de poder às cortes de *redirecionamento de culpa*¹⁰.

Mas não é apenas nesse contexto que voluntariamente se recorreria ao Judiciário para resolver problemas que deveriam ter sido originalmente resolvidos na esfera legislativa ou executiva. Entende-se também que grupos sociopolíticos dominantes, na iminência de perderem poder, costumam delegar questões estruturantes ao Judiciário – Poder sobre o qual esses grupos possuem forte influência e mais fácil acesso do que outros setores da sociedade, tendo maiores chances de que o resultado da demanda acabe sendo favorável a si:

Assim, seria promovida uma mudança à la Lampedusa: altera-se radicalmente o desenho institucional, substituindo-se a supremacia parlamentar pela supremacia judicial, para que tudo continue exatamente igual ao que era antes, notadamente no que se refere ao uso do poder político como instrumento de preservação do *status quo*. Este seria o objetivo da constitucionalização: a retirada de princípios caros às elites do processo majoritário – já que as elites não mais dominam o Parlamento –, com o escopo de usar a retórica da legalidade e da imparcialidade presentes no processo judicial, e, sobretudo, o acesso especial das elites ao Judiciário, para a imunização daqueles princípios em face de mudanças desejadas pela maioria, enfim democraticamente representada. (BRANDÃO, 2017, p. 90).

¹⁰ “From the politicians’ point of view, delegating contentious political questions to the courts may be an effective means of shifting responsibility, and thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate. The calculus of the ‘blame deflection’ strategy is quite intuitive”.

Ainda, Hirschl (2006, p. 747, tradução nossa) relaciona a judicialização com a alternância política. Segundo ele, governantes que imaginam que permanecerão no poder por um longo período possuem baixa tendência a defenderem o fortalecimento e a independência judiciais. Já quando partidos políticos acreditam que serão derrotados, devendo deixar o poder, é provável que defendam um Judiciário poderoso e atuante, que até mesmo limite os outros poderes, na intenção de reduzir o espaço de liberdade do próximo governante¹¹.

Ginsburg (2003, p. 98) também reconhece essa relação entre judicialização e alternância política, mas a enxerga de forma menos pessimista: para ele, os grupos políticos que receiam não obter êxito nas próximas eleições são favoráveis à judicialização de matérias relativas às regras do jogo eleitoral e sobre um mínimo consenso político, que contemple questões básicas sobre as quais não há divergência razoável na sociedade. A intenção com a constitucionalização, então, seria evitar que grupos adversários alterassem as regras para se perpetuar no poder e para interferir até mesmo em um mínimo de direitos sobre os quais sequer existe dissenso considerável.

Dessa forma, Hirschl (2006, p. 753, tradução nossa) joga luzes sobre o que chama de *falácia centrada nas cortes*¹², porquanto normalmente se atribui o crescimento do Judiciário a juízes incapazes de praticar a autocontenção e sedentos por realizar política e por terem a última palavra sobre o significado da Constituição. Todavia, comumente não se aborda o fato de que juízes só conseguem ocupar espaços na política quando são deixados espaços vazios por quem a atribuição primordial de preenchê-los. Em outras palavras, pode-se referir que, não fosse a deferência dos legisladores e administradores públicos, que se eximem de decidir questões delicadas que lhe incumbem enquanto representantes políticos, não seria possível (ou, pelo menos, não seria necessário) que tais matérias fossem decididas com soberania pelo Poder Judiciário. Este, idealmente, não teria como função precípua fazer escolhas políticas.

¹¹ “The judicialization of politics may reflect the competitiveness of a polity’s electoral market or governing politicians’ time horizons. According to the “party alternation” model, for example, when a ruling party expects to win elections repeatedly, the likelihood of an independent and powerful judiciary is low. However, when a ruling party has a low expectation of remaining in power, it is more likely to support a powerful judiciary to ensure that the next ruling party cannot use the judiciary to achieve its policy goals”.

¹² “Court-centric’ fallacy”.

Assim, uma das maiores contribuições que Hirschl traz ao debate da judicialização da política é que, apesar de normalmente se atribuir o crescente espaço do Poder Judiciário à forma de atuação do próprio Judiciário, não se pode ignorar as contribuições acima referidas, que explicitam que também a falta de ação pelos legisladores e governantes pode ser um modo proposital pelo qual estes decidem transferir decisões suas aos tribunais.

Em matéria de direitos sociais e suas respectivas políticas públicas, essa inação pode ser facilmente constada, já que tem sido comum a ausência de regulamentação que implante políticas para a concretização de direitos ou, ainda quando regulada, é comum que não seja colocada em prática, culminando em necessidade de atuação judicial que supra a omissão do Legislativo e/ou do Executivo. Ainda, dado que direitos sociais importam elevadas despesas, essa dinâmica de transferência da culpa para o Poder Judiciário permite que se perpetue o discurso político de que muitas atividades não puderam ser implementadas a contento em virtude de indevida intervenção judicial, que teria prejudicado o planejamento administrativo.

De fato, sabe-se que, embora haja essa transferência deliberada de poderes ao Judiciário, ele não é o poder mais apto a tomar decisões em matéria de políticas públicas tampouco para decidir sobre a destinação de verbas. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de que se busquem meios para modificar a dinâmica das relações atuais entre Judiciário e os demais poderes, a fim de retomar o exercício de escolhas políticas por quem foi eleito para fazê-las e possui à disposição os instrumentos hábeis para isso. Do contrário, se “tapará o sol com a peneira”, buscando preencher um vazio de atuação de um poder estatal por outro que é desprovido das capacidades institucionais para assim atuar.

Mas, para modificar tal dinâmica de relações com o Judiciário, primeiro cabe compreendê-la: já que as teorias explicativas sobre a judicialização da política, em geral, não são excludentes, pode-se dizer que no Brasil cada uma dessas causas exerceu uma parcela de influência, embora em diferentes graus, para culminar na intensificação da judicialização da política constatada atualmente. Para Brandão (2017, p. 149-151), no Brasil, impactam o aumento da judicialização: o sistema presidencialista, que permite governos sem maioria parlamentar e estimula conflitos constitucionais; a eleição proporcional de deputados federais em lista aberta, que estimula a competitividade destes mesmo em face de parlamentares do mesmo

partido, na briga pelas respectivas vagas no legislativo; um extenso catálogo de direitos e a doutrina da efetividade desses direitos; e o extenso rol de legitimados para ações de inconstitucionalidade.

Quanto ao extenso catálogo de direitos, já se destacou nas páginas anteriores estudo que afirma que este, por si só, não é suficiente para acarretar intensa judicialização. Assim, no caso brasileiro, não se pode dizer que é amplitude dos direitos garantidos na CRFB/88 a causa da tendência a judicializar políticas, mas sim a existência desse largo rol de direitos em associação à doutrina da efetividade, que tem sido a teoria de base do neoconstitucionalismo brasileiro (LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 980).

A doutrina em questão parte do pressuposto de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi elaborada em desconformidade com a realidade e representa uma *insinceridade normativa*, haja vista a ausência de vontade política para dar cumprimento às previsões constitucionais – situação que pode ser vista especialmente no caso dos direitos sociais, que, mais de 30 anos após a promulgação da CRFB/88, permanecem carentes de efetividade.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2017, p. 5),

A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da ação e da jurisdição –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.

Assim, a doutrina brasileira da efetividade concede poder ao Judiciário para agir sempre que um direito não for tutelado pelo Legislativo (ausência de regulamentação) ou pelo Executivo (ausência de implementação). Na realidade constitucional pátria, são inúmeros os direitos carentes de efetividade, especialmente em função do abismo existente entre o numeroso rol de direitos constitucionais e a limitação orçamentária que impõe seletividade quanto a quais direitos e como concretizar. Logo, haveria um enorme espaço livre para ser preenchido pela atuação judicial.

Entretanto, a doutrina da efetividade possui um entendimento novo em relação à história constitucional do Brasil: compreende que o Brasil sequer teve uma história constitucional, eis que um pensamento político próprio só seria possível em um Estado

democrático de direito – o que não haveria existido na história nacional antes de 1988, apenas simulacros em razão da inefetividade do que era previsto nas constituições pretéritas. Assim, na visão dos doutrinadores da efetividade, deve haver não um *novo*, mas um *verdadeiro* regime constitucional, que nunca existiu antes da CRFB/88.

Nessa linha, conforme destaca Barroso, ao invés de compreender as vicissitudes do constitucionalismo anterior a 1988 (defendendo o rompimento com ele e a instauração de um *novo* regime sem os mesmos vícios), deve-se desejar a *criação* de um constitucionalismo. Tudo o que antecede 1988 no Brasil caracterizaria a *pré-história constitucional*. Como decorrência, na intenção de interpretar a Constituição Federal, caberia ao intérprete recorrer à teoria constitucional de outros países e não à inexistente história constitucional brasileira.

Essa negação histórica é acuradamente refutada por Lynch e Mendonça (2017), ao salientarem que não se pode analisar a efetividade de constituições passadas com os padrões de hoje, porquanto é evidente que o grau de concretização de muitos direitos, especialmente os sociais, aumentou consideravelmente, não só no Brasil como – arrisca-se dizer – em todos os países. Esse aumento da efetividade significa que todas as ordens constitucionais pretéritas eram inefetivas? Evidentemente, não se pode utilizar as lentes de hoje para olhar para o passado e dizer que sim.

Da mesma forma, tal qual o Brasil, muitos países tiveram problemas quanto à efetividade de suas previsões constitucionais (Estados Unidos, França, Itália, Bélgica), como indicam Lynch e Mendonça (2017, p. 996-997), sem que isto signifique que tais nações não tiveram um passado constitucional. Diante disso, não há razão para a defesa da adoção de teorias constitucionais estrangeiras (muitas das quais oriundas de países que também enfrentaram problemas de efetividade de seus dispositivos constitucionais) e, em paralelo, negar a história brasileira porque esta não logrou êxito em implantar todos os direitos fundamentais.

É verdade que a distância entre a concretização de direitos e o que está previsto na ordem constitucional pode ser maior no Brasil do que em outros países, especialmente europeu ou norte-americanos. Isso decorre, especialmente, da diferente posição que cada um desses países ocupou na relação colonial e não significa ser imprestável a história constitucional brasileira. Portanto, não há base para que se defenda a desconsideração do passado brasileiro em detrimento de construções teóricas de outros países, com contextos diferentes, e muito menos para

que se atribua às cortes a função de aplicar tais construções, sob o pretexto de empurrar a história em direção ao progresso social (BARROSO, 2018, p. 166).

Retomando o que foi dito em direção à resposta da pergunta que intitula esse capítulo, tem-se, portanto que a judicialização da política parece ser uma resposta meramente contingencial, não uma necessidade. Com efeito, a supremacia da Constituição não exige uma supremacia judicial. Além disso, o fundamento histórico do caso *Marbury v. Madison*, conforme se viu, foi indevidamente captado e utilizado para fundamentar decisões de amplo protagonismo judicial, quando originalmente o julgamento do caso pretendeu apenas exercer a contenção judicial.

Além disso, a ciência política fornece explicações que justificam a transferência do poder de atores políticos para os tribunais, como formas de transferir-lhes também a culpa ou de transformá-los em outro palco de disputas quando os grupos até então dominantes são retirados do poder. A judicialização vista sob essa ótica, assim, não seria uma necessidade, mas uma decorrência de um poder representativo que se omite de representar. Superada tal restrição na atuação política, certamente seria reduzido o espaço fornecido aos tribunais para resolverem matérias políticas.

Ainda, ressalte-se estudo que indicou que a judicialização não está relacionada diretamente com a extensão do catálogo de direitos constitucionalmente assegurados. Por isso, a judicialização no Brasil não é uma fatalidade, não é uma necessidade; é sim uma resposta a Legislativos e Executivos inertes e com interesses outros que não o de exercer a sua representação somada a uma doutrina constitucional que não apresenta tendências à autocontenção e com desejos de conferir máxima efetividade a Constituição Federal de 1988, sem considerar limitações orçamentárias.

Apesar de muitos defenderem que a o Judiciário deve suprir o espaço vazio de atuação deixado pelos outros Poderes, essa tese não pode ser levada às últimas consequências – pelo menos quando se fala em direitos sociais. Dado o alto custo desses direitos e o princípio constitucional da eficiência, não há como permitir que o Judiciário, sabidamente desprovido de capacidades institucionais para analisar e decidir sobre políticas públicas, interfira intensamente nessa matéria, sob pena de se ter políticas públicas judicialmente concretizadas cada vez mais caras aos cofres públicos e que acabem limitando a verba disponível para o atendimento de outros direitos priorizados administrativamente.

Entendendo-se a judicialização da política como uma contingência, cabe então perquirir que outras alternativas se têm a ela. Que contribuições doutrinárias se têm

quanto ao posicionamento que tribunais devem adotar diante do problema do distanciamento entre as previsões constitucionais e a realidade fática? Devem atuar em determinados limites ou deixar a decisão para segmentos estatais mais aptos? Há contribuições que indiquem um melhor caminho a seguir, em detrimento da judicialização, e que permita ainda assim reivindicar direitos sociais, sem simplesmente carimbá-los como normas programáticas e aguardar que um dia, por boa vontade, se concretizem?

Para obter respostas a essas perguntas, passa-se à análise de correntes doutrinárias alternativas à judicialização da política.

3.1 Alternativas à judicialização de direitos sociais

De acordo com Fukuyama (2013, p. 19-29), quando uma sociedade não desenvolve as habilidades necessárias para enfrentar crises fiscais ou quando não readapta suas instituições às novas realidades, a tendência é adotar medidas contingenciais, de curto prazo, que acabam por ser a própria causa do desgaste e consequente ruína dessas mesmas instituições. O mesmo autor assevera os riscos de perda de legitimidade por parte de um poder político inapto a assegurar o mínimo de serviços básicos à sua população, mas ressalta que “tirar o governo do caminho” não é uma opção, porquanto a inefetividade de políticas públicas é muito mais resultado da ausência de instituições públicas eficazes do que da carência absoluta de recursos. Assim, o caminho mais lógico, seria melhorar o funcionamento das instituições que se têm.

Partindo-se dessas percepções, identificada a dificuldade atual na concretização de direitos sociais na realidade brasileira e tendo-se em vista a dificuldade de retirar do Poder Judiciário as demandas sobre tais direitos (sob pena de torná-los letra morta na Constituição), cabe identificar alternativas à excessiva judicialização e caminhos para a crise de inefetividade de direitos de segunda dimensão.

Alternativas à judicialização da política (ou, pelo menos, à judicialização da política como a temos hoje) fazem-se necessárias porque, embora em um momento anterior as cortes tenham sido celebradas como um foro dos princípios, a aproximação da população aos tribunais, aliada à percepção de que juízes são falíveis, levou a reações diversas, como movimentos para que a Constituição fosse “devolvida” ao

povo ou a defesa de limitações severas à atuação judicial. Atualmente, os tribunais não ostentam mais a imagem de antes, que os refletia como um local onde havia a difusão da racionalidade humana, legitimando a supremacia judicial, especialmente na determinação dos sentidos constitucionais.

O minimalismo judicial e os constitucionalismos democrático e popular – teorias que defendem a autocontenção do Judiciário ou a participação ativa de outros sujeitos na formação da decisão – apesar de serem teorias com origem estrangeira, têm influenciado a cultura jurídica brasileira paulatinamente. Enquanto o minimalismo prega posições mais comedidas e superficiais, recomendando sejam evitados conflitos para que, a partir destes, não se retroceda, privilegiando a construtividade do silêncio, o constitucionalismo democrático defende o contrário. Conforme esta segunda teoria, os desacordos devem ser aproveitados em sua potencialidade construtiva, promotora de diálogos e legitimadora da democracia, uma vez que o silêncio apenas aproveitaria àqueles que defendem posicionamentos majoritários já consolidados, ou seja, o *status quo*. Já em outro extremo, figura o procedimentalismo habermasiano, calcado no princípio republicano e na construção de sentidos pela comunicação.

Mesmo que as teorias citadas não sejam adotadas integralmente no âmbito nacional, são propostas válidas elaboradas por doutrinadores de renome e indicam como outros atores políticos e sociais podem influenciar no processo da construção de significados constitucionais – em complementação ou em substituição ao Poder Judiciário. É inegável que daí se podem extrair contribuições para o presente estudo, especialmente as oriundas do constitucionalismo democrático e as referentes à tomada de decisões controversas, na medida em que podem fornecer mecanismos que, caso adotados, podem viabilizar um meio de assegurar a concretização de políticas públicas e a definição de qual deve ser a extensão da prestação a que o poder público está obrigado – de outra forma que não a imposição de uma decisão, produzida sem embasamento técnico para interferir em políticas públicas, pelo Judiciário.

3.1.1 O procedimentalismo habermasiano

A afirmação judicial de direitos sociais é ainda controvertida em seus limites e possibilidades e, tal como qualquer interpretação de direito efetuada pelos julgadores,

é predeterminada por paradigmas, havendo especial competição entre o paradigma liberal e o paradigma social para a solução dos problemas da crise do Estado Social. Além destes, não se pode deixar de mencionar o paradigma procedimentalista, defendido por Habermas como o modelo mais adequado para os desafios da integração social em sociedades complexas (HABERMAS, 2003b, p. 132).

Partindo-se do pressuposto de que não há *grau zero de sentido*, isto é, todo observador já está inserto linguisticamente em um mundo que lhe antecipa sentidos ou pré-compreensões, então toda interpretação do direito é predeterminada por uma visão de mundo. Habermas entende que a disputa entre visões de mundo é essencialmente política e defende que o debate não fique restrito aos círculos de discursos de juristas, porquanto eles “não têm autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público de cidadãos” (HABERMAS, 2003b. p. 132).

Num paradigma de Estado liberal, ao se analisar a validade de uma lei, olha-se para trás, simplesmente se aferindo a existência de compatibilidade entre a normativa analisada e a ordem constitucional superior. E diz-se *simplesmente* aferir a compatibilidade sem a intenção de referir que esta seja uma tarefa fácil, mas apenas para reforçar que, em comparação com o controle de constitucionalidade inserto em um paradigma de Estado social ou democrático, trata-se de trabalho menos árduo. Mas mesmo no paradigma liberal, para se evitar a crise de direito que já culminou no passado, não basta garantir liberdades negativas, senão também uma liberdade de fato.

No paradigma do Estado social, a problemática, a intervenção judicial se ordena para a compatibilidade da norma com o rol de direitos protegidos, mas se terá sempre uma tensão entre a realidade – e seus limites – e a população e suas infinitas demandas. O espaço livre a ser suprido pelo Poder Judiciário é enorme, mas se questiona até que ponto um espaço não suprido administrativamente, talvez por opção política e talvez legítima, possa ser ocupado por outro poder. A discussão que se trava, portanto, no paradigma social é até que ponto pode o Poder Judiciário atuar, sem perder sua legitimidade e propósito de atuação.

Já em Estados comprometidos de alguma forma com o bem-estar mínimo dos indivíduos e com o princípio republicano¹³, segundo o paradigma republicano,

¹³ Para Daniel Sarmiento (2018, p. 301-314), o princípio republicano “apresenta forte dimensão aspiracional: ele desenha um ‘horizonte de sentido’, a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade

seguem-se programas finalísticos. As decisões judiciais, em vez de preocupadas unicamente com o passado da norma ou com o respeito a precedentes jurisprudenciais, passam a também se orientar para o futuro, preocupadas com o atingimento do programa final a que se propõe o governo republicano.

Tendo em vista a diversidade de paradigmas, cabe perquirir os seus contributos para a melhor concretização de direitos sociais.

Consoante Habermas, tanto o paradigma liberal quanto o social se tornaram obsoletos para responder aos desafios de integração em sociedades complexas. Enquanto, de um lado, o liberalismo falha porque é imprescindível existir a liberdade de fato, através da garantia material de direitos, o modelo social reduziria descabidamente a autonomia privada dos indivíduos ao criar mecanismos de compensação. Para exemplificar essa redução do espaço de liberdade ocasionada por mecanismos do modelo social, Habermas fornece exemplos de direitos protetivos ao mercado de trabalho da mulher, à gestação e à maternidade, cujas restrições acabaram por ampliar o risco de desemprego para a parcela da sociedade que se pretendia proteger (HABERMAS, 2003b, p. 163).

A crítica que Habermas profere aos paradigmas liberal e social é que ambos tratam os indivíduos como meros destinatários da ordem jurídica, como se os direitos fossem bens fornecidos pelo Estado e usufruídos pelo cidadão (HABERMAS, LÁ INCLUSION DO OUTRO, P. 197). Ao revés, a proposta habermasiana é de que os indivíduos devem ser entendidos como destinatários e autores, simultaneamente, da ordem jurídica e de que os direitos são relações, não coisas. Aderindo-se a essa compreensão, não se teria o problema da liberdade restrita (porque apenas formal) do Estado liberal (Habermas defende que ninguém será livre se todos não o forem igualmente), assim como se evitaria a supressão de liberdades provocada pelo estado social.

O paradigma procedimentalista não defende nem um modelo social nem um modelo liberal ou outro que os substitua; é vazio de sentido; não antecipa um ideal de

brasileira. [...] Evidentemente, pela sua natureza constitucional, o princípio prevalece sobre as decisões de todos os poderes do Estado [...].” Também de acordo com o autor, a complexa lógica republicana visa a mais do que garantir direitos e liberdades, atribuindo também deveres de engajamento político-social na construção do destino da comunidade; mais do que a liberdade tradicional, objetiva assegurar *não dominação*, não sujeição a regras arbitrárias. Consideradas essas premissas, pode-se entender como inevitável a referência a que o autor faz sobre a incoerência da realidade brasileira, em que há denegação sistemática de direitos a setores marginalizados da sociedade, com o princípio republicano.

sociedade. É meramente formal e se foca em garantir as condições para que os cidadãos possam chegar a ajustes para solucionarem seus problemas e para, mediante discursos públicos procedimentalmente assegurados, exercerem o poder comunicativo que representa o exercício da cidadania (HABERMAS, 2003b, p. 189-190). É por isso que, ao contrário de outros modelos, o Estado de Direito defendido por Habermas não extrai sua legitimidade da soberania do povo, usualmente delegada a representantes, mas sim do poder comunicativo:

Porque o poder comunicativo é o resultado de um consenso público alcançado pela força do argumento, no âmbito de um discurso onde todas as autonomias privadas encontram a forma de uma autonomia pública geradora de legitimação do Estado de Direito. Por isso, a gênese democrática do direito está no poder comunicativo, que é o resultado da discussão pública sob as condições procedimentais ideais do princípio do discurso. É no poder comunicativo, portanto, que o direito e as políticas públicas encontram legitimidade. (SIMIONI, 2007, p. 223).

Em Habermas, é o poder comunicativo que legitima as decisões do legislador, a regulação administrativa e as decisões judiciais, na medida em que dirige ao Judiciário a cobrança por fundamentações adequadas do decidido. Nessa linha, para o paradigma procedimentalista, a concretização do direito constitucional por meio da jurisdição impõe um desafio, na medida em que decisões judiciais não podem desrespeitar o poder comunicativo ou buscar superá-lo:

En lo que concierne a la juridificación de la política, el Tribunal Constitucional desempeña, ciertamente, un desafortunado papel en la medida en que ejerce funciones de una especie de legislador lateral. El Tribunal no debería confundir la Constitución con un 'orden concreto de valores' y en los procedimientos de controle de normas se debería limitar en lo esencial a vigilar que la producción de derecho haya tenido en efecto carácter democrático, es decir, a vigilar que en la producción legislativa se cumplan efectivamente los exigentes presupuestos normativos del proceso democrático. (HABERMAS, 1999, p. 171).

Na perspectiva procedimental, a legitimidade do Direito depende do respeito às condições democráticas na elaboração de normas jurídicas. Por via de consequência, à jurisdição constitucional caberia assegurar que os pressupostos comunicativos que constituem as condições ideais do discurso sejam respeitados, bem como proteger os direitos necessários a possibilitar a autonomia privada e pública dos cidadãos. A atuação dos tribunais se justifica para “tomar precauções para que permaneçam

intactos os ‘canais’ para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza” (HABERMAS, 2003, p. 327).

Sem as condições ideais de discurso, não há escolha livre e racional dos melhores argumentos. O papel da jurisdição é, então, o de *guardiã* da democracia deliberativa, a fim de possibilitar a persistência da mediação entre a realidade constitucional e o ideal republicano (SIMIONI, 2007, p. 209-210). Uma vez asseguradas as condições ideais para o desenvolvimento do discurso, o cidadão teria condições equitativas de vida para se autodeterminar conforme sua própria concepção de vida boa, sem a imposição de uma determinada forma de vida à sociedade. Nessa lógica, portanto, eliminam-se os problemas do alegado paternalismo causado pelo Estado de Bem-Estar Social, tal como se assegura o desenvolvimento das identidades.

Também dentro dessa lógica, “A legitimidade da jurisdição constitucional já faz parte do processo democrático que ela mesma garante”. Portanto, sob a ótica da teoria do discurso, não se encontra fundamentação para a discussão sobre o ativismo ou a autocontenção da atuação judicial (SIMIONI, 2007, p. 210). Para Habermas, o ativismo seria até mesmo exigido normativamente, na forma de uma *jurisprudência constitucional ofensiva*, quando necessário ao procedimento democrático e à formação deliberativa da opinião:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é exigida normativamente (HABERMAS, 2003, p. 346-347).

Por outro lado, entretanto, Habermas reconhece a tensão entre o ideal republicano e a realidade constitucional e defende que o peso dessa tensão, estabilizada pelo Direito e também identificada entre facticidade e validade, não pode recair integralmente sobre os tribunais – até mesmo porque a estabilidade gerada pelo e a legitimidade do Direito pressupõem sintonia com princípios morais, com os quais os cidadãos devem assentir (SIMIONI, 2007, p. 211).

Dito isso, é o discurso político que deve ser conduzido pelo objetivo de encontrar a melhor alternativa aos cidadãos, considerando o contexto tradicional e “no

horizonte de sua forma de vida” (HABERMAS, 2003, p. 349), pois “somente no discurso se torna possível a submissão da vigência social inquestionada do direito a pretensões de validade universais” (SIMIONI, 2007, p. 211).

A jurisdição, por sua vez, para Habermas, não teria as mesmas condições procedimentais-deliberativas pressupostas na prática legislativa, obstando a submissão do direito a pretensões de validade universais e do bem comum dos interesses individuais privados negociados estrategicamente. Assim, aos tribunais faltaria legitimidade para decidir questões relativas à vigência social do direito e ao distanciamento entre o ideal e o real constitucional (SIMIONI, 2007, p. 211). A “justiça e a doutrina jurídica participam de modo privilegiado dessa disputa pela melhor interpretação; porém elas não têm autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público dos cidadãos” (HABERMAS, 2003b, p. 132).

Nesse contexto, o papel jurisdicional é o de selecionar as normas adequadas ao caso concreto, respeitando (e garantindo) a autonomia política da formação legítima do direito. A jurisdição garante a legitimidade do processo democrático e, em um processo circular, também se legitima pela aplicação do direito legítimo cuja criação assegurou (SIMIONI, 2007, p. 212).

Uma vez garantidas as condições para o estabelecimento de um processo democrático justo, a legislação fruto dele não pode ser questionada pelo poder jurisdicional, que não possui hierarquia superior ao poder comunicativo. Com isso, a interpretação construtiva do direito feita pelas cortes, vista como legislação implícita, pode colocar em risco a racionalidade do exercício judicial, bem como a legitimidade do Poder Judiciário. Por tudo isso, cabe às cortes agir com restrições e subordinação ao poder comunicativo, atuando com ativismo apenas para garantir o exercício das condições para o exercício da autonomia política, gérmen do processo democrático (HABERMAS, 2003, p. 183).

Contudo, no exercício da atividade jurisdicional, há inevitável interpretação construtiva do direito, já que presente a “necessidade de constituição do direito para situações concretas, não previstas *ex ante* pelo legislador” (SIMIONI, 2007, p. 215). Conseqüentemente, também existirá um inevitável espaço para a discricionariedade do julgador, pois os discursos de mera aplicação do direito serão insuficientes. Assim, impende-se preencher tal espaço por discursos racionais de fundamentação sobre os

discursos de aplicação do direito, os quais, todavia, só se legitimam perante foros ampliados de crítica jurídica (HABERMAS, 1999, p. 149).

Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas (HABERMAS, 2003b, p. 183-184).

O obstáculo que se tem para a adoção de teorias procedimentalistas em países de modernização tardia é o de que, nestes, o Estado Social foi apenas um simulacro. Tal fato resulta na ausência de muitas condições de vida mínimas, a exemplo do acesso ao ensino e à saúde, sem as quais não se pode cogitar de autonomia dos cidadãos para que possam influenciar na formação de normas jurídicas.

Essa realidade aliada a constituições analíticas faz com que boa parte dos direitos fundamentais ainda clamem por efetivação – fato que aumenta o recurso ao Poder Judiciário, para que resolva o problema da concretização de direitos constitucionalmente previstos, porém não assegurados. Mesmo que esses direitos sejam essenciais à aquisição de autonomia por parte dos indivíduos e, logo, indispensáveis à consolidação democrática na lógica procedimentalista, os juízes não teriam como ordenar indistintamente a efetivação de direitos (dada a limitação orçamentária).

No contexto brasileiro, na qual existe uma ampla gama de direitos ainda pendentes de efetivação para uma significativa parcela da população, a defesa habermasiana do ativismo judicial ofensivo na intenção de assegurar os direitos essenciais à autonomia do cidadão acabaria tornando o ativismo a regra, com o Judiciário assumindo papel central na atribuição de sentido aos direitos. E, apesar do posicionamento habermasiano de que é a justamente a distância entre o ideal e a realidade que gera força normativa, não se consegue imaginar como uma tensão tão grande entre ideal e real não acabe conduzindo a um engajamento cidadão enfraquecido e um dos poderes estatais assumindo grande predominância na definição dos direitos.

Além disso, o procedimentalismo – é importante que se diga – pressupõe um ponto de partida igual (condições equitativas) entre todos os cidadãos, a partir do qual

haveria autonomia pública e privada entre eles. Em países como o Brasil, no qual, consoante dito em capítulo anterior, a desigualdade social é crescente e ainda existem índices baixos de escolarização, evidentemente não se tem o mínimo de condições equitativas para o exercício da vida pública sob a ótica procedimental. No paradigma republicano a cidadania está justamente relacionada a liberdades positivas de participação política – diferentemente do paradigma liberal, que liga a cidadania a liberdades negativas, sem interferência estatal (SIMIONI, 2007, p. 208).

Para que se possa atingir um patamar mínimo de direitos aos cidadãos, patamar que os permita exercer sua autonomia pública, são necessários longos anos de políticas públicas efetivas. Mas, até que se chegue lá, não é possível cegar para a inefetividade das políticas públicas atuais, relegando gerações de excluídos a um limbo de continuidade de exclusão social, enquanto não se atinge a equidade.

É este um dos motivos pelos quais não se pode negar que o Poder Judiciário possui um papel na concretização de direitos constitucionalmente previstos. Fechar essa via importante – e talvez a única de fato efetiva – de assegurar direitos poderia representar a negação de previsões constitucionais a muitos indivíduos.

Apesar de todas as críticas que se podem fazer ao procedimentalismo, um aspecto da teoria merece louvor, especialmente quando se abordam direitos sociais: Habermas percebe o equívoco de se considerar os cidadãos destinatários do direito, de um lado, e o Estado como autor e obrigado a este direito, do lado oposto. Para ele, o cidadão deve ser visto tanto como autor quanto como destinatário do direito, pois, sendo os cidadãos quem arcarão com as consequências fáticas do direito criado, é a eles que cabe sobre o direito.

Dessa lógica decorre uma conclusão que, no atual estado de busca desenfreada pela efetividade de direitos sociais, parece-se esquecer: toda vez que se estendem as prestações sociais asseguradoras de direitos aos destinatários, aumenta-se o ônus com que devem arcar os autores das prestações; todavia, como os cidadãos são, simultaneamente, autores e destinatários de direitos, a extensão de uma proteção a um cidadão ou grupo de cidadãos significa que aumentam os custos que os próprios cidadãos (na condição de autores) devem suportar. E, se não suportam diretamente, o fazem de forma indireta, através do remanejamento de recursos que estavam anteriormente destinados a outra necessidade social ou de outro grupo. Logo, não há um dualismo entre cidadãos e Estado, há sim cidadãos sob o mesmo

“cobertor curto”, o qual, se direcionado para um lado, pode deixar descobertos os demais.

Essa, portanto, considera-se ser a grande contribuição habermasiana para a análise de alternativas ao atual estado de judicialização de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais. Em que pese, no processo judicial, seja difícil visualizar o quadro geral de políticas públicas, focando-se apenas na situação individualizada do cidadão que postula a garantia do direito, é imperioso atingir a consciência de que, toda vez que o Poder Judiciário interfere em uma política em andamento para favorecer determinado sujeito, pode estar agindo em detrimento de outro, pois implica que verbas públicas direcionadas a uma demanda sejam transferidas para atender a ordem judicial.

Diante disso, mostra-se prudente que não sejam tomadas decisões relativas à efetivação de direitos sociais sem que antes se saiba se a efetivação do direito pela via judicial impactará negativamente sobre a efetivação de outros direitos ou sujeitos que não buscaram o socorro do Poder Judiciário. Em caso de impacto negativo, a intervenção judicial só deve ser possível diante da demonstração de que as prioridades estabelecidas administrativamente (o atendimento de um cidadão ou demanda em detrimento de outro(a)) estão equivocadas.

Assim, o procedimentalismo fornece a valiosa contribuição quanto à identidade entre os autores e os destinatários de direitos. Esse entendimento evidencia que a visão segundo a qual o autor das políticas efetivadoras de direitos é o Estado (esquecendo-se que, na verdade, o Estado serve aos cidadãos) trata-se de uma desfiguração que mais traz prejuízos do que benefícios, pois leva à falsa percepção de que é possível exigir cada vez mais do Estado, para cada vez mais incrementar o nível de direitos assegurados aos cidadãos. Na realidade, como os cidadãos são simultaneamente autores e destinatários do direito, eles são também simultaneamente financiadores e beneficiários de suas disposições.

Para além dessa contribuição, existem outras relevantes teorias que negam o “juricentrismo” e podem fornecer aportes alternativos ao atual cenário de excessiva judicialização da política, especialmente quanto a direitos sociais, consoante será desenvolvido na sequência.

3.2.2 O constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático e o minimalismo de Cass Sunstein

O constitucionalismo se refere à existência de uma base estrutural que legitima o poder político, o organiza e o limita, ao mesmo tempo em que resguarda direitos fundamentais e, assim, estabelece como determinada sociedade decide viver. Face à importância do documento constitucional, já que disciplina os aspectos mais básicos da organização social, é comum que haja conflito sobre a sua interpretação e, também, quanto a quem são os legitimados a interpretá-lo (OLSEN; KOZICKI, 2018, p. 37).

Consoante já mencionado anteriormente, é equivocado concluir que a supremacia da Constituição exige a supremacia judicial na sua interpretação. Nesse sentido, existem diversas correntes que rejeitam a noção de que os juízes seriam os únicos intérpretes da Constituição, defendendo que haveria um papel a ser desempenhado por outros atores políticos e, até mesmo, pelo povo de forma direta.

O movimento favorável à “devolução” da Constituição ao povo clama que este também deveria participar da aplicação (e, portanto, da interpretação) constitucional. Funda-se tal ideia na premissa de que a Constituição não é apenas uma norma, mas um documento político destinado ao povo e a seus representantes – o que dispensa a necessidade de que a sua interpretação seja intermediada por operadores do Direito (BRANDÃO, 2017, p. 234).

Assim, em uma sociedade verdadeiramente democrática, não se teria como negar a legitimidade do povo para o exercício do poder de dizer o significado da Constituição, restringindo-o aos representantes judiciais. No entanto, apesar disso, na prática os indivíduos apenas fazem a interpretação constitucional em seu cotidiano, sem chegar a influenciar no significado prevalecente que é atribuído a ela (BARBOSA; ARAUJO, 2018, p. 41).

Conforme Kramer (2004), no século XVIII, os defensores da supremacia judicial e do constitucionalismo popular dividiam espaço, mas a descentralização e a incerteza sobre os meios através dos quais os constitucionalistas populares deveriam manifestar seus clamores fez com que eles perdessem sua posição, que foi sendo uniformemente dominada pelos supremacistas. Todavia, episódios de manifestação ativista e conservadora por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos motivando a

reação de professores de direito progressistas a partir do fim da década de 90¹⁴, fortalecendo a proposta pela (re)democratização da interpretação da Constituição (BRANDÃO, 2017, p. 234).

Essa reação, embora denominada pelo nome único de constitucionalismo popular, não teve feições uniformes, variando significativamente entre autores. Todavia, para os fins do presente estudo, mais do que analisar a fundo as particularidades de cada uma das vertentes, interessa analisar seus fatores comuns, contribuições e críticas.

Gargarella (2006, p. 15-16) se vale de seis critérios comuns existentes nas diferentes teorias do constitucionalismo popular: contrariedade à supremacia judicial; contrariedade à sensibilidade antipopular; defesa da interpretação extrajudicial; crítica quanto aos efeitos do controle judicial; defesa de um “direito fora do direito”; e a defesa da participação popular na construção da democracia.

No que se refere à supremacia judicial, esta, conforme Kramer (2004, p. 250), consiste no grande obstáculo ao avanço do constitucionalismo popular. Ao se estabelecer como exclusivas intérpretes da Constituição, as cortes afastam o povo da atribuição de sentido constitucional – o que não deveria ocorrer, tendo-se em vista que a constituição não se trata de uma lei comum, ordinária, mas sim de documento que deve ser confiado ao povo. Defende-se que “Todos aqueles que vivem a Constituição devem ser responsáveis por interpretá-la” (ASSIS; SILVA, 2018, p. 276).

No entanto, destaca o constitucionalista popular que não se pretende abolir toda forma de controle jurisdicional, mas apenas suprimir o papel central que o Poder Judiciário vem ocupando no processo de atribuição de sentido às constituições. Em vez de assegurar supremacia, retira-se do Judiciário o poder de dar a “última palavra”, permitindo que reações sociais conduzam a mudanças do entendimento das Cortes (KRAMER, 2004).

Com a possibilidade de influenciar o entendimento judicial, o povo seria visto como autoridade, gerando maior grau de responsabilidade e sensibilidade na tomada de decisão pelos tribunais. Todavia, enquanto não se reduz o papel do Judiciário, continua-se a aceitar uma visão juriscêntrica e o envolvimento popular continua diminuto, em prejuízo ao exercício social da cidadania (KRAMER, 2004).

¹⁴ A título exemplificativo, cita-se Mark Tushnet, autor de “Taking the Constitution away from the courts” e Larry Kramer, que escreveu “The Supreme Court, 2000 term – foreword: we the Court” e “The people themselves – popular constitutionalism and judicial review”, cujas obras manifestam

Para resolver o problema da falta de participação popular que alimenta e é alimentada pela supremacia judicial, Kramer (2004) sugere respostas políticas a decisões judiciais, tais como o *impeachment* de juizes, o encolhimento das competências da Suprema Corte ou o descumprimento das decisões que provêm dela. Conforme o autor destaca, a simples disponibilidade destes instrumentos no ordenamento jurídico já estimularia os órgãos judiciais a decidirem com maior responsividade social, a fim de evitarem sofrer o elevado custos desses instrumentos de interferência na atividade do Judiciário. Nessa linha, Brandão (2017, p. 238) destaca que “Boa parte dos países europeus [...] conseguiu equilibrar independência judicial com *judicial accountability*”, indicando que é possível que determinados mecanismos jurídicos estimulem decisões judiciais mais comprometidas com a interpretação constitucional defendida fora das cortes, sem que haja comprometimento da necessária independência dos juizes.

Já para o constitucionalismo democrático, os tribunais não possuem esse papel de minar o debate constitucional popular; muito pelo contrário: as decisões constitucionais controversas são vistas como ponto de partida para o debate democrático acontecer fora das cortes. Assim, essa teoria legitima a atuação judicial ao tratar o desacordo interpretativo como uma condição normal para o desenvolvimento do projeto constitucional.

Em outras palavras, para o constitucionalismo democrático, a controvérsia sobre o alcance constitucional pode promover coesão sob condições de heterogeneidade normativa. Por isso, os defensores dessa doutrina acreditam que formas de judicialização voltadas à resolução de questões morais controversas podem ter, sim, uma dimensão positiva (BUNCHAFT, 2014, p. 125).

Isso ocorre porque existem várias previsões constitucionais que não estabelecem meramente regras de governo, determinando autoritariamente o que precisa ser feito. São previsões relativas a direitos, que deixam aberturas. Essas questões são normalmente afetas a valores como igualdade, liberdade, dignidade, família ou fé, e o sentido dado a cada uma delas expressa o *nomos*. O *nomos* é importante por expressar a identidade nacional, mas, em sociedades altamente heterogêneas tende a ser controverso, já que controversos são também os valores e visões de sociedade boa que permeiam a população (POST; SIEGEL, 2007).

É natural, portanto, que as decisões judiciais abordando tais matérias provoquem resistência popular, já que são tópicos sobre os quais os indivíduos

discordam entre si e, no contexto norte-americano dos defensores do constitucionalismo democrático Post e Siegel, se importam profundamente. Mas, como o desacordo não pode ser evitado, deve ser dada importância aos diversos recursos existentes para domesticar a controvérsia nas formas do direito constitucional. Enquanto grupos continuarem a discutir sobre o significado da constituição, entende-se que eles continuam comprometidos com a ideia de um empreendimento constitucional comum. É esse engajamento público que legitima o *judicial review* (POST; SIEGEL, 2007, p. 7). Assim, a integridade e a coerência devem ser encontradas na - e não a parte da - controvérsia.

Por isso, para o constitucionalismo democrático, é mais importante que o direito constitucional determine *corretamente* o sentido de previsões relativas a direitos, que exigem maior esforço interpretativo, do que simplesmente declare o seu conteúdo (POST; SIEGEL, 2007). Afinal, a controvérsia originada das decisões judiciais gera engajamento social, que, por sua vez, legitima a revisão judicial. Dessa forma, o constitucionalismo democrático não ignora os custos do conflito constitucional, mas reconhece a importância de divergências para o desenvolvimento do direito e reafirma as funções sociais construtivas do desacordo quando houver interação entre as cortes e a sociedade (POST; SIEGEL, 2007, p. 374).

Práticas comuns de debate devem ser compreendidas em seu potencial de gerar convicção e comprometimento. E, considerando a diversidade extraordinária da ordem norte-americana, que pode também ser percebida no contexto brasileiro, defendem os teóricos do constitucionalismo democrático que a única alternativa prática ao desacordo constitucional seria a anomia constitucional (POST; SIEGEL, 2007). Optar pelo minimalismo seria enfraquecer o engajamento deliberativo, que é justamente a causa de legitimidade das instituições e de estabilidade social (POST; SIEGEL, 2007, p. 405).

Enquanto o minimalismo judicial procura diminuir a controvérsia pela evitação, a decisão do caso *Casey* – apontada pelos autores como exemplo claro do quanto é mais recomendável abordar os dois lados da controvérsia, em vez de proferir decisões superficiais – buscou abrir canais para o desacordo pelo conhecimento e permitiu à Corte responder aos dois lados da disputa, mostrando um Direito Constitucional em que cada lado encontra reconhecimento.

A decisão representa, na visão de Post e Siegel, como o sistema constitucional pode negociar a tensão entre independência judicial e legitimação democrática, sendo

mais eficiente enfrentar diretamente a controvérsia moral do que a evitar (POST; SIEGEL, 2007, p. 429-430). Mais do que isso, o caso demonstraria como a apreciação judicial e o desacordo não são incompatíveis, como a substância do direito constitucional nasce da controvérsia política.

Além disso, os direitos constitucionais garantidos judicialmente desempenham um papel ímpar, incapaz de ser substituído pelo posicionamento popular, como querem os constitucionalistas populares. Ao invés disso, o constitucionalismo democrático também visa à retirada do foco juriscêntrico, mas aposta no engajamento social e nas trocas com este como legitimadores do Poder Judiciário (POST; SIEGEL, 2007, p. 7). Em razão disso, entendem os defensores do constitucionalismo democrático que “a jurisdição constitucional seria uma instituição genuinamente democrática” (ASSIS; SILVA, 2018, p. 279).

Então, o constitucionalismo democrático foca no papel essencial que o engajamento público desempenha em guiar e legitimar as instituições e as práticas de revisão judicial; defende que os julgamentos constitucionais baseados na racionalidade jurídica profissional apenas serão democraticamente legítimos se a racionalidade profissional estiver enraizada em valores e ideais populares. Se houver um distanciamento significativo e persistente entre o que as cortes e o que o povo entende sobre a Constituição, pode haver ameaça à sua legitimação democrática (POST; SIEGEL, 2007).

Apesar disso, o constitucionalismo democrático, repita-se, não defende a fuga da controvérsia. Contrariamente ao minimalismo de Sunstein, que visa a evitar conflito, o constitucionalismo democrático sugere que tal postura de evitação não deve se tornar uma restrição central na análise judicial, truncando o melhor entendimento profissional de um juiz (POST; SIEGEL, 2007). Nesse contexto, para Post e Siegel (2007, p. 382) o *backlash*¹⁵ é visto como o desejo popular de influenciar na interpretação constitucional e permite que movimentos populares se apropriem de “significados constitucionais” na pretensão de concretização de direitos.

¹⁵ O *backlash* ou refluxo é definido pelo Dicionário Cambridge (BACKLASH, c2021) como “um sentimento forte entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou na política” (tradução nossa). Na acepção mais politizada, designa forças contrárias desencadeadas pela ameaça de mudanças no *status quo*. Pode ser definido como a reação de grupos que estão declinando em senso de importância, influência e poder como resultado de uma mudança endêmica na sociedade. O movimento das mulheres, por exemplo, gerou um *backlash* daqueles que se sentiram ameaçados pela evolução do papel das mulheres no ambiente de trabalho e pela sua luta por direitos iguais. (POST; SIEGEL, 2007).

Todavia, os autores admitem a existência de minorias estigmatizadas e excluídas do processo político majoritário, as quais teriam pouca influência no debate. Caberia ao Judiciário, então, resguardar os direitos fundamentais de pessoas nessa situação (POST; SIEGEL, 2007, p. 390).

Post e Siegel (2007) também defendem a prática da contestação normativa, que procura transformar os valores que permeiam a interpretação constitucional. Assim, o constitucionalismo democrático sugere que julgamentos constitucionais baseados no raciocínio jurídico aplicado à concretização de direitos adquirem legitimidade democrática quando arraigados em valores e ideais dos cidadãos, de modo que seja “possível inspirar novos valores constitucionais que são capazes de transformar a sociedade” (BUNCHAFT, 2014, p. 126). Os movimentos sociais, mediante atuação dinâmica, suscitam “novas interpretações sobre a aplicação de princípios constitucionais, de forma a impulsionar transformações nos processos de interpretação constitucional” (BUNCHAFT, 2014, p. 149-150).

É imperativo destacar que quando a contestação dos movimentos é bem sucedida, o sentido social de princípios constitucionais e das práticas que eles regulam pode ser alterado (BALKIN; SIEGEL, 2006, p. 929). E permitir que demandas sociais influenciem o significado da Constituição nada tem de antidemocrático. Pelo contrário, consoante Bunchaft (2014, p. 147-148), as interpretações diversas estabelecidas pelos cidadãos acerca dos sentidos constitucionais são apenas reflexo da função construtiva do desacordo, o qual o Judiciário teria legitimidade para administrar, com o uso de argumentos jurídicos racionais.

Assim, o constitucionalismo democrático “assegura a atuação do governo representativo, dos cidadãos mobilizados e dos movimentos sociais na garantia da efetividade da constituição, defendendo o papel dos tribunais em resgatar o raciocínio jurídico para a interpretação” da Constituição (BUNCHAFT; LIMBERGER; CRISTIANETTI, 2016, p. 996).

O constitucionalismo democrático sugere que também o *backlash* pode ser uma das muitas práticas de contestação normativa para influenciar o direito constitucional, embora reconheça não ser tarefa fácil encontrar meios de incorporar os clamores populares e, ao mesmo tempo, manter a integridade da lei e da Constituição (POST; SIEGEL, 2007).

Com efeito, teorias minimalistas como a de Cass Sunstein somente se mostram adequadas em um contexto ainda idealizado, no qual o processo democrático já tenha

cumprido seu papel inclusivo (BUNCHAFT, 2014, p. 149). Em demais cenários, o minimalismo retira os progressistas da corrida política em busca da atribuição de sentidos à Constituição (POST; SIEGEL, 2007).

Porém, uma das principais razões identificadas por Post e Siegel (2007, p. 373-374) para a reação contrária à supremacia judicial e à ampla atuação dos tribunais, com a judicialização de praticamente todas as matérias da vida social, é que um Poder Judiciário ativo pode provocar um *backlash* político e cultural que pode mais prejudicar do que auxiliar.

Dada a proporção do *backlash* conservador, surgiu no Estados Unidos uma linha progressista, que defende como melhor tática não realizar nenhuma ação que possa provocar ressentimentos populares. Partiu-se, assim, do extremo da confiança excessiva nas cortes para a absoluta desconfiança (POST; SIEGEL, 2007) – esta representada pelo minimalismo judicial.

Nesse sentido, Cass R. Sunstein, contrário ao constitucionalismo democrático, entende que a Constituição não pode ser apenas o que os tribunais dizem que ela é. No mesmo sentido do que sustentam os constitucionalistas populares, afirma Sunstein que a posição central ocupada pelo Judiciário reduz a mobilização do exercício cidadão (SUNSTEIN, 1993).

Pode-se dizer que Sunstein segue corrente similar à inaugurada por Alexander Bickel (1962). Uma das preocupações externadas por Bickel é a de que os tribunais exerçam sua capacidade institucional singular, consistente em defender a dimensão de princípio, sem, todavia, impor decisões que sufoquem o debate político que deve ser promovido pelas legislaturas (BICKEL, 1962, p. 69).

Tanto para Bickel tanto quanto para Sunstein, os tribunais devem exercer suas “virtudes passivas”, limitando-se a anunciar as presunções mais evidentes de inconstitucionalidade e, nas demais situações, fazer uso construtivo do silêncio (SUNSTEIN, 1999, p. 10). Bickel ressalta que não existem apenas duas opções aos julgadores – referendar a norma e mandar cumpri-la ou então declará-la inconstitucional – mas também uma terceira via, consistente na manifestação das virtudes passivas. Nesses casos, evitar decidir estimularia o debate com outros poderes e com a sociedade, colocando o Judiciário no papel de *professor da cidadania* (BICKEL, 1962, p. 188).

Especialmente as matérias polêmicas, que geram divisão de posicionamentos na sociedade, devem ser decididas através de deliberação democrática – não pelos

juízes. Somente após uma acomodação estável das mudanças sociais, o tribunal, sensível a elas, proferiria decisão de acordo. Assim, o minimalismo defende o ato decisório como exceção e o exercício das virtudes passivas (deixando o debate para outras esferas) como regra.

Ainda de acordo com o que defende Cass Sunstein, as cortes devem proferir decisões restritas, não julgamentos extensivos dos quais a nação possa futuramente se arrepender; deve-se decidir estritamente o caso que se tem em mãos, evitando-se atingir questões que desbordam do caso concreto (“estreiteza”), a não ser que se tenha o dever de decidi-los, preferindo-se decisões superficiais a decisões profundas (“superficialidade”):

Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo. (SUNSTEIN, 1999, p. 5).

A superficialidade das decisões judiciais deve se manifestar na busca pela produção de acordos teorizados incompletos ou parcialmente teorizados. Os acordos parcialmente teorizados consistem em “fenômeno social que permite aos indivíduos desenvolverem estruturas para decisão apesar de desacordos de larga escala” (BUNCHAFT; LIMBERGER; CRISTIANETTI, 2016, p. 992). Dentre suas inúmeras vantagens, esses acordos permitem que as pessoas demonstrem amplo grau de respeito umas às outras, ignorando suas discordâncias quanto a aspectos específicos. É que, segundo defende Sunstein, por mais que frequentemente indivíduos discordem entre si sobre casos particulares e teorias gerais, há princípios intermediários com os quais todos os envolvidos concordarão. E os direitos de bem-estar social devem ser vistos, nessa lógica, também como acordos, voltados que são a propiciar melhor interação no ambiente da sociedade como um todo:

A questão, no entanto, não é fazer a apologia de uma reforma em particular, mas assumir o ponto de vista implicado numa compreensão do custo dos direitos: os direitos de bem-estar social devem seguir o modelo dos direitos clássicos; devem ser serviços públicos, investimentos seletivos e acordos sociais destinados a estimular a

cooperação e estabilizar a interação produtiva entre todas as facções étnicas (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 208).

Para Holmes e Sunstein, os acordos relativos a direitos sociais, assim como os das demais categorias de direitos, variam ao longo do tempo porque a sua garantia depende de recursos públicos disponíveis e de sua aplicação, que igualmente podem variar ao longo do tempo:

Levar em consideração o custo dos direitos, portanto, é pensar mais ou menos como uma autoridade do governo que se pergunta como distribuir recursos limitados de modo inteligente, sempre em vista de uma larga gama de bens públicos. Os direitos jurídicos têm um “custo de oportunidade”: quando são impostos, outros bens valiosos (inclusive outros direitos) têm de ser deixados de lado, pois os recursos consumidos na imposição dos direitos são escassos – não são superabundantes. A questão é sempre a seguinte: será que não seria mais sensato dispende os recursos públicos de outra maneira? (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 217-218)

Assim, a redução de recursos pode fazer com que só haja acordo parcial em relação aos direitos mais básicos e prioritários, enquanto a maior disponibilidade financeira pode permitir que o acordo parcialmente teorizado abranja um nível maior de direitos a serem garantidos pelo Estado. Mas, como o minimalismo trata o conflito como uma ameaça à coesão social e à legitimação, “quando juízes resguardam direitos constitucionais, eles têm o dever de considerar o impacto de suas decisões sobre a política democrática” (BUNCHAFT; LIMBERGER; CRISTIANETTI, 2016, p. 994), e evitar certas formas de conflito constitucional. Ou seja, sob a perspectiva minimalista, o impacto orçamentário deve ser considerado na tomada de decisão judicial, de forma que não se garanta a satisfação de um direito considerado incompatível com a disponibilidade financeira do Estado conforme os parâmetros dos acordos teorizados sobre a questão.

No aspecto, Bickel considera que compromissos constitucionais (como são a grande maioria dos direitos sociais, por serem normas cuja plena efetivação depende de um programa a ser estabelecido e perseguido ao longo do tempo) podem ser necessários. Nesse cenário, ao julgador não caberia decidir pela legitimidade da norma ou por sua inviabilidade, senão exercer suas virtudes passivas e deixar a questão não decidida. Destaca-se que, na visão do autor, essa postura não reduziria

a efetividade do princípio, mas apenas o adequaria ao grau de factibilidade do momento¹⁶ (BICKEL, 1962, p. 96).

Ainda, o próprio Cass Sunstein refere que só se pode saber se os investimentos foram bons se se souber de que outro modo os escassos recursos públicos poderiam ser aplicados (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 224). Todavia, reconhecendo-se a incapacidade institucional do Poder Judiciário para avaliar o orçamento público e referendar decisões políticas do Executivo quanto à melhor alocação de verbas públicas, a conclusão inevitável é a de que, para Sunstein, as avaliações referentes aos “acordos” de direitos acabariam ficando longe das cortes¹⁷.

Há quem defenda – não sem razão – que teorias minimalistas como a de Sunstein somente se mostram adequadas em um contexto ainda idealizado, no qual o processo democrático já tenha cumprido seu papel inclusivo (BUNCHAFT, 2014, p. 149). Para essa vertente, seria um erro imaginar que a relação entre a apreciação judicial e a democracia significa que o crescimento de um necessariamente implica a redução do outro, conforme defendido pela vertente minimalista.

Igualmente, critica-se que não há como sustentar que o processo de tomada de decisão seria incompatível com o engajamento democrático, na medida em que desacordos morais são intrínsecos ao desenvolvimento do direito constitucional (POST; SIEGEL, 2007). Na verdade, a “teoria minimalista acaba enfraquecendo as próprias práticas de engajamento democrático que o Constitucionalismo Democrático compreende como fontes de estabilidade social” (BUNCHAFT; LIMBERGER; CRISTIANETTI, 2016, p. 998).

Ainda, para os autores que defendem o constitucionalismo democrático, há casos em que a controvérsia é inevitável, pois mesmo a postura passiva defendida

¹⁶ Nas palavras de Alexander Bickel (1962, p. 96), “A efetividade do princípio não é menor porque somos autorizados a admitir que não vivemos de acordo com ele quando realmente não vivemos” (Tradução nossa).

¹⁷ Ainda nas palavras do professor de Harvard: “Para começar, a consciência do custo da imposição de direitos propõe um grave desafio ao poder judiciário, pois nos obriga a dar atenção a um amplo leque de temas que impõem exigências ao orçamento público, ao passo que os juízes tratam sempre de uma controvérsia particular, definida de modo estrito. Sem dar atenção aos possíveis usos alternativos do dinheiro dos contribuintes – que por definição é escasso, ou seja, não é suficiente para atender a todas as necessidades públicas sem exceção –, os juízes norte-americanos costumam obrigar as administrações de grandes cidades a pagar milhões de dólares por ano em indenizações de responsabilidade civil. Será esse um modo democrático e moralmente responsável de gastar recursos públicos escassos? Por que esse dinheiro não deve ser gasto em educação pública ou saúde pública? [...] Nesse sentido, como a lei confia aos juízes a tarefa de proteger direitos custosos, os estudiosos da atividade judicial não podem ignorar essa questão do custo dos direitos” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 218-219).

por Sunstein pode ser uma afronta àqueles que esperam da Corte uma postura ativa na garantia de direitos. Para eles, a proteção judicial, mesmo que cause controvérsias, será justificada quando os valores em jogo forem suficientemente importantes. E nessa ótica a controvérsia pode até mesmo gerar efeitos positivos. Ora, cidadãos que se opõem às decisões de tribunais são politicamente ativos, compromissados com a relevância do significado da Constituição. Esses indivíduos buscam persuadir outras pessoas a compreenderem o seu entendimento, levando os demais a também se engajarem e, nesse processo, identificarem-se uns com os outros.

Todavia, ao menos no que se refere aos direitos sociais na realidade brasileira, essas críticas ao minimalismo não parecem plausíveis. Já se mencionou a existência de estudo que comprova que a judicialização de direitos sociais tem crescido em velocidade bem maior do que a judicialização das demais matérias. E tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os tribunais e, especialmente, os juízes de primeiro grau não costumam adotar decisões minimalistas ou praticar a autocontenção na matéria. Pelo contrário, no que se refere a direitos prestacionais, “o Supremo Tribunal Federal tem imposto ao Estado a realização de condutas positivas corrigindo ou mesmo substituindo essas condutas” (CAMPOS, 2014, p. 327). Conforme Daniel Sarmiento (2008, p. 553), o “Brasil é hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos [sociais e econômicos]”. Contudo, a excessiva judicialização da matéria não parece ter tido influências significativas na ampliação do debate democrático em torno da matéria.

Os níveis de engajamento popular no assunto dos direitos de segunda dimensão parecem não ter aumentado, enquanto, por outro lado, aumenta cada vez o recurso ao Judiciário para que direitos fundamentais sejam concretizados; acredita-se mais no Judiciário do que em qualquer um dos outros Poderes. Em suma, a experiência brasileira não está colhendo os frutos que, conforme apontado por Post e Siegel, adviriam da controvérsia constitucional levada ao debate nos tribunais. Logo, não parece procedente a crítica de que o minimalismo enfraqueceria o engajamento democrático. Ao que tudo indica, a postura quase paternalista adotada pelos tribunais, de procurar garantir os direitos de sua população a todo custo independentemente do estabelecimento de um debate verdadeiramente democrático, também o faz.

Dito isso, percebe-se que há inúmeras vertentes doutrinárias que defendem a possibilidade de se afastar de uma postura juriscêntrica e baseada na supremacia judicial, onde a última palavra provém sempre dos tribunais. Trata-se de teorias que

não podem ser simplesmente transplantadas para a realidade brasileira, pois pensadas em contextos diferentes do nacional. Todavia, todas elas apresentam contribuições valiosas para que se possa teorizar sobre a possibilidade de “um caminho do meio” entre a inefetividade de direitos pela inação dos poderes políticos e a sua judicialização excessiva, a qual também não resolve plenamente o problema da efetividade.

O procedimentalismo habermasiano elucida a falácia do dualismo entre cidadãos e Estado, que se estabelece sempre que se pleiteia algum direito. Na verdade, sendo o Estado a instituição que existe por e para os cidadãos, todos os direitos postulados em face do Estado são pleiteados por um cidadão em face dos demais. Enxergar os cidadãos como sendo, simultaneamente, autores e destinatários de direito permite compreender que toda a expansão de direitos só pode ser determinada analisando o quadro geral, pois acarretará custos adicionais ou a redução de outros direitos para outro grupo de cidadãos. E esse é um aspecto que costuma ser desconsiderado em processos judiciais individuais que abordam a concretização de direitos sociais. Nestes, a decisão do juiz acaba sendo proferida quase às cegas, buscando-se reforçar o direito de um autor, mas sem saber qual direito de qual titular precisará ser sacrificado para que o autor seja atendido.

O constitucionalismo popular traz a noção de que a supremacia judicial afasta o povo da atribuição de sentido à Constituição, o que pode explicar a constância do estado de distanciamento da população brasileira em relação ao debate político. Ademais, contribui com a ideia de que a simples previsão de mecanismos de *accountability*, ainda que não se faça uso frequente deles, pode estimular decisões mais coesas com a interpretação judicial que vem de fora das cortes.

Já o constitucionalismo democrático apresenta dois papéis de inestimável importância que podem ser assumidos pelas cortes e não seriam supridos pela atuação de outros Poderes: o de engajar cidadãos, equilibrando a tensão entre independência judicial e legitimação democrática, através de julgamentos enraizados em valores extrajudiciais; e a proteção de minorias, que não possuem voz no debate e, portanto, não têm força suficiente para influenciar o significado constitucional. Transpondo-se essas conclusões especificamente para a questão dos direitos sociais, pode-se concluir que é possível superar o atual estado passivo com que os cidadãos demandam prestações sociais pela via judicial, porém sem se engajar de qualquer forma no debate sobre o significado constitucional. Ainda, extrai-se que, embora se

admitam outros participantes na definição do sentido dos direitos, o Judiciário continuará tendo uma função exclusiva e insubstituível para apreciar normas em conflito e, se for o caso, assegurar a proteção de direitos de pessoas em situações singulares, que não estejam sendo suficientemente protegidos pela política pública geral aplicada pelo executivo.

Por seu turno, do minimalismo judicial se depreende que o Judiciário evitar decidir, ao contrário do que é defendido pelo constitucionalismo democrático, pode estimular o debate com os outros poderes e com a sociedade, além de evitar que os juízes supram a ausência dos poderes políticos que, muitas vezes, optam deliberadamente por se omitirem de escolhas complexas, a fim de não perderem apoio eleitoral. Também é possível acolher a contribuição minimalista de que compromissos constitucionais para o futuro são necessários, dada a inviabilidade fática de implementá-los todos automaticamente, mas nem por isso se deve negar eficácia a esses compromissos. Por fim, cabe ressaltar o destaque feito por Holmes e Sunstein sobre a revisão judicial das prioridades administrativas: como só se pode saber se a alocação de verbas públicas foi ruim se se souber de que outra forma elas poderiam ser gastas e o processo judicial não permite essa visão do todo, do quadro geral das políticas públicas, a concepção atual do processo sobre direitos sociais torna os juízes institucionalmente incapazes para decidirem sobre a inviabilidade de determinada escolha prestacional feita pelo Executivo e para determinarem que outra seja feita em seu lugar – salvo, evidentemente, casos que desbordem dos limites da legalidade.

A partir dessas constatações, reforça-se o entendimento de que os diálogos institucionais seriam medidas aptas a contribuir ao processo judicial de direitos sociais, na medida em que permitiriam que a decisão fosse fruto de um consenso alcançado e construído entre Judiciário e Executivo, valendo-se da capacidade institucional deste para visualizar o quadro geral das políticas públicas e daquele para analisar violações de direitos no caso concreto. Afinal, as teorias dialógicas

propõem que o sentido do ordenamento constitucional deve ser resultado de um diálogo entre os tribunais e os demais atores institucionais, remetendo a uma interlocução entre as Cortes e outras instituições políticas e sociais no que toca à identificação do significado da Constituição (HACHEM, 2018, p. 10).

Com sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro, é possível que se solucione o afastamento de outras instituições do processo de atribuição de sentido constitucional, que é provocado pela supremacia judicial, bem como que haja um forte estímulo a decisões deferentes à interpretação que vem de fora das cortes. Da mesma forma, vislumbra-se que tal teoria poderia manter equilibrada a tensão entre independência judicial (pois não coage o Judiciário) e legitimação democrática (porquanto as decisões judiciais seriam tomadas com superação das incapacidades institucionais judiciais através da comunicação com outras instituições), mas não haveria supressão do relevante pape judicial de proteção de minorias.

As contribuições que as teorias dialógicas podem trazer ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange à resolução de demandas judiciais em que se postula a efetivação de direitos sociais, serão desenvolvidas no capítulo que segue.

4 TEORIA E PRÁTICA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Daí a importância de saber ouvir os outros: a beleza mora lá também. Comunhão é quando a beleza do outro e a beleza da gente se juntam num contraponto. Ouçamos os clamores dos famintos e dos despossuídos de humanidade que teimamos a não ver nem ouvir. É tempo de renovar, se mais não fosse, a nós mesmos e assim nos tornarmos seres humanos melhores, para o bem de cada um de nós (ALVES, 2012, p. 65).

Na crônica em epígrafe, Rubem Alves alertou para a importância excessiva concedida à oratória, ao passo que não se dedica a mesma energia ao ato de ouvir, por ele chamado de escutatória. De fato, não se pode falar em diálogo se as partes envolvidas não forem interlocutoras uma das outras, mas apenas oradoras do seu próprio discurso.

Conrado Hübner Mendes (2008, p. 97) já ressaltou a importância do diálogo para a política e as instituições do Estado, ao afirmar que a prática “Denota uma relação horizontal e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade”.

Apesar dos benefícios intrínsecos ao diálogo, percebidos no interior de praticamente toda instituição, não é comum que haja diálogo *entre* instituições. No cotidiano do Poder Judiciário, essa realidade é perceptível. A supremacia judicial e a judicialização da política lhe conferiram um prestígio inédito. Mas é desse prestígio e da expansão do poder judicial que decorre o risco de que os julgadores sejam transformados em meros oradores, locutores de discursos desinteressados no que o outro tem a dizer, pois convencidos de que têm os melhores palpites¹⁸.

No entanto, apesar de todas as críticas que possam ser feitas à atuação judicial, numa sociedade como a brasileira, de democracia frágil e juvenil, em que não se logrou êxito nem sequer tardiamente em cumprir as promessas da modernidade, é de se imaginar que haveria prejuízos ao se afastarem decisões políticas da esfera de

¹⁸ É sempre pertinente lembrar a célebre frase de Robert Jackson, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, que referiu que “Nós [os juízes] não somos os últimos porque somos infalíveis, mas somos infalíveis apenas porque somos os últimos” (UNITED STATES OF AMERICA, 1953). A frase sintetiza a ideia de que a última palavra proferida pelo Judiciário é apenas circunstancial, consequência inevitável da inexistência de uma corte superior à Suprema Corte, que possa revisar as decisões desta. Ao contrário do usualmente aceito, a reflexão expõe que as cortes judiciais não possuem capacidades institucionais excepcionais para solucionar as controvérsias que chegam até si. O seu poder de solucionar a controvérsia, então, decorre menos de suas capacidades para proferir uma decisão adequada que será incontroversa e definitiva do que de um sistema que preconiza ou aceita a palavra das cortes como final.

sindicabilidade do Judiciário. Afinal, como já ressaltado, é este o poder mais responsivo às demandas sociais e aquele no qual a sociedade brasileira deposita maior confiança (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2019, p. 7).

É evidente que, se a Constituição da República possui algum valor, a atuação política não pode se distanciar de seu teor, sendo evidente a necessidade de controle de atos que fujam da esfera de constitucionalidade. E, em uma sociedade democrática na qual tanto Executivo quanto Legislativo se distanciaram das demandas da população, os questionamentos sobre a efetivação de direitos constitucionais continuarão chegando ao Poder Judiciário. Também em razão da adjetivação de democrático do Estado que se tem, os questionamentos judiciais devem ser respondidos de forma adequada e satisfatória – e isso implica não se esquivar quando chamado a corrigir decisões políticas que destoam dos objetivos constitucionalmente previstos, mas também não interferir em políticas públicas em andamento de forma a prejudicá-las em seu alcance ou comprometer sua efetividade.

Todavia, enquanto, para se chegar a uma resposta adequada ou correta, as teorias interpretativas defendem o uso de critérios hermenêuticos, existem teorias dialógicas, as quais entendem que o significado da Constituição depende do processo institucional envolvido na decisão através do qual ela é produzida (BATEUP, 2006, p. 1118, tradução nossa)¹⁹. Seguindo-se essa última abordagem, defende-se que pode haver a redução de alguns problemas decorrentes da supremacia judicial, como a falta de legitimidade das decisões proferidas pelo juiz em detrimento da vontade externada por legisladores eleitos, além da redução dos problemas decorrentes da incapacidade institucionais dos tribunais para atuarem em determinados assuntos.

Em matéria de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais, a questão é ainda mais delicada uma vez que a intervenção judicial implica a realocação de verbas públicas – o que certamente não pode ser feito sem o máximo de cautela, em razão do risco de prejudicar potenciais beneficiários de políticas públicas. Ademais, embora seja comum acreditar que a única maneira de decidir perante direitos constitucionalmente assegurados seja reforçando-os e promovendo sua efetividade,

¹⁹ “In contrast to theories of interpretation, which propose interpretative criteria that judges should use in constitutional cases, dialogue theories focus on the institutional process through which decision about constitutional meaning are made, suggesting that this involve the shared elaboration of constitutional meaning between the judiciary and other actors”.

na prática pode ser difícil determinar em que extensão direitos devem ser protegidos. Afinal, qual é o conteúdo do direito à saúde? Deve abranger todo e qualquer medicamento, terapia e procedimento recomendado para o restabelecimento da saúde de um determinado indivíduo? Mesmo que o seu custo seja muito alto? E, se não houver comprovação científica suficiente da eficácia de certa prática terapêutica, deve prevalecer o direito à saúde, impondo que sejam despendidos todos os esforços possíveis para manter ou resgatar a saúde dos cidadãos? E o direito à educação, como se consubstancia? Deve-se focar em assegurar o acesso de todos os cidadãos aos níveis mais básicos do ensino ou é preferível que esse apenas seja assegurado aos mais necessitados e, assim, possa-se também investir nos níveis mais elevados de ensino, como graduação e pós-graduação?

É comum que as respostas a essas perguntas não sejam uniformes. Todavia, frequentemente chegam ao Judiciário ações judiciais nas quais se postula uma certa medida, como meio de proteger determinado direito da parte. Aí caberá ao julgador determinar se a extensão do direito alegado contempla o direito suscitado pelo autor da demanda. Mas seriam os juízes os mais aptos a interpretar a Constituição e interpretar qual a extensão dos direitos fundamentais? Para Keith Whittington, não:

[...] o conteúdo e o escopo apropriado dos direitos pode ser uma decisão política, e a metáfora dos 'trunfos' pode obscurecer o fato de que nem todo mundo concorda quanto a o que é qualificado como uma violação de direitos. No contexto da discordância razoável, parece mais apropriado permitir larga participação na decisão sobre o conteúdo dos princípios do que remover a decisão para uma instituição de elite que irá procurar impor suas regras sobre, ou contra, as pessoas em geral (WHITTINGTON, 2002, p. 845-846).

Conforme bem observa Whittington (2002, p. 846), matérias de princípio (como são as de direito) devem ser reconhecidas igualmente como matérias de direito e matérias de política. Logo, conjugando-se as incapacidades institucionais do Judiciário para, sozinho, analisar políticas públicas com a impossibilidade de retirar deste Poder a sindicabilidade de decisões políticas e com a dificuldade de obter uma decisão democrática unicamente através da manifestação dos juízes, pretende-se chegar a uma conclusão sobre a hipótese do presente estudo, ou seja, em que medida os Poderes Judiciário e Executivo, em situação de diálogo institucional, podem tomar melhores decisões no que se refere à concretização de direitos sociais e políticas públicas do que se adotassem ações separadas.

Conforme Clève e Lorenzetto (2015, p. 189):

Em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter *parcialmente* definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço.

Diante disso, constata-se a plausibilidade de se apostar nos diálogos institucionais para uma melhor concretização dos direitos sociais, uma vez que é medida tendente a reduzir a incapacidade institucional do Poder Judiciário para apreciar a matéria, potencializando a sua aptidão para, em situação de diálogo, tomar mais adequadas decisões.

4.1 Diálogos institucionais na teoria

Pode-se dizer que as teorias dialógicas surgiram como um meio termo ou uma terceira via entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa. Sua origem é relacionada aos países de tradição parlamentar, os quais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, buscavam mecanismos de assegurar a proteção de direitos fundamentais (pelo Judiciário), mas não pretendiam perder sua tradicional política de soberania do legislativo (FERREIRA, 2014, p. 100).

Essas teorias nasceram, assim, da insuficiência de alternativas à atuação judicial como meio para tutelar direitos fundamentais, especialmente os de titularidade de minorias, mas incorporaram as severas e intensas críticas proferidas à supremacia dos tribunais. Por outro lado, essas teorias também emergiram como uma oposição à supremacia legislativa, segundo a qual a regra da maioria, praticada por representantes eleitos pela população, seria a única forma de respeito ao imperativo moral da igualdade e garantiria a acomodação de extremos²⁰. A crítica à supremacia

²⁰ Conrado Hübner Mendes (2008) sintetizou os principais argumentos favoráveis à supremacia legislativa. Dentre eles, pode-se referir a alegada capacidade do parlamento para acomodar diferenças, em vez de polarizá-las: "O parlamento tem, numa escala incomparável em relação à corte, capacidade de coletar informações, obter avaliações técnicas de todos os pontos de vista, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos. Não está preso a uma lógica adversarial, e por isso lida com conflitos policêntricos

legislativa reside, principalmente, no risco de desrespeito às minorias, já que se trabalha predominantemente com votações majoritárias.

Assim, as teorias dialógicas constituem-se em arranjos alternativos que buscam conciliar constitucionalismo judicial com democracia, contrapondo-se às supremacias judicial e legislativa. Dessa forma, o diálogo busca reduzir a dificuldade contramajoritária²¹ dos tribunais, já que confere maior legitimidade popular a decisões judiciais, bem como busca assegurar limites à atuação predominantemente majoritária das legislaturas.

Ao mesmo tempo em que negam a supremacia de um poder sobre o outro, os diálogos institucionais buscam superar a engessada separação entre eles. Isso porque questões controvertidas, em vez de decididas exclusivamente ou com última palavra apenas do Judiciário, passam a ser resolvidas também pelo Legislativo, pelo Executivo e inclusive pela sociedade (ASSIS; SILVA, 2018, p. 283-284).

No caso de direitos sociais, matéria em que facilmente se constata a atuação judicial reiterada, a adoção de diálogos constitucionais retiraria do Judiciário a centralidade na defesa e concretização de direitos. Nesse sentido, não é demais lembrar que recaem críticas contundentes sobre o poder judicial de determinar, afinal, o que significam e qual a extensão dos direitos constitucionalmente previstos. “A natureza indeterminada dos direitos conduz a um desacordo – sutil, mas razoável – sobre como os direitos deveriam ser concebidos, aplicados em contextos específicos, e sobre que outros valores poderiam trunfar sobre eles”. Todavia, não existe razão para que o Poder Judiciário seja o único apto a dar a última palavra sobre esses desacordos, havendo importantes defensores da tese de que tais questões deveriam ser resolvidas através de um processo de deliberação mais democrático e mais inclusivo (BATEUP, 2006, p. 1115, tradução nossa)²².

de maneira mais eficaz. Considera os direitos fundamentais dentro da gama diversificada de ponderações necessárias de uma política pública” (MENDES, 2008, p. 83).

²¹ A dificuldade contramajoritária é denominação criada por Alexander Bickel para caracterizar a situação em que um tribunal, constituído por juízes não eleitos, afasta a interpretação da Constituição feita por agentes políticos democraticamente eleitos, se sobrepondo, portanto, a estes. A expressão apareceu na primeira edição do livro *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, de 1962 (BARROSO, 2018, p. 155).

²² “This is because the interpretation of constitutional rights leads to pervasive yet reasonable disagreement about how right should be conceived, how they should be applied in specific contexts, and what other values, if any, ought to trump them.[...] As a result, many now question why judges should be allowed to make final and binding decision about the force or meaning of rights, or whether such questions should instead be left to more democratic and inclusive processes for deliberation and resolution”.

Daí a plausibilidade de se apostar nos diálogos institucionais como práticas a serem adotadas no transcurso do processo judicial sobre efetivação de direitos sociais, como mecanismo para permitir maior participação dos atores políticos na definição da extensão destes direitos. O diálogo entre Judiciário e Executivo reduziria a dificuldade contramajoritária da decisão judicial, tal qual impactaria em decisões judiciais mais coerentes com o limitado orçamento, sem que houvesse interferência indevida de um poder sobre o outro, mas uma espécie de acordo na conformação da política pública, considerando-se tanto os conhecimentos e limitações do Executivo quanto a aptidão do Judiciário para atuar em violações de direitos.

Em revisão sistemática de literatura sobre a judicialização do direito à saúde (ANJOS; RIBEIRO; MORAIS, 2021, p. 124), foram identificadas notáveis vantagens advindas da articulação entre os setores judiciário e do sistema de saúde, dentre as quais se destacam:

ganhos de maturidade institucional intersetorial; compartilhamento de saberes técnico-científicos; agilidade na fruição do direito à saúde e no acesso à justiça; melhoria do sistema de saúde no âmbito local e macro; redução das ações judiciais em saúde; e mitigação do fenômeno da judicialização da saúde.

Sabe-se que as teorias dialógicas nasceram da tensão entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa, como forma de pacificar a disputa sobre quem, afinal, possui a última palavra: as decisões judiciais ou a eventual superação do teor dessas decisões pelo parlamento, por meio da reação legislativa. Como o executivo “nunca foi considerado um candidato para última palavra em questões de direitos fundamentais” (MENDES, 2008, p. 97) é usual que as teorias dialógicas o desconsiderem. Entretanto, a pretensão desenvolvida no presente capítulo passa por analisar a viabilidade de incluir o Executivo nos diálogos institucionais, reconhecendo que, como executor de políticas públicas, o Executivo possui papel na conformação da realidade de direitos constitucionais.

Não se descarta a importância de definir qual sentido esses direitos têm ou devem ter, o que é usualmente resolvido com a comunicação entre Judiciário e Legislativo. Mas, se o que se pretende é modificar de alguma forma a realidade fática, não é possível ignorar a participação do poder estatal responsável pela execução de medidas e pela destinação de recursos à efetiva consolidação de direitos prestacionais: o Poder Executivo. Da mesma forma, não se pode deixar de considerar

a relação que o Judiciário mantém com as instâncias executivas, sob o argumento de suprir a falta de atuação delas.

Busca-se assim, através das teorias dialógicas, entender as possibilidades de instigar o Executivo, no processo judicial, a ocupar um espaço que é seu, mas que vem sendo cada vez mais suprido pelo Poder Judiciário. Afinal, se falta ao Poder Judiciário capacidade institucional para resolver demandas relativas à concretização de direitos sociais, não é plausível que seriam tomadas melhores decisões se houvesse comunicação com o Poder que tem tal capacidade institucional? Parece que sim.

No desenvolvimento das teorias dos diálogos institucionais, são marcantes os casos norte-americano (mais antigo) e canadense (mais recente). No Canadá, foi suscitada a problemática da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, passando-se a entender que esta é proveniente justamente do diálogo entre Judiciário e Legislativo – o que, por lógico, não poderia retirar do Legislativo a possibilidade de corrigir a decisão judicial.

Na realidade canadense, a possibilidade de reação legislativa às decisões da Suprema Corte foi consolidada em cláusula da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, a qual também permitiu que a lei (e, portanto, o legislativo) restrinja direitos constitucionais, desde que “dentro de limites que sejam razoáveis e cuja justificação possa ser demonstrada no contexto de uma sociedade livre e democrática” (CANADA, 2012, p. 53, 62). Para o professor canadense Kent Roach (2001, p. 297), este é um mecanismo de diálogo constitucional por excelência, já que permite que a Suprema Corte proteja direitos, especialmente minoritários, ao controlar a razoabilidade dos limites impostos pelo legislativo, porém não sem levar em consideração os objetivos da regulamentação e os clamores populares que motivaram a atuação legislativa.

Como se vê, a teoria dos diálogos canadense deposita significativa esperança no papel da proteção de direitos de minorias a ser desempenhado pelas cortes, através de decisões que não sofrem dificuldade contramajoritária por poderem ser superadas pela maioria parlamentar. Contudo, conforme será melhor analisado mais adiante nesse capítulo, a simples possibilidade de reverter uma decisão judicial pode ser um mero simulacro de diálogo, que encobre a preferência pela supremacia judicial (BRANDÃO, 2017, p. 339).

Já nos Estados Unidos, até mesmo em razão do longo tempo desde que a matéria dos diálogos começou a ser abordada, o debate dialógico é mais heterogêneo. Mas, embora haja variantes entre as teorias do diálogo, elas possuem como aspecto congruente “a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes” (MENDES, 2008, p. 98-99), impedindo a supremacia de um poder sobre o outro.

Christine Bateup (2006) se lançou na tarefa de sistematizar a multifacetada literatura que aborda os diálogos institucionais, classificando as diversas teorias. A autora guiou sua classificação pela intenção de analisar se alguma delas seria apta a resolver a objeção democrática feita à revisão judicial, bem como de aferir se tais teorias oferecem uma alternativa atrativa acerca do papel da revisão judicial no constitucionalismo democrático.

Em síntese, Bateup identificou que teorias mais prescritivas tendem a ter um impacto menor na resolução adequada do problema da legitimidade da revisão judicial, ao passo que teorias descritivas serviriam melhor a essa função. E isso porque as teorias prescritivas usualmente privilegiam o papel dos juízes no processo de tomada de decisão constitucional, sem qualquer justificção, deixando pouco espaço para julgamentos com independência política. Além disso, suas prescrições tendem a estar desconectadas da realidade da prática política, presumindo que a mera adoção de posturas diferentes pelo Poder Judiciário terá o condão de modificar a prática de forma geral, e, por essa razão, possuem aplicabilidade apenas em cenários ideais.

Entretanto, Bateup não deixa de fazer uma crítica às teorias positivistas, que, segundo ela, defendem a atuação de outros atores políticos na definição dos sentidos da Constituição, mas não logram explicar qual a função a ser desempenhada pelo *judicial review*. Afinal, se cabe à política interpretar a Constituição, qual papel sobra ao Judiciário e por que razão deve ele participar dessa atividade? Para a autora, as teorias dialógicas mais promissoras “são aquelas que estabelecem uma função judicial exclusiva, que repousa em alcançar melhores respostas sobre questões

constitucionais, mas que não privilegia a contribuição judicial sobre a de outros atores” (BATEUP, 2006, p. 1122, tradução nossa)²³.

Para a análise da viabilidade da construção de uma teoria dialógica entre Judiciário e Executivo a ser manifesta no transcurso do processo judicial, como se pretende, cabe analisar as pertinentes críticas feitas por Bateup quanto às teorias analisadas por ela e, desde já, pensar em práticas passíveis de contornar ou amenizar os problemas apontados.

A autora faz uma divisão entre teorias quanto ao método judicial (mais prescritivas) e teorias quanto às estruturas do diálogo (mais positivistas), alocando na primeira categoria aquelas que defendem o emprego de técnicas de decisão judicial que incentivam o debate sobre o significado da constituição: o aconselhamento (os juízes devem aconselhar os atores políticos a fim de que eles evitem violações constitucionais²⁴), a concentração no processo (tomar decisões políticas levando o teor das decisões judiciais em consideração²⁵) e o minimalismo (defende a limitação da atuação judicial, deixando maior espaço para a ação dos agentes políticos, consoante melhor elaborado no capítulo anterior).

Sobre as teorias do aconselhamento recai a crítica de que a posição privilegiada já ocupada pelo Poder Judiciário tende a transformá-lo não em um mero conselheiro dos agentes políticos, mas sim a gradualmente alçá-lo à condição de substituto das considerações legislativas relevantes, já que seus posicionamentos influenciarão de forma ainda mais intensa o processo de tomada de decisão na esfera política. Ainda, critica-se a desconfiança depositada nas instâncias políticas, cujas respostas dificilmente seriam aceitas sem intervenção judicial. No extremo, a teoria do aconselhamento significaria uma teoria encorajadora do ativismo judicial, ao incentivar que juízes digam aos atores políticos como deveriam interpretar a Constituição (BATEUP, 2006, p. 1126-1128).

²³ “The most promising theories of constitutional dialogue, in contrast, are those which account for a unique judicial function that assists in reaching better answers about constitutional questions, but which does not privilege the judicial contribution over that of other actors”.

²⁴ “O principal objetivo dessas teorias é de assegurar que os poderes políticos aprendam com o Judiciário o significado da Constituição, ajudando na elaboração de novas legislações” (ASSIS; SILVA, 2018, p. 285)

²⁵ “Nessas teorias, os juízes são incentivados a determinar se atores políticos têm dado atenção suficiente e adequada em deliberações que afetem valores constitucionais. Caso se entenda que não, o Judiciário poderia forçar os poderes políticos a reconsiderarem suas decisões, de forma a dar o nível de atenção adequado aos valores constitucionais em questão” (ASSIS; SILVA, 2018, p. 286).

Além disso, esse tipo de relação poderia acentuar um problema já identificado hoje nas relações entre o Legislativo e Judiciário, que costuma ser denominado de *problema do descumprimento antecipado da Constituição*. Trata-se de um fenômeno típico de sistemas de supremacia judicial, em que os legisladores sabem que suas decisões serão submetidas a revisão judicial e, caso inconstitucionais, serão “corrigidas”. Assim, preferem manifestar o seu apoio a medidas populares em sua base de apoio político, mesmo que saibam de sua inconstitucionalidade, a contrariar pretensões de sua base eleitoral, pois acreditam que, ao final do processo, o Judiciário analisará a constitucionalidade de suas medidas e, caso necessário, assumirá o ônus de corrigi-las (BRANDÃO, 2017, p. 240-241).

Já as teorias centradas no processo, embora, em tese, deixem espaço para que o legislativo reconsidere suas decisões, na prática, podem acarretar dificuldades para que os setores políticos revisitem suas decisões passadas. Isso porque, consoante se sabe, a atividade legislativa depende da união da maioria – maioria esta que pode ser momentânea, a depender dos interesses políticos em jogo. Posteriormente, mesmo que se tenha a oportunidade de “corrigir” leis apontadas como inconstitucionais pelas cortes, é possível que o Legislativo acabe desistindo de fazê-lo, dada a dificuldade que pode surgir para atingir novo consenso entre a maioria para a aprovação da matéria. Assim, tais teorias podem acabar não deixando tanto espaço para o julgamento político independente (BATEUP, 2006, p. 1131).

Por sua vez, o minimalismo judicial possui o mérito de reduzir o problema do *déficit* democrático das decisões vindas do Poder Judiciário, já que “o uso de técnicas minimalistas envia uma mensagem às legislaturas de que elas não podem relegar aos juízes a resolução de questões constitucionais difíceis e contenciosas”²⁶. Porém também essa vertente é objeto de críticas, por reduzir severamente a contribuição que o Poder Judiciário pode oferecer para a discussão constitucional (BATEUP, 2006, p. 1133-1135, tradução nossa).

Já no grupo das teorias classificadas conforme as estruturas do diálogo, que são menos prescritivas, Christine Bateup situa as teorias que se baseiam no reconhecimento de que há mecanismos institucionais inseridos no sistema constitucional que permitem aos atores políticos responderem às decisões judiciais,

²⁶ “The problem of democratic debilitation is also reduced as the use of minimalist techniques sends a message to legislatures that they cannot defer to judges to resolve difficult and contentious constitutional questions” (BATEUP, 2006, p. 1133).

podendo superá-las em caso de discordância. Em tal grupo se situam as teorias da construção coordenada (defende a interpretação constitucional como um empreendimento compartilhado, envolvendo um sistema de verificações recíprocas, mediante o qual tribunais e atores políticos podem controlar uns aos outros quando não concordam com a interpretação estabelecida; assim, as decisões judiciais não são finais), dos princípios jurídicos (aos tribunais caberia decidir questões relativas a princípios, olhando para trás e para frente, para identificar princípios emergentes em uma nova ordem moral, ficando as demais questões sob o controle dos outros poderes, que podem inclusive intervir caso repute equivocadas as decisões judiciais)²⁷, do equilíbrio e da parceria.

Para a teoria da construção coordenada, a interpretação constitucional que se origina fora das cortes não só é legítima, como é desejada. A capacidade que cada ramo do poder estatal possui para a interpretação seria uma decorrência direta do exercício de suas atribuições institucionais. Assim, enquanto os defensores da supremacia judicial sustentam a soberania das cortes na tarefa da interpretação constitucional, “Para a corrente aqui descrita, a corte é um intérprete a mais dentro de um jogo mais complexo. Há vida constitucional fora das cortes e as teorias centradas na última palavra judicial ofuscam essa constatação.” (MENDES, 2008, p. 125).

Mas, por outro lado, as teorias da construção coordenada recebem críticas em razão de seu potencial de proporcionarem uma competição entre os poderes pela resposta mais acertada, mais do que um engajamento conjunto, com influências recíprocas entre os atores políticos, na aprendizagem e construção da melhor interpretação (BATEUP, 2006, p. 1143). Além disso, aponta-se a potencialidade anárquica da concepção, visto que não existe uma hierarquia entre os intérpretes ou uma autoridade final, o que acabaria gerando desestabilidade (MENDES, 2008, p. 127).

Para Godoy (2015, p. 154), “O problema dessa perspectiva, no entanto, é que ela acrescenta muito pouco, ou quase nada, ao atual estado de interação entre os Poderes”. Ou seja, seguindo os ditames da teoria da construção coordenada, não se

²⁷ “A crítica que se faz a tal teoria é de que ela contém uma contradição em si mesma: qual a vantagem de reconhecer o papel de controle pelos poderes políticos, se os juízes têm uma competência especial para lidar com questões de princípios? Ademais, se os poderes políticos devem corrigir os erros cometidos pelo Judiciário, isso não elimina a necessidade de uma teoria interpretativa que permita identificar qual a verdadeira resposta correta, sem a qual não haveria como identificar erros judiciais” (ASSIS; SILVA, 2018, p. 287-288).

promove propriamente um diálogo entre instituições, apenas se concede a cada uma delas o poder de dizer o significado constitucional sem que isso implique interações com os demais poderes.

Já quanto à teoria dos princípios jurídicos, que defende que juízes possuem um papel privilegiado no diálogo em razão de sua competência para julgar com base em princípios, aponta-se que ela também não propicia o estabelecimento de um genuíno diálogo entre os poderes. Na verdade, tal teoria apenas prevê mecanismos para que os outros poderes manifestem sua discordância em face da decisão adotada pelo Judiciário (GODOY, 2015, p. 155). Nada é previsto sobre a possibilidade de essa discordância iniciar um debate o qual leve a uma decisão que seja fruto da interação entre os diferentes atores envolvidos na interpretação da Constituição.

Um exemplo típico da adoção dessa teoria é o presente no Canadá, cuja Carta de Direitos e Liberdades de 1982, segundo já mencionado, previu um mecanismo conhecido como *cláusula não obstante* (*notwithstanding clause*). Através dessa cláusula, é possível ao Legislativo aprovar, desde que com a manifestação favorável de uma maioria qualificada, determinado regramento legal, não obstante ele colida com manifestação anterior da Suprema Corte exarada em controle de constitucionalidade.

Todavia, conforme apontado por Brandão (2019, p. 339), o enorme custo político envolvido no uso de tal cláusula acaba tornando rara a sua aplicação. Ao fim e ao cabo, então, esse mecanismo poderia ser apenas um rótulo de diálogo constitucional utilizado para encobrir um sistema em que, na verdade, a supremacia judicial impera, de tão infrequente que é a superação de decisões judiciais.

Além da crítica feita quanto a esse mecanismo não propiciar um verdadeiro diálogo, Bateup vê nele uma incongruência: se o Judiciário detém maior aptidão para analisar matérias de princípio, por que este Poder deveria dialogar com os demais para consolidar sua interpretação constitucional? Quais vantagens adviriam da interação das cortes com outras instituições se, afinal, são os tribunais que devem dizer o significado da Constituição? E como poderiam os demais Poderes controlar o Judiciário em matéria de princípios se a interpretação advinda dos juízes é alegadamente a mais apta à interpretação constitucional? (BATEUP, 2006, 1150-1151).

Além disso, ainda sobre a teoria dos princípios jurídicos, aponta-se que não há evidência empírica sobre os juízes efetivamente terem habilidades superiores para

lidar com matérias de princípio. Contrariamente ao que alguns doutrinadores defendem, não são apenas os atores políticos integrantes do executivo e do legislativo que, por serem eleitos, concentrar-se-iam demasiadamente nos próprios interesses eleitorais. A prática revela que também os membros do judiciário podem assumir a preocupante tendência a ocuparem espaços que deveriam ser ocupados por outros poderes, na tentativa de ampliar a sua importância enquanto instituição e enquanto agentes públicos individuais.

[...] a capacidade interpretativa singular da corte é uma mistificação que não se verifica na realidade. Os juízes de uma corte colegiada, no seu dia a dia decisório, negociam e barganham seus votos. A decisão final da corte, com frequência, consiste numa cacofonia de opiniões distintas longe da imaginada qualidade da argumentação com base em princípio. Ao mesmo tempo, sustentar que a interpretação extrajudicial será sempre refém da pressão política, da conveniência, e distante do debate moral, não corresponderia, rigorosamente, à realidade (MENDES, 2008, p. 127-128).

Nesse sentido, para atender à preocupação sobre a legitimidade das decisões estatais, Christine Bateup (2006, p. 1148) defende que tais decisões sobre princípios sejam deixadas para serem decididas por quem, embora eventualmente também atue apenas em defesa do próprio interesse, tenha o *status* de representante eleito da população.

Aliás, Keith Whittington (2002) rebate três das mais proeminentes objeções feitas contra a interpretação fora dos cortes e em defesa da supremacia judicial na interpretação constitucional. Essas três objeções caracterizam a interpretação extrajudicial como anárquica, irracional e tirânica. Em contraponto, defendem que os tribunais promoveriam, respectivamente, a acomodação de conflitos, o exercício da função deliberativa e a função contramajoritária.

De fato, para Alexander e Schauer (2000, p. 482, tradução nossa), sem supremacia judicial recai-se inevitavelmente em anarquia, já que a multiplicidade de instituições capazes de dizer o que a lei é, possivelmente, geraria uma multiplicidade de interpretações divergentes da mesma lei. Para os autores, a lei existe para promover coordenação e acomodação de conflitos, mas a força da lei seria comprometida por interpretações multifacetadas. Para eles, “sem um intérprete único

e oficial, haveria pouca diferença entre a lei e as numerosas diretivas não obrigatórias encontradas em livros de filosofia e colunas de aconselhamento”²⁸.

Entretanto, tanto a objeção em relação à anarquia quanto a crítica de que, sem supremacia judicial, haveria irracionalidade e tirania derivam de uma superestimação não realística das capacidades do Judiciário. Conforme Keith Whittington (2002) ressalta, a acomodação de conflitos não resulta unicamente da existência de um intérprete singular longe das pressões populares e da instabilidade eleitoral, que alegadamente seriam as supremas cortes ou tribunais constitucionais. A racionalidade das decisões judiciais, por sua vez, não passaria de um mito, porquanto, no dia a dia, juízes negociam e barganham votos, produzindo, ao final, conclusões mais deferentes a pressões do que ao debate racional.

Por fim, seria um equívoco pensar que com – e apenas com – a atuação com supremacia dos tribunais as posições não majoritárias estariam asseguradas. Se a atribuição da última palavra ao Judiciário fosse condição essencial para a proteção de posições contramajoritárias ou para evitar posições tirânicas, países nos quais há controle fraco de constitucionalidade (ou seja, permite-se a superação da decisão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pela atuação do Legislativo) tenderiam a ser mais tirânicos. Conforme salienta Tushnet (1999, p. 196), no entanto, países como Canadá e Nova Zelândia convivem com o controle de constitucionalidade em sua forma fraca, sem que haja desrespeito às minorias.

Portanto, não há suficientes evidências sobre os benefícios de se atribuir a última palavra, mesmo que em matéria de princípios, aos juízes. Mesmo alguns defensores da supremacia judicial a defendem apenas em um regime estrito, ou seja, em um sistema constitucional no qual a carta política maior seja modesta, sem prever normas que orientem a atuação futura do Estado. Dessa maneira, à jurisdição caberia atuar em situações específicas e restritas, que alegadamente contrariassem o enxuto texto constitucional; “as decisões substantivas centrais sobre políticas públicas devem ser tomadas em fóruns mais responsivos perante o povo, como o Parlamento e outros espaços mais amplos onde a opinião pública se forma” (BRANDÃO, 2019, p. 343).

²⁸ “When we value coordination and settlement more than we value diversity, we employ law, and John Marshall's claim is nothing less than the observation, later refined by Fuller, that without a single and authoritative interpreter there would be little difference between law and the numerous non-enforced directives we find in philosophy books and advice columns” (ALEXANDER; SCHAUER, 2000, p. 482)

Por essas razões, as teorias dialógicas baseadas na supremacia judicial, como é a teoria dos princípios jurídicos, não podem ser defendidas sem ressalvas – muito embora seja inegável a sua contribuição ao admitir a legitimidade de interpretações constitucionais extrajudiciais.

Há, ainda dentro da abordagem estrutural do diálogo, as teorias do equilíbrio, que situam o Poder Judiciário como apenas mais uma das instâncias onde o debate constitucional pode ocorrer. Essas teorias entendem que o equilíbrio provém do fato de o debate acerca do significado da Constituição ser promovido em toda a sociedade. Essas construções baseiam-se em estudos que apontam que, caso os tribunais se distanciem muito da interpretação constitucional que é aceita por outros ramos políticos e pela população em geral, constrições políticas (tal como o já mencionado *backlash*) irão forçar as cortes a revisarem suas decisões. A teoria de Robert Post e Reva Siegel, exposta no capítulo anterior, é apontada como uma das mais proeminentes deste tipo (BATEUP, 2006, p. 1158-1159).

Essas teorias do equilíbrio entendem o Judiciário como um catalisador de discussões sobre o significado constitucional, compreendendo-o como um importante facilitador do debate e estimulador de outras instituições a se engajarem nas deliberações. E isso porque, com o tempo, se houver discordância popular suficiente com a decisão das cortes, é provável que haja reação legislativa. Como consequência, é provável também que a matéria seja novamente levada aos tribunais, quando se terá oportunidade de reconsiderar ou reforçar a decisão anterior. Assim, as cortes têm a oportunidade de influenciar a opinião da sociedade a partir de sua primeira decisão, engajando-a no debate, tanto quanto podem ser influenciadas pela reação que venha a surgir em razão do posicionamento adotado pelo tribunal (BATEUP, 2006, p. 1159).

Um dos problemas ressaltados no que se refere às teorias do equilíbrio fica nítido quando se analisam casos que não geram envolvimento popular significativo. Nesses casos, por causa do pouco envolvimento da sociedade na matéria, é possível que a reação social à decisão da corte sequer seja percebida institucionalmente, não tendo capacidade de influenciar uma contraposição legislativa. Logo, em matérias com diminuta saliência política, por falta de engajamento de outros atores políticos e da sociedade, tende a não haver um equilíbrio, mas sim um domínio da posição adotada pelos juízes.

Ademais, sobre os pontos negativos de teorias dessa natureza, não se pode ignorar estudos que apontam uma enorme apatia política do cidadão na sociedade

contemporânea, na qual apenas grupos delimitados e seletos manifestam engajamento (BATEUP, 2006, p. 1163-1164). Com reduzida participação popular, evidentemente, tem-se um predomínio das opiniões das cortes, restando o equilíbrio elevado a uma condição utópica.

Por sua vez, as teorias da parceria partem do pressuposto de que as diversas esferas estatais possuem diferentes contribuições a oferecer ao diálogo sobre o significado da constituição, igualmente atribuindo ao Judiciário um papel não central nessa tarefa.

Essa explicação reconhece que, em uma ordem constitucional institucionalmente diversa, cada ramo do governo aprende com os diálogos específicos absorvidos dos demais ramos. Atores judiciais e não-judiciais são então concebidos como participantes equivalentes na formação da decisão constitucional, ambos dialogicamente contribuindo para a busca por melhores respostas como um resultado de sua perspectiva constitucional única (BATEUP, 2006, p. 1168-1169, tradução nossa)²⁹.

As teorias da parceria entendem que tanto os tribunais quanto as legislaturas possuem responsabilidade para emitirem juízos acerca dos valores constitucionais, bem como para realizarem a fundamentação racional de suas próprias ações à luz desses valores. Mas, por se tratarem de ramos estatais diferentes e por estarem diferentemente situados, cada um pode trazer uma perspectiva diferente sobre o julgamento constitucional, formada a partir das diferentes características e responsabilidades de cada instituição, bem como a partir da diferente relação de cada ramo com determinado conflito constitucional (BATEUP, 2006, p. 1169-1170).

Em razão disso, defende-se que tanto tribunais quanto legislaturas lancem mão de um certo grau de modéstia quanto à superioridade de suas decisões e respeitem as interpretações contrárias provenientes de outros setores, buscando entender as motivações dessas decisões. Afinal, cada um desses poderes ocupa, na ordem constitucional, posições que são “separadas mas interconectadas” (HIEBERT, 2004, p. 51-52).

A partir dessas elucidações sobre as diferentes posições ocupadas por cada ente e sobre como essas diferenças podem influenciar as relações de cada ramo

²⁹ “This account recognizes that each branch of government learns from the specific dialogic inputs of the other branches in an institutionally diverse constitutional order. Judicial and non-judicial actor are thus conceived as equal participants in constitutional decision-making, both of whom dialogically contribute to the search for better answers as a result of their unique institutional perspectives”.

estatal sobre a interpretação constitucional, uma das mais importantes defensoras das teorias da parceria, Janet Hiebert, rejeita o entendimento segundo o qual os tribunais deteriam maior aptidão para resolver discordâncias sobre o significado dos direitos em matérias de princípio (BATEUP, 2006, p. 1170).

Apesar disso, dada a posição ocupada pelas cortes, Hiebert (2004, p. 53) afirma que o relativo isolamento dos juízes em relação às pressões políticas e sociais, bem como a ausência de objetivos eleitoreiros, lhes dá um maior grau de liberdade e legitimidade para determinar como os princípios constitucionais devem influenciar a resolução de conflitos particulares e para identificar situações em que os objetivos da legislação podem acabar indevidamente restringindo direitos ou gerar consequências não intencionais que os restrinjam.

Em suma, tem-se sintética – mas ainda completa – definição da teoria da parceria nos seguintes termos:

A outra face da teoria do equilíbrio – que, como dito, volta suas atenções à criação de um diálogo amplo na sociedade – consiste na “teoria da parceria”, que enxerga nos mecanismos institucionais a melhor maneira de fortalecer o diálogo constitucional. Para esta teoria, as contribuições do Judiciário e dos poderes políticos a respeito do significado dos dispositivos constitucionais são estruturalmente diversos. Assim, o Judiciário, por suas atribuições típicas e por seu isolamento político, põe-se em vantagem para identificar situações nas quais os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais (questões de princípios), sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos (SILVA *et al.*, 2010, p. 99).

Conforme Bateup (2006, p. 1171) destaca ao abordar as teorias da parceria, o ramo legislativo possui vantagens sobre o judiciário quando se trata de restrição de direitos, dado o seu acesso facilitado à *expertise* formada na execução de políticas: tem conhecimento quanto a tentativas e erros anteriores, experiências comparativas e melhores estimativas. Em razão disso, embora a formação da decisão legislativa possa se beneficiar da racionalidade das decisões judiciais, ao determinar se certos objetivos são importantes o suficiente para justificar a restrição de direitos, a racionalidade judicial não deveria prevalecer sobre nem ocupar o lugar do julgamento político.

Assim, o papel assegurado ao Judiciário pelas teorias da parceria é bem mais modesto do que o previsto pelas demais teorias dialógicas, que, em sua maioria, entendem que os juízes possuem posição privilegiada para decidirem questões de

princípio ou para darem a última palavra. Mas, na visão de Bateup (2006, p. 1172-1174), apesar de mais modesta, a percepção das teorias da parceria é também bem mais realista, já que se baseia nos aspectos positivos já constatados na dinâmica dos processos legislativos e judiciários. Ademais, a teoria reconhece algumas capacidades especiais do judiciário, mas sem que isso implique uma posição privilegiada em relação aos demais poderes envolvidos no diálogo constitucional.

No entanto, as teorias da parceria, no entendimento de Bateup (2006, p. 1174), “permanecem incompletas por terem seu foco restrito às formas de diálogo institucional entre ramos do governo”. Consoante apontam as teorias do equilíbrio, para que se alcance uma visão mais satisfatória do papel que a revisão judicial deve desempenhar, deve-se analisar tanto os aspectos institucionais quanto os de origem social no diálogo constitucional. Todavia, as teorias da parceria se voltam apenas para os aspectos decorrentes das instituições.

Para suprir essa carência, Christine propõe a teoria da fusão dialógica, que seria uma espécie de fusão entre as teorias da parceria e do equilíbrio. Essa fusão, na visão da autora, teria maior capacidade de permitir a “compreensão dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional, e dos vários modos exclusivos através dos quais diferentes atores podem participar na busca pelo significado constitucional” (BATEUP, 2006, p. 1174, tradução nossa)³⁰.

A contribuição da teoria do equilíbrio para essa fusão seria posicionar o Judiciário como facilitador de discussões sobre o significado constitucional, envolvendo a participação ampla da sociedade. É isso porque a vertente do equilíbrio reconhece a importância de envolver a opinião popular no debate sobre o significado constitucional. Essa discussão entre os diferentes atores, tal como a inclusão da sociedade no debate de forma facilitada pelo Judiciário, propiciaria mais consenso social e, portanto, maior estabilidade, reduzindo o problema da legitimidade democrática de decisões provenientes exclusivamente de tribunais (BATEUP, 2006, p. 1174-1175).

Por outro lado, segundo já foi apontado, o equilíbrio é insuficiente para casos que não geram intenso debate na sociedade, uma vez que estes acabarão sendo decididos pelo judiciário unicamente a partir de opiniões restritas que chegarão ao

³⁰ “More importantly, this dual-track vision [the dialogic fusion] enables a more comprehensive understanding of the different institutional and social aspects of constitutional dialogue, and of the various unique ways in which different actors participate in the search for constitutional meaning”.

tribunal, e não através do resultado de um debate social profundo. Esse problema seria superado com a consideração das perspectivas particulares que são trazidas ao debate pelo legislativo e pelo judiciário, tendo em vista a posição “separada mas interconectada” que eles mantêm entre si. “Se os ramos [do Estado] ouvirem e aprenderem com as perspectivas divergentes uns dos outros sobre o significado constitucional, então melhores respostas serão obtidas nos casos individuais” (BATEUP, 2006, p. 1175, tradução nossa)³¹.

Portanto, a fusão dialógica de Christine Bateup é a proposta que atribui ao judiciário dois relevantes papéis na dinâmica constitucional: o de facilitador da discussão em níveis amplos na sociedade e o de gerador de contribuições institucionais para a solução de casos individuais. Nos casos individuais, a solução fornecida pelo judiciário pode se manifestar até mesmo na forma de um contraponto ao entendimento consolidado pelo legislativo; ainda assim, não se tratará de uma decisão ilegítima, pois resultante de um debate que considera tanto a visão oriunda das legislaturas quanto os argumentos populares.

[...] essas interações entre ramos do governo também fazem parte de qualquer diálogo que seja estabelecido de forma ampla com a sociedade. No contexto de discordâncias sutis mais razoáveis sobre o significado dos direitos, esse entendimento combinado oferece a melhor escolha para produzir respostas a questões constitucionais que sejam não apenas satisfatórias no contexto da resolução de casos individuais, mas que também sejam satisfatórias para os cidadãos como um todo. (BATEUP, 2006, p. 1175-1176).

A partir dessa análise sistematizada das principais teorias do diálogo, nota-se a complexidade de sua adoção integral, especialmente sem normatização da matéria e sem mudanças estruturais no sistema constitucional. Já se destacou no segundo capítulo que uma das dificuldades para a melhoria das condições sociais no Brasil foi a intensa aposta na catalogação constitucional de direitos sem a correspondente modificação na estrutura das instituições. De forma similar, não se pode pretender a implementação realística de diálogos institucionais sem qualquer alteração estrutural e normativa.

Consoante ressalta Gargarella (2016, p. 50), sistemas estruturados sob a lógica dos freios e contrapesos necessitam de reestruturação para que possam incorporar

³¹ “If the branches listen and learn from one another’s differing perspectives on constitutional meaning, then better answers will be arrived at in individual cases”.

diálogos, pois seguem uma concepção de democracia centrada na ideia de não cometer erros, sob pena de haver intervenção de um poder sobre o outro para corrigir o equívoco cometido. Não há cooperação entre os poderes, mas sim *mútuas opressões*.

O sistema de freios e contrapesos, criados no século XVIII, em qualquer de suas duas principais versões (na versão mais 'puro' dos Estados Unidos, ou na versão 'desequilibrado' da América-latina) apareceram desde então como um sistema pouco favorável à cooperação política e ao diálogo. Mais especificamente, o modelo em questão, em vez de favorecer à cooperação, procurou conter o enfrentamento; em vez de promover o diálogo, procurando canalizar a agressão; antes que favorecer a aprendizagem e ajuda mútua, procuraram impedir a destruição de uns aos outros. [...] o sistema idealizado foi pródigo na criação de elementos defensivos e ofensivos, em vez de mecanismos para o diálogo: o veto presidencial; a possibilidade de eliminar uma norma do sistema, ou de conter seus efeitos sobre um caso concreto; bloqueios mútuos entre o Presidente e as câmaras; os mecanismos de freio e 'esfriamento' de cada uma das câmaras sobre a outra; as iniciativas de julgamento político cruzadas. (GARGARELLA, 2016, p. 58)

Assim, em sistemas organizados sob a lógica dos freios e contrapesos, eis que tendem a ser muito dependentes do controle exercido pelos outros poderes, haveria maior sensibilização à troca de favores do que à argumentação dialógica. Foca-se mais no interesse de evitar interferências externas do que em considerar os fatores positivos que podem advir dessa interferência. É por essa razão que Gargarella refere que a mera justaposição de opiniões, característica do sistema de freios e contrapesos “tem pouco a ver, na verdade, com um processo, ainda frágil, ainda imperfeito, de intercâmbio de razões” (2016, p. 62).

Nessa linha de ideias, Roberto Gargarella rejeita a noção de que a revisão judicial seria uma prática dialógica, pois as partes envolvidas no “diálogo” estão em posições tão diferentes que “uma das partes desse diálogo grita, se queixa, escreve nos jornais, e litiga... enquanto a outra simplesmente decide” (2016, p. 65). E a decisão judicial nesse caso pode efetivamente ser uma consideração dos argumentos populares e oriundos dos outros poderes, mas também pode ser o resultado da ignorância deliberada dessas alegações. Nessa última situação, não restam dúvidas de que o que há é a manifestação da supremacia judicial na interpretação constitucional, não um diálogo.

Em razão da mesma crítica feita sobre a discrepância das posições ocupadas por cada um dos participantes do “diálogo”, Gargarella critica audiências públicas. A sua crítica parte da observação de audiências realizadas pela Suprema Corte Argentina, na qual constatou a adoção de postura de distanciamento e falta de empatia pelos juízes. Ainda, o autor ressalta a demora na resposta dada pelas Cortes às reivindicações populares, contrapondo com a necessidade de que, em uma sociedade democrática, todos recebam em tempo hábil resposta satisfatória a suas demandas. Não basta que a conformação constitucional evolua para se adequar à opinião das demais esferas, é imperativa a existência de mecanismos que permitam a superação de decisões judiciais que se consideram equivocadas ou prejudiciais às políticas públicas, no *aqui e agora*, sem ser necessário esperar pela chegada das catastróficas consequências que podem advir da temerosa postura adotada pelos tribunais na busca de conferir efetividade aos direitos sociais (GARGARELLA, 2016, p. 65-67).

Por fim, Gargarella destaca que poucas histórias recebem holofotes e são tratadas com verdadeiro engajamento dialógico na sua resolução pelos tribunais, ficando as demais questões distanciadas do debate. Em países com desigualdade injusta, o dinheiro silencia algumas vozes e permite que outras poucas sejam amplificadas. No entanto,

A história do direito é composta principalmente de pequenas histórias, diariamente referidas a injustiças invisíveis, sofridas por grupos e indivíduos cujas histórias não atingem as arenas informais descritas na excitante pintura apresentado por Friedman sobre a justiça dialógica (2016, p. 67).

Assim, faz-se necessário rever a posição de que a mera revisão judicial pelos tribunais consistiria em uma manifestação de diálogo para que, na linha diametralmente oposta, se reconheça o potencial lesivo que decisões judiciais podem eventualmente apresentar e para que, em consequência, se pensem mecanismos de corrigir ou evitar essas decisões equivocadas.

Afinal, como celebrenmente ressaltado pelo juiz Robert Jackson, da Suprema Corte norte-americana, em 1953, “Nós [os juízes] não somos os últimos porque somos infalíveis, mas nós somos infalíveis apenas porque somos os últimos” (UNITED

STATES OF AMERICA, 1953, tradução nossa)³². Como afirmado pelo juiz, se existisse uma “super Suprema Corte”, com hierarquia superior, boa parte das decisões de outros tribunais que a Suprema Corte reforma acabariam sendo novamente reformados por essa instância superior, evidenciando a falibilidade das decisões judiciais.

Esse entendimento – com o qual é difícil não concordar – desmitifica a última palavra dos tribunais como uma necessidade. Conforme ressalta Tassinari, a tradição estadunidense (que influenciou o perfil do Judiciário brasileiro) revela a existência de um espaço de supremacia deliberadamente deixado à jurisdição. E esse espaço não é deixado livre senão por uma ação (ou inação) deliberada dos poderes políticos eleitos. Ou seja, a supremacia judicial “é fruto de um contexto político, o que, em certa medida, significa afirmar que compete aos poderes eleitos consentir ou não com isso” (TASSINARI, 2016, p. 161).

Partindo das premissas de que a mera revisão judicial de leis não é suficiente para haver o diálogo e de que o Poder Judiciário é falível, sendo a sua supremacia uma escolha e não uma necessidade, torna-se clarividente a possibilidade e a necessidade de se buscarem meios alternativos que permitam a superação de decisões judiciais nocivas ou então que favoreçam o diálogo em momento anterior à decisão, evitando que estas sejam proferidas em descon sideração a argumentos relevantes de outros setores políticos e sociais.

De fato, Gargarella (2016, p. 42) já alertou para a necessidade de se pensar em mudanças mais substantivas como alternativa às práticas jurídicas vigentes e “que nos permitam deixar para trás a lógica de enfrentamento do sistema de freios e contrapesos, [sem o que] o resultado será a diminuição das possibilidades de desenvolver práticas dialógicas substantivas”. Em suma, é necessária uma superação do modelo de freios e contrapesos e de sua típica justaposição de argumentos, tal como é imprescindível a incorporação de práticas realmente dialógicas ao sistema de interpretação constitucional. Práticas inovadoras, por si só, quando inseridas na velha estrutura de *checks and balances*, “tendem a frustrar-se pouco a pouco ou terem limitados seus efeitos, devido a aspectos do sistema que são intocáveis e agonísticos” (GARGARELLA, 2016, p. 68).

³² “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final”.

[...] todas essas novidades têm aparecido ‘golpeadas’ na prática concreta. Isso, seja porque o poder político ocupou-se de dificultar ou prejudicar a importância de tais eventos; seja porque o poder político e judicial continuam reservando a autoridade plena e final da decisão, frente a eles. Os debates, então, aparecem na medida em que a vontade discricionária das autoridades assim indicarem; e o peso de tais intervenções cidadãs permanece absolutamente dependente – outra vez – da referida vontade discricionária (GARGARELLA, 2016, p. 73-74).

É claro, portanto, que diálogos institucionais não podem ser defendidos como uma medida isolada. A reforma das instituições brasileiras é tão imprescindível quanto atrasada, já que desde a Constituição de 1988 a mudança no catálogo constitucional de direitos foi desproporcional à mudança estrutural das instituições. Não parece razoável, entretanto, que se desista de incentivar toda prática dialógica enquanto a reforma institucional continuar tardando a chegar. No ponto de vista desta autora, a adoção em massa de diálogos pode inclusive jogar luzes sobre as limitações de desempenho que estes apresentam em um sistema já ultrapassado e carente de reformas, incentivando que, finalmente, se proceda às necessárias modificações institucionais.

Nesse contexto, não parece ingênuo acreditar no potencial de práticas dialógicas quando determinadas normativamente, desde que sejam também previstos meios hábeis de cobrar a realização do diálogo e se insurgir diante da não adoção ou da desconsideração destes. Muito embora se esteja tradicionalmente acostumado à ideia da supremacia judicial sem possibilidade de questionar uma decisão judicial senão através do próprio Poder Judiciário, já restou demonstrado que essa supremacia é simplesmente aceita, mas não impositiva nem indispensável.

A teoria da fusão dialógica desperta a provocação sobre a necessidade de propostas normativas capazes de viabilizar os diálogos na forma defendida por ela (BATEUP, 2006, p. 1176), de maneira similar ao que a *cláusula não obstante* propiciou no Canadá³³. Justamente por demandar uma previsão normativa que promova os diálogos e não deixe sua ocorrência dependente do mero voluntarismo dos agentes envolvidos, Godoy (2015, p. 165) a considera a proposta dialógica mais crível pragmaticamente.

³³ É preciso ressaltar, entretanto, que, em razão das poucas vezes em que a cláusula não obstante foi utilizada no Canadá, alguns autores defendem que, na realidade, existe uma submissão do parlamento às cortes, e não um diálogo entre ambas as instituições. Vide, por exemplo: MANFREDI, Christopher; KELLY, James. Six Degrees of Dialogue: A response to Hogg and Bushell. *In: Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 3. Toronto: York University, 1999.

De fato, existem estudos que apontam que, no Brasil, onde não há previsão normativa que facilite o diálogo entre instituições, este é muito reduzido, acontecendo apenas em circunstâncias específicas. Especialmente no que se refere a decisões judiciais relativas à concretização de direitos sociais, vale citar pesquisa de 2017, que analisou 45 acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal entre 2004 e 2016, na intenção de avaliar se a postura adotada pela corte tende mais ou ativismo ou à autocontenção e constatou, nos votos dos julgadores, referências – embora não a prática – de comunicações institucionais (ÁVILA; MIRANDA, 2017).

Por meio do estudo em questão, constatou-se que o STF costuma adotar posicionamentos divergentes em resposta a demandas individuais daqueles adotados para demandas coletivas por direitos, quando há total omissão na realização de políticas públicas – aparentemente demonstrando ciência dos efeitos perversos que podem advir da interferência judicial em políticas públicas, o que traria mais consequências negativas em casos coletivos. Nesse sentido, a pesquisa, além de diferenciar os acórdãos analisados quanto à pluralidade de agentes (individuais ou coletivos), dividiu-os em grupos conforme o tipo de omissão praticada pelo poder público na efetivação de direito social.

No primeiro grupo, foram analisadas decisões em casos nos quais havia regulamentação do direito constitucional e a implementação de política pública, mas sem que esta estivesse em situação regular. Aí, ter-se-ia a atuação *stricto sensu* do Judiciário, ou seja, caberia ao Judiciário apenas determinar que fossem seguidas as normas legais que impõem ao poder público o cumprimento da prestação pleiteada pela parte (ÁVILA; MIRANDA, 2017, p. 527). O recurso ao poder judicial, nesse caso, dá-se primordialmente para que se possa fazer uso dos meios executivos à disposição do Poder Judiciário (como bloqueio de valores em contas bancárias dos entes públicos, por exemplo), mas os juízes não *criam* direitos tampouco controlam decisões políticas.

Em um segundo grupo de acórdãos, as autoras reuniram os casos nos quais havia política pública regulamentada e regularmente prestada, mas o direito postulado pela parte não estava incluído nesta política. Nesses casos, foi identificado um perigoso espaço para a manifestação do ativismo judicial. Esses casos veiculavam pedidos de prestações fáticas não expressas na Constituição e também não consolidadas na regulamentação existente quanto à política pública aplicável, por uma escolha política do legislador. Em sete dos acórdãos analisados, o STF determinou a

concessão de medicamentos ou tratamento médico não incluídos na política de saúde (ÁVILA; MIRANDA, 2017, p. 529-530):

Ao impor determinado dever prestacional que não conta com previsão legal, o Poder Judiciário, em ofensa ao princípio da separação dos poderes, está avocando para si funções atribuídas aos Poderes Legislativo e Executivo, que são os poderes competentes para eleger as prioridades sociais a serem atendidas de acordo com a utilização racional dos recursos públicos. Nesses casos, as escolhas já realizadas pelos poderes democraticamente eleitos acabam sendo substituídas pelas prioridades estipuladas pelo Poder Judiciário, em afronta direta ao princípio democrático e com a consequente realocação de recursos que não contam com previsão em lei orçamentária. O STF, porém, considera legítima essa forma de atuação; por ser o guardião da Constituição, argumenta que lhe cabe a função de tutela dos direitos sociais constitucionalmente previstos sem que isso configure violação ao princípio da separação dos poderes.

Em outra ação em que também havia política pública regulamentada e implementada, mas que se tratava de demanda coletiva, o STF determinou a sua alteração, impondo que ela fosse executada da maneira proposta pelo Ministério Público na petição inicial da ação civil pública. Nesse caso, o relator pontuou em seu voto que a densidade constitucional do direito social à educação “não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público [...] disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação” (BRASIL, 2011, p. 158).

Nesses casos, predominou na fundamentação das decisões o entendimento sobre a injustificável omissão dos poderes competentes, tendo-se em vista a positivação constitucional dos direitos em jogo. Conforme argumentação da corte constatada reiteradamente em casos assim, “A limitação recursal é considerada como um fator secundário, que deve ceder num juízo de ponderação em face do direito” (ÁVILA; MIRANDA, 2017, p. 530).

Por fim, em um terceiro grupo, restaram classificados os casos de total omissão do poder público, nos quais sequer havia política pública prevista para a concretização de determinado direito social constitucionalmente protegido. Em demandas assim com cunho individual, a posição do STF foi no sentido ativista, impondo ao ente público uma prestação que tutelasse o direito do autor da ação. Entretanto, deve ser feita a crítica de que, por questões de igualdade, “a omissão [só] seria remediada de forma

efetiva pela implementação e execução da política social pelos poderes competentes de forma a atender a toda coletividade” (ÁVILA; MIRANDA, 2017, p. 532).

Já em casos de omissão total, mas abordados em demandas coletivas, em aparente demonstração de consciência quanto à dificuldade de elaborar e concretizar judicialmente políticas públicas, foi constatada maior autocontenção do STF, que, predominantemente, adotou a postura de determinar à entidade competente a formulação e a implementação da política pública respectiva (ÁVILA; MIRANDA, 2017, p. 537). Além disso, em casos tais verificou-se maior preocupação em atribuir efeitos gerais às decisões e certa deferência, apesar de ainda tímida, à prática de diálogos institucionais.

Exemplificativamente, no RE 592.581 (que não tratava de omissão total, mas de política regulamentada e não implementada regularmente), muito embora seu resultado tenha sido a imposição da adoção de determinadas medidas pelo poder público, na fundamentação do caso, o Ministro Luís Roberto Barroso ponderou sobre o respeito à separação de poderes e às capacidades institucionais de cada Poder. Entendeu o Ministro que a forma adequada de convivência entre os Poderes se daria através de um diálogo institucional. Nessa situação de diálogo, “o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário” (BRASIL, 2015, p. 99).

O que esse estudo demonstra é que, apesar do reconhecimento da relevância das teorias dialógicas, os ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal brasileiro tendem a não as adotar na prática. Pelo contrário, na maioria das situações sobre a efetividade de direitos sociais eles entendem que estão imbuídos de um dever de guarda da Constituição que os impediria de adotar outra posição que não a determinação de implementação da medida postulada pela parte. Apenas diante de demandas coletivas em que havia omissão total dos outros poderes (tanto na regulamentação quanto na implementação de política concretizadora de determinado direito), a corte superior, possivelmente conscientizando-se das dificuldades e de suas limitações para o delineamento de uma política pública, optou por uma espécie de diálogo (se é que pode ser chamado assim, em razão de não haver um verdadeiro debate) com o legislador, determinando que este providenciasse a regulamentação do direito. Essa análise corrobora a crítica feita por Roberto Gargarella (2016, p. 74),

no sentido de que, no contexto atual, o debate democrático só se realiza se a vontade discricionária das autoridades judiciárias assim determinar.

A partir dessa visão geral sobre as principais teorias do diálogo, seus defensores e seus críticos, podem-se fazer algumas constatações relevantes sobre a possibilidade de fornecer ao Poder Judiciário mecanismos que auxiliem na melhor resolução de demandas judiciais sobre direitos sociais, com uso do diálogo institucional com o Executivo – indo na direção do objetivo do presente estudo.

Apesar da riqueza das contribuições das teorias dialógicas, entretanto, é preciso destacar que as teorias abordadas predominante se referem ao diálogo institucional como aquele que venha a ocorrer entre Judiciário e Legislativo (até mesmo em razão da história por trás do surgimento de tais teorias, que está atrelada à tensão entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa), mas não se referem especificamente ao Executivo. É fato que é imprescindível a ação legislativa para regulamentar políticas públicas concretizadoras de direitos sociais constitucionalmente previstos. Todavia, a regulamentação em lei não é o último passo na efetivação de direitos sociais: este cabe ao administrador público do Poder Executivo, que fará a conformação entre as reais possibilidades fáticas e as determinações legais, fazendo escolhas (por vezes trágicas³⁴) de prioridades e traçando um plano de execução concreto.

Logo, para que se possam extrair conclusões suficientemente enraizadas na teoria e na prática, analisando também a possibilidade de incluir o Poder Executivo na realização de diálogos institucionais, é relevante a análise da realidade de como os processos sobre direitos sociais, objeto do presente estudo, são conduzidos na prática, a fim de procurar evitar a elaboração de uma proposta exageradamente prescritiva, porém sem suporte fático.

Assim, dedica-se o subcapítulo seguinte à investigação empírica e à análise de dados coletados nos processos judiciais relativos aos direitos à saúde e à educação ajuizados contra o Município de Dois Irmãos entre 2010 e 2019, de onde se extraem

³⁴ O conceito de *escolhas trágicas* foi cunhado por Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978). O Supremo Tribunal Federal já o considerou em suas decisões, abordando-o como sendo “o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornas concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro”. Apesar de relembrar a tese, no entanto, neste voto, o Ministro Celso de Mello a desconsiderou, entendendo que a ineficiência administrativa e a incapacidade de gerir os recursos públicos “não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável [...]” (BRASIL, 2010, p. 116, 133).

conclusões sobre a dinâmica de tais processos, sobre a existência de diálogos institucionais no curso das demandas ou sobre a possibilidade de incorporá-los.

4.2 O caso do Município de Dois Irmãos: a possibilidade de implementação de diálogos institucionais em matéria de direitos sociais na prática

Apostar em diálogos institucionais para que os agentes públicos envolvidos na formulação, na execução e na avaliação de políticas públicas tenham melhor embasamento na tomada de decisão ainda parece utópico na realidade brasileira. Assim, a fim de que as teorizações aqui expostas não restem igualmente utópicas e sem aplicabilidade, parece útil uma análise concreta sobre: a) como o Poder Judiciário reage no processo e julgamento de ações envolvendo direitos sociais; b) se o Judiciário aplica, em alguma medida, diálogos institucionais; c) bem como, a partir da realidade empiricamente constatada, quais medidas de diálogos institucionais podem ser sugeridas para que a concretização de direitos sociais atinja seu ápice, potencializando os efeitos positivos que podem advir do controle judicial e evitando, tanto quanto possível, as consequências nefastas da intervenção judicial excessiva.

Recorda-se o posicionamento de Christine Bateup, para quem as teorias dialógicas mais prescritivas apresentam problemas por não estarem suficientemente embasadas no modo como a revisão judicial ocorre no mundo real. Nas palavras da autora, mesmo que tais teorias “forneçam uma explicação prescritiva atrativa sobre o papel que as cortes *deveriam* desempenhar em circunstâncias ideais [...] suas prescrições são muito desconexas da realidade da prática judicial inserida na prática constitucional mais ampla” (BATEUP, 2006, p. 1121-1122, tradução nossa)³⁵.

Diante disso, para que não se recaia no equívoco das teorias prescritivas, busca-se analisar a dinâmica do processo judicial no qual é discutida a efetividade e a extensão de direitos sociais. Somente depois (e a partir) dessa análise, buscar-se-á estabelecer teorizações e alternativas devidamente enraizadas na realidade prática.

³⁵ “In other words, even if they provide an attractive prescriptive explanation of the role that courts *should* play in ideal circumstances, [...] their prescriptions are too disconnected from the realities of judicial practice within the broader constitutional order”.

4.2.1 Alguns aspectos metodológicos

A fim de atingir o objetivo de extrair conclusões que não se distanciem da observação fática, o presente trabalho é conduzido pelas premissas da teorização fundamentada nos dados ou *grounded theory*³⁶ (GT), a qual exige “um enraizamento vital na experiência dos fatos” (TAROZZI, 2011, p. 20). Optou-se pelo uso dessa metodologia por ser “um tipo de pesquisa que permite explorar em profundidade as práticas, os discursos, e/ou as ideias – e as relações entre estes elementos – dos atores sociais e jurídicos, em determinado contexto e em determinada situação” (CAPPI, 2017, p. 403). Logo, como o que se pretende é explorar em que medida a prática e a ideia dos diálogos institucionais podem contribuir para o incremento da materialização dos direitos sociais, entende-se adequado o uso dessa teoria.

A teorização fundamentada nos dados caracteriza-se por ser prevalentemente indutiva, dispensando uma ou mais hipóteses bem delimitadas a serem testadas. Na verdade, seguindo-se essa metodologia, pretende-se gerar hipóteses que conduzam à elaboração de uma proposta teórica (CAPPI, 2017, p. 397), ou seja, as hipóteses exploradas são fruto já da observação. Por essa razão, parte-se da hipótese geral de que os diálogos constitucionais entre Executivo e Legislativo podem contribuir para incrementar o nível de materialização de direitos sociais, sem adentrar em especificações sobre de que forma isso poderia ocorrer: pormenores decorrerão da realidade observada.

Com isso, visa-se a abandonar a visão tradicional em que todos os passos da pesquisa são definidos *a priori*, muitas vezes enrijecendo excessivamente o estudo e não permitindo que ele se adapte para englobar outros fenômenos importantes para a realidade observada mas que, por em um primeiro momento serem desconhecidos ou terem sua relevância ignorada, foram deixados de fora do objeto estudado. A partir da adoção da *grounded theory*, a coleta e a análise de dados ocorrem simultaneamente, permitindo que constantemente se redirecione a coleta conforme o

³⁶ Carmem Lussi, tradutora da obra *O que é a grounded theory?* (TAROZZI, 2011), prefere utilizar a nomenclatura em inglês, porquanto entende inexistir um adjetivo equivalente em português, que permita a tradução do termo sem perder sua riqueza semântica. Assim, entende a autora que a teorização “fundamentada”, “enraizada” ou “emergente” nos dados não é a nomenclatura mais adequada. Apesar disso, no presente trabalho serão privilegiadas as denominações em português ou a sigla para a versão inglesa (GT).

que fora compreendido dos dados já analisados; diz-se que há um “percurso inicial aberto” (CAPPI, 2017, p. 402).

Nessa lógica, nenhuma categoria de dados é, de plano, considerada relevante; pelo contrário, os dados relevantes são os que assim se revelam durante a análise e coleta. Em razão disso, é possível que, após ter se entendido que certo aspecto observado é relevante para o estudo, seja necessário reanalisar informações – desta vez com a percepção de quais são as categorias mais importantes. Logo, o processo da teorização fundamentada em dados não é linear, mas repleto de regressos, pelo que Tarozzi entende que o andamento de uma *grounded theory* seria melhor representado graficamente por uma espiral do que por uma linha reta (2011, p. 61).

Seria contraproducente descrever todas as voltas pelas quais se passou durante a espiral de teorização fundamentada em dados feita no presente estudo. Para a compreensão do caminho percorrido nesta pesquisa julga-se suficiente abordar as delimitações feitas, justificando algumas escolhas.

Para obter dados referentes à prática judicial em processos relativos a direitos sociais, optou-se por focar nas ações ajuizadas em face do Município de Dois Irmãos, no Rio Grande do Sul, versando sobre os direitos sociais à educação e à saúde. A escolha por analisar demandas contra um único ente público fez-se em razão da necessária delimitação que deve ser dada ao presente estudo, e a fim de se reduzir as diferentes variáveis que influenciam as posturas dos atores no transcorrer do processo, as quais podem ser muito divergentes, a depender do contexto social.

Já a opção por uma análise centrada no Município de Dois Irmãos justifica-se por dois fatores: em primeiro lugar, pela facilidade de acesso³⁷ que esta pesquisadora, servidora pública do município em questão, possui em relação aos dados necessários; em segundo lugar, mas não menos importante, pelo fato de que o referido município ostenta posição de destaque no que se refere à efetivação dos direitos sociais de sua população, sendo o sexto Município no país com menor privação nos direitos a saúde,

³⁷ A facilidade de acesso a dados foi fator relevante no direcionamento da presente pesquisa. Cabe mencionar que as tratativas com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para fornecimento de estatísticas sobre processos judiciais relativos a direitos sociais restaram infrutíferas, pois o Tribunal informou não possuir estatísticas prontas sobre o número de processos ajuizados. O acesso ao acervo de processos, para que estes fossem analisados conforme as necessidades do estudo também não foi permitido, pois foi informado que a permanência nas dependências do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul durante a pandemia de COVID-19 só seria autorizada em situações excepcionais.

educação e habitação³⁸. Dessa forma, práticas adotadas em Dois Irmãos merecem estudo, especialmente quanto à identificação de padrões que possam ser transpostos para a realidade de outros municípios, auxiliando que estes também logrem êxito na implementação de altos níveis de satisfação dos direitos sociais de sua população.

Estabelecido qual o ente público envolvido nos processos judiciais que se pretende analisar, fazem-se necessárias mais três delimitações: uma de ordem material, outra temporal e, por fim, uma jurisdicional. A limitação material é necessária ante à vasta gama de direitos sociais existentes, já que a Constituição Federal de 1988 consolidou vários: alimentação, moradia, saúde, educação, transporte, lazer, dentre outros. Realizando uma análise quantitativa do número de processos ajuizados contra o Município de Dois Irmãos, constata-se que os direitos mais frequentemente levados à discussão judicial são os direitos à saúde, em primeiro lugar, o direito à educação (especialmente infantil) e o direito à moradia (embora este último represente uma porcentagem muito pequena dos processos ajuizados).

Nesse ponto, para delimitação do objeto de pesquisa, valeu-se de uma marca registrada da teorização fundamentada nos dados: a amostragem teórica. Isso significa que a amostra utilizada não foi estritamente definida *a priori*, mas foi sendo ampliada progressivamente ao longo da coleta de dados, até que as necessidades teóricas do presente estudo fossem preenchidas (TAROZZI, 2011, p. 22-23). Diante disso, iniciou-se a análise pelos processos judiciais sobre o direito à saúde, presentes em maior número. Entretanto, dada a excessiva padronização mediante a qual esses processos são conduzidos, em um processo quase mecânico (salvo algumas exceções pontuais), julgou-se apropriado ampliar a amostra para que mais dados fossem analisados. Por essa razão, incluíram-se os processos versando sobre o direito à educação na amostragem. Por fim, dada a suficiência dos dados obtidos nas

³⁸ A Fundação Oswaldo Cruz (2020a) lançou recentemente o índice brasileiro de privação (IBP), o qual “informa níveis de privação material ou, de um modo mais geral, níveis de posição socioeconômica, em diferentes áreas geográficas do Brasil”. De acordo com a própria instituição, o índice torna “possível analisar desigualdades sociais e em saúde em pequenas áreas”, bem como serve para apoiar “gestores, servidores, profissionais da saúde e pesquisadores na tomada de decisões relativa ao planejamento e avaliação de políticas públicas, nos âmbitos da saúde, da educação, da habitação, saneamento básico, entre outras” – daí a pertinência de considerar esse índice no presente estudo, que trata justamente de buscar melhores alternativas à implementação de políticas públicas, apostando no diálogo institucional como uma ferramenta. No *ranking* do IBP (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020b), o Município de Dois Irmãos ostenta a sexta posição nacional, a quarta posição na região Sul e a terceira posição no Estado do Rio Grande do Sul dentre as cidades com menor privação quanto às condições de saúde, educação e habitação, dentre outras.

matérias de saúde e educação e considerando os poucos processos existentes sobre o direito à moradia, reputou-se a amostra suficiente, sem necessidade de analisar os casos relativos a este último direito.

Quanto ao aspecto temporal, pareceu lógico excluir os processos ajuizados no ano de 2020, especialmente considerando a pandemia de COVID-19, que causou anormalidades nas demandas judiciais (o acesso da população a advogados certamente restou dificultado em razão da adoção em massa do trabalho domiciliar – notadamente por parte da Defensoria Pública – e, por outro lado, é possível que tenha aumentado o número de ações judiciais discutindo o direito à saúde em virtude do aumento na ocupação de leitos de hospitais provocado pela pandemia). Com isso, iniciou-se a análise pelos processos ajuizados no ano de 2019 e foi se estendendo a análise retroativamente até as ações ajuizadas no ano de 2010 – ao final do que se julgou a amostra suficientemente saturada. Nesse aspecto, novamente foi feito uso da faculdade da amostragem teórica, sem delimitá-la *a priori*. A delimitação foi feita, assim, no decorrer do processo de recolhimento de dados.

Por fim, quanto ao aspecto da jurisdição, definiu-se que seriam analisados os processos durante seu trâmite na primeira instância, em qualquer das Varas da Comarca de Dois Irmãos. Em razão de sua insignificância numérica, não foram objeto do estudo as ações que tramitaram perante a Justiça Federal. Já a opção por análise dos processos durante seu trâmite na primeira instância justifica-se por ser “certo que a maior demanda dessa proteção [de direitos sociais e econômicos] concentra-se nas instâncias inferiores, notadamente na primeira instância” (CAMPOS, 2014, p. 329).

Portanto, sintetizando a amostra deste estudo, têm-se os processos ajuizados entre os anos de 2010 e 2019, contra o Município de Dois Irmãos, nos quais se postulava a garantia dos direitos sociais à saúde ou à educação, durante seu trâmite em qualquer das Varas da Comarca de Dois Irmãos. Dispensaram-se as ações relacionadas à saúde nas quais o pedido principal era o de internação compulsória tendo em vista que discussão central foge das premissas principais sobre a efetivação e a extensão do direito à saúde, já que, nesses casos, atenção especial costuma ser dispensada à situação particular do indivíduo que se postula seja internado compulsoriamente.

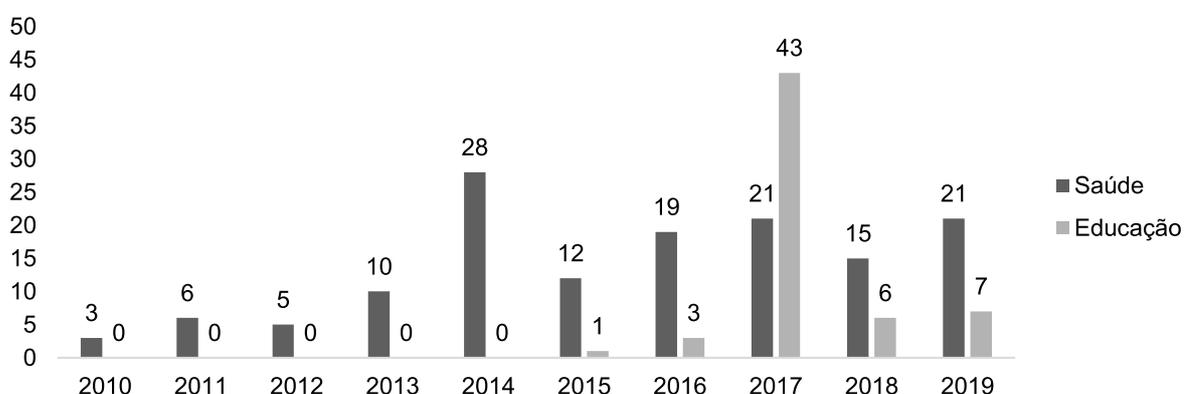
Já que o objetivo da análise é concluir se houve ou se pode haver a adoção de alguma prática de diálogo institucional e teorizar sobre em que medida os diálogos podem contribuir para que haja incremento no nível de concretização de direitos

sociais, minorando-se as consequências nocivas que podem advir da interferência judicial excessiva nas políticas públicas formuladas pelo Executivo, não se optou por uma abordagem quantitativa. Por isso, na coleta dos dados, embora tenha se buscado abranger todos os processos relativos a direitos sociais ajuizados entre os anos de 2010 e 2019, entende-se não haver prejuízo caso alguma demanda judicial pertinente tenha ficado de fora da análise. Isso porque a pesquisa conduzida preocupou-se mais com a forma de condução do processo judicial e o nível de diálogo estabelecido entre as instituições através dele do que com o número total de processos ajuizados em cada ano.

Soma-se a essa circunstância a dificuldade prática de saber efetivamente quantos processos foram ajuizados em face do Município de Dois Irmãos versando sobre as temáticas em questão. Inexiste uma sistematização de dados nesse sentido, tanto por parte do Poder Judiciário estadual, quanto por parte do Município envolvido nos processos. Dessa forma, a coleta de dados foi feita no acervo da Prefeitura Municipal – fator que não permite descartar a possibilidade de que algum processo estivesse ausente do arquivo utilizado para a pesquisa. Contudo, ressalta-se: como o foco dessa parte do estudo não é quantitativo, acredita-se que essa circunstância não acarretará prejuízos ao resultado do trabalho.

Partindo de todas essas premissas (algumas delas estabelecidas durante o processo de recolhimento de dados), foram analisados 200 processos judiciais em sua integralidade, divididos entre as matérias de saúde e educação, conforme o gráfico:

Gráfico 1 – Distribuição da amostra analisada



Fonte: Elaborado pela autora.

Conforme se vê, há predominância dos processos que abordam o direito à saúde. Entretanto, consoante já afirmado, as ações sobre esse direito possuem trâmite muito parecido entre si, de maneira que mesmo a análise de 140 processos não trouxe todas as contribuições necessárias às conclusões do presente estudo. Dessa forma, valendo-se do tributo da amostragem teórica, que permite a sua expansão *a posteriori*, optou-se pela inclusão também dos processos sobre educação. Assim, a análise ocorreu simultaneamente à catalogação dos dados, influenciando previamente na escolha de quais dados mereceriam ser recolhidos e registrados.

4.2.2 Teorização fundamentada nos dados: a aprovação conjunta do plano de execução de políticas públicas como proposta

Após uma imersão preliminar nos dados, pode-se definir a pergunta gerativa da pesquisa (TAROZZI, 2011, p. 65), nos seguintes termos: “O que acontece em processos judiciais sobre os direitos sociais à saúde e à educação quando o Poder Judiciário estabelece diálogo com o ente público responsável por sua efetivação?”

A primeira constatação a que se chegou foi relativa à mecanização do processo judicial relativo a direitos sociais, havendo pouquíssimo espaço para a construção de diálogos. A grande maioria dos processos que foram analisados se desenvolveu em um mesmo passo a passo que se iniciou na petição inicial, continuou com duas manifestações do ente público réu (a primeira relativa ao cumprimento da medida liminar usualmente deferida e a segunda consistente na contestação) e, após manifestação ou inércia das partes sobre o interesse na produção de provas, resultou em sentença (normalmente de procedência da integralidade dos pedidos formulados contra o ente público).

É evidente que esse desencadeamento lógico é típico do processo judicial e provavelmente ocorre de forma similar nas ações que versam sobre outras matérias. Ora, os procedimentos judiciais em geral foram pensados para resolver a lide entre um sujeito que alega um direito usualmente regulamentado em lei ou em contrato em detrimento de outro sujeito. Porém, essa sistemática foi incorporada praticamente sem ressalvas em ações judiciais para se pleitear direitos constitucionais sociais efetivados mediante políticas públicas, ignorando-se que, nestes casos, na esteira da lição habermasiana, o direito postulado pelo autor da ação é pleiteado em face de toda a sociedade, que arcará com os custos do direito mediante verbas públicas e deixará

de ter tais verbas aplicadas em seu favor através da política para a qual a receita foi anteriormente destinada.

Assim, enquanto no processo privado analisam-se as situações das duas partes (requerente e requerida), no processo sobre direitos sociais contra entes públicos, analisa-se a situação do autor da ação em face do Estado. No entanto, neste é inviável que se analise a posição de todos os sujeitos em detrimento dos quais o pedido da parte autora se opera. Isso porque esses sujeitos são indeterminados, consistindo em todo o grupo de potenciais beneficiários de alguma outra política pública que seria mantida com a verba pública que foi deslocada para atender ao direito pleiteado judicialmente. Percebe-se que o processo judicial não supera posição criticada por Habermas, pois ainda trata o cidadão como destinatário do direito e o Estado como seu autor, ignorando que os cidadãos são simultaneamente autores e destinatários dos direitos criados.

Em diversos processos, constatou-se que o Município de Dois Irmãos fez a juntada aos autos do processo de documentação que informava a situação global de execução da política pública questionada em juízo. No processo nº 145/5.16.0000114-0, no qual se postulava vaga em creche para infante, por exemplo, foi juntado ofício da prefeita em exercício na época, no qual ela expôs que a instituição infantil na qual a autora postulava inscrição possuía uma fila de 67 crianças, estando a requerente na 57ª posição. Apesar disso, liminarmente, foi determinado que o Município providenciasse em cinco dias a matrícula da infante que ajuizou a ação, bem como foi proferida sentença de procedência do pedido, sem qualquer menção aos efeitos negativos que a imediata matrícula de alguém que estava ao final da fila de espera poderia acarretar aos infantes que estavam no início da fila, aguardando vaga há ainda mais tempo.

Esse aspecto reforça a incapacidade do Poder Judiciário para decidir (e interferir) sobre políticas públicas, pois, segundo ressalta Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2011, p. 2016), “em um só processo, não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas”. Da mesma forma, fica evidente que, ao decidir a situação individual do processo em julgamento, o Judiciário não possui mecanismos para avaliar o impacto de suas decisões sobre a totalidade dos usuários da política pública, que podem acabar prejudicados por uma decisão singular.

É aí que se acredita existir espaço para o estabelecimento de um diálogo institucional entre o Judiciário e o executor das despesas públicas como medida para reduzir a incapacidade judicial de fazer uma análise global da política social e, então, decidir sobre o direito de determinado cidadão a uma prestação social, sem desconsiderar que a alocação de verbas para custear certo direito implicará diretamente na impossibilidade de aplicação desta verba em outro benefício social.

Ao que tudo indica, já há, por parte de alguns julgadores, a percepção das limitações de sua atuação e da inadequação dos instrumentos de que podem lançar mão para proferir decisões judiciais sobre políticas públicas. Similarmente ao que foi percebido no estudo já citado de Ávila e Miranda (2017), no qual houve autocontenção do STF em casos em que era necessária a elaboração de política pública, em alguns dos processos aqui analisados, se constatou a abertura de espaços atípicos para que o Poder Executivo pudesse se manifestar nos autos, informando sobre a situação da parte autora e da política pública objeto da ação judicial. Em algumas hipóteses tal ocorreu antes mesmo da citação do ente público, possibilitando que a decisão do pedido de antecipação dos efeitos da tutela judicial da parte autora pudesse ser tomada considerando-se uma maior quantidade de informações ou até mesmo extinguindo o processo em razão da resolução da lide pela via administrativa, sem a necessidade de adoção de medidas processuais.

Entretanto, um fato que merece atenção quanto a esse ponto é que dita “abertura de espaços atípicos” para manifestação do Executivo parece acontecer conforme a vontade de cada julgador. A partir dessa verificação, passou-se a analisar quem foi o juiz responsável pela condução do caso e, especialmente, pelo proferimento da decisão de antecipação ou não dos efeitos da tutela e pela prolação de sentença. Como a amostra de processos analisados foi proveniente de comarca com um único juiz, ao todo, nos casos da amostra, houve apenas sete julgadores atuantes (três titulares da comarca e quatro que atuaram em casos de férias ou impedimento do juiz titular).

A observação do comportamento adotado frente a cada um dos casos por cada um dos julgadores revelou que, apesar da mecanicidade com que a imensa maioria dos processos judiciais analisados foi conduzido, quando houve a concessão de um espaço atípico para o ente público se manifestar sobre a política pública que estava sendo questionada pela parte autora, essa concessão decorreu de uma postura particular do julgador. A mesma atitude não foi adotada pelos demais juízes que

atuaram em casos muito parecidos na mesma comarca nem seguiu algum procedimento ou protocolo recomendado pela jurisprudência ou doutrina, o que reforça a percepção de que a atitude decorreu de um voluntarismo do julgador.

A fim de ilustrar essa situação, cite-se que, no ano de 2017, foram ajuizados contra o Município de Dois Irmãos diversos processos em que se pleiteava a garantia de vaga em creche para infantes. A juíza atuante na comarca à época adotou como praxe, antes da citação do ente municipal e da análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, remeter ofício ou e-mail ao gabinete do prefeito, a fim de que fossem prestadas informações ao juízo sobre a existência de vagas em creches municipais, sobre os motivos de a criança autora da ação não ter sido matriculada e sobre a possibilidade de matriculá-la.

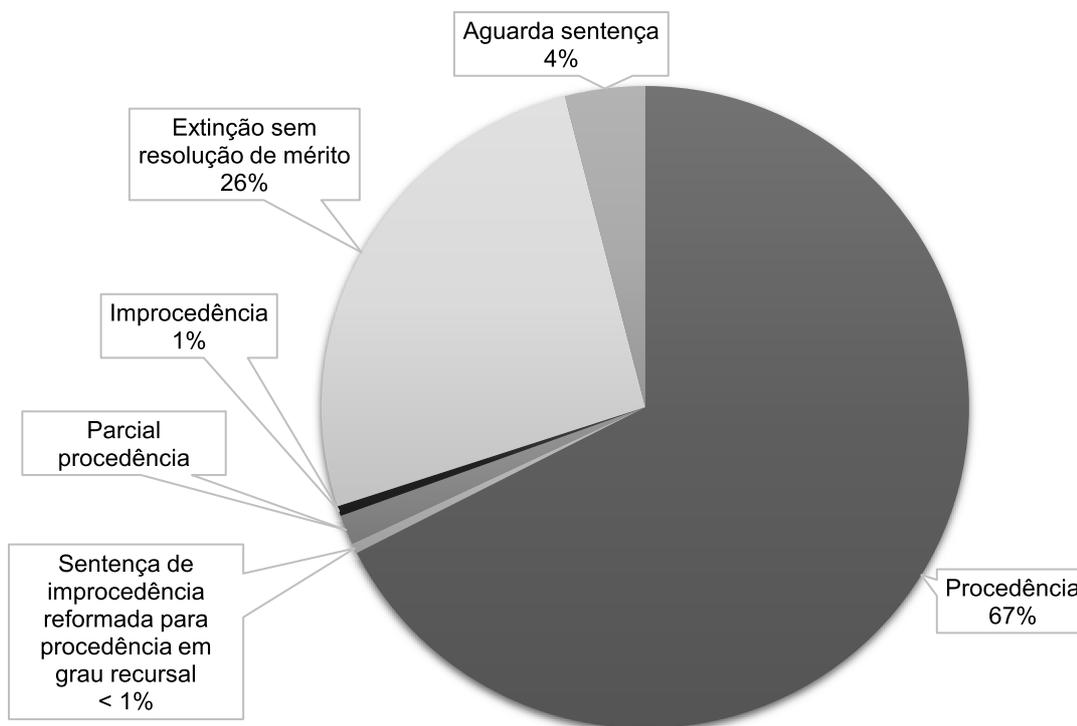
A título exemplificativo, a adoção do procedimento referido pode ser constatada, dentre outros, nos processos de número 145/5.17.0000104-5, 145/5.17.0000135-5, 145/5.17.0000136-3, 145/5.17.0000144-4 e 145/5.17.0000147-9. Em alguns desses casos, foi prontamente dado fim ao processo judicial sem resolução de mérito em razão de manifestação do Poder Executivo assegurando a vaga postulada. Essa dinâmica evidencia como, por vezes, a atuação direta do executivo pode responder às demandas sociais de forma muito mais ágil do que mediante coerção do judiciário.

Em um estudo sobre a judicialização da saúde e diálogos institucionais, pesquisadores já haviam relatado caso em que houve a criação de um núcleo de conciliação em matéria de medicamentos, o qual gerou redução do número de litígios judiciais e impactou positivamente sobre a qualidade do sistema de saúde local – tudo motivado por interesse especial e pessoal do magistrado que atuava no local à época (ASENSI; PINHEIRO, 2016).

Essas constatações, conjugadas, revelam uma característica que Godoy (2015, p. 165) já havia notado: o comportamento dialógico precisa ser incentivado, especialmente por previsão normativa que o promova. Caso contrário, por melhores que possam ser os benefícios da adoção de diálogos institucionais, a prática ficará “dependente do mero voluntarismo de cada Poder ou de seus membros” – assim como ocorreu nos processos analisados, em que o diálogo se estabeleceu por força da vontade pessoal de uma dentre os sete juízes que tiveram alguma participação no processamento dos casos da amostra.

Uma segunda conclusão que se pode extrair dos dados analisados, em adição à conclusão sobre a mecanização do processo, se refere à falta de deferência do Poder Judiciário para com as escolhas políticas feitas pelo legislador e pelo executor das políticas públicas. Dos 200 processos analisados, em apenas um houve o julgamento de improcedência dos pedidos formulados pela parte autora em face do Município³⁹, conforme explicita o gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Teor da decisão final nos processos analisados



Fonte: Elaborado pela autora.

Como se vê, praticamente dois terços dos processos sobre saúde e educação analisados foram julgados procedentes em face do Município de Dois Irmãos - situação bastante instigante para um ente público notoriamente conhecido por entregar serviços públicos de qualidade à sua população⁴⁰. Afinal, se as políticas

³⁹ Trata-se do processo nº 145/5.19.0000045-0, no qual se postulou que o Município de Dois Irmãos fosse condenado a assegurar a uma criança vaga em creche em horário estendido, superior às sete horas diárias que são previstas para a jornada integral, conforme previsto no artigo 31, inciso III, da Lei Federal nº 9.394 (BRASIL, 1996).

⁴⁰ Quanto a esse aspecto, julgo relevante referir que, entre todos os processos sobre saúde analisados, em apenas dois a parte autora postulava medicamentos constantes da lista de fármacos que devem ser obrigatoriamente fornecidos pelos municípios. Em um dos casos em questão (processo nº 145/1.11.0001399-0), a parte autora não estava recebendo o medicamento porque não

públicas estão sendo executadas de maneira satisfatória, o que justifica tamanha intervenção judicial?

Aparentemente, a postura adotada pelo Poder Judiciário é incapaz de referendar as escolhas políticas feitas, que, dada a finitude de recursos e os custos de direitos, acabam estabelecendo prioridades e, invariavelmente, deixando demandas consideradas menos prioritárias desatendidas. Entretanto, dentre todas as sentenças de procedência analisadas (as quais reconheceram, portanto, o direito da parte autora a uma prestação de saúde ou de educação), nenhuma afirmou que a política pública formulada e/ou executada pelo ente público (no caso, o Município de Dois Irmãos) era falha ou equivocada e que, por isso, deveria sofrer intervenção judicial; em nenhuma delas houve menção de que as prioridades eleitas pelo ente público deveriam ser modificadas. A decisão, em geral, se fundamentou na existência de um direito fundamental da parte, o qual não estaria sendo assegurado pelo Estado; não houve, em nenhuma sentença⁴¹, abordagem sobre a limitação orçamentária intrínseca a toda execução de políticas públicas, que impõe a eleição de prioridades e que, por consequência lógica, impõe que demandas consideradas não prioritárias resem desatendidas.

Assim, muito embora juízes e tribunais dificilmente tenham se manifestado, na amostra analisada, de forma contrária às prioridades eleitas administrativamente, se opuseram com frequência ao que não foi considerado prioritário pela Administração Pública – oposição que se manifestou com o julgamento de procedência de praticamente todos os pedidos judiciais de atendimento a necessidades relevantes, mas que foram consideradas não prioritárias pela Administração e, portanto, não restaram cobertas por políticas públicas ou não foram atendidas de forma imediata. Em suma, nos casos analisados, o Judiciário abordou a efetivação de direitos sociais

o havia requerido na via administrativa. Em outro (nº 145/1.14.0001077-5), houve interrupção do fornecimento da medicação em razão de problemas administrativos na sua aquisição. A quase ausência de processos ajuizados em que se postule fármaco que deva ser fornecido pelo Município e que não tenha sido entregue à parte mesmo após requerimento administrativo permite concluir que, em geral, o Município de Dois Irmãos fornece aos seus municípios todos os medicamentos que, conforme a divisão feita entre os entes federativos, são de sua incumbência.

⁴¹ Em uma decisão interlocutória, que decidiu sobre a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, houve menção à limitação orçamentária. Trata-se do processo nº 145/5.17.0000099-5, em que a juíza substituta em atuação entendeu que, como os pais de criança que postulava vaga em creche possuíam renda mensal razoável, deveria ser realizada uma conciliação dessa situação com a vastidão de direitos sociais que os entes públicos devem garantir à população. Esse entendimento, todavia, não prosperou na sentença proferida posteriormente pela magistrada titular da vara, que entendeu que, havendo direito constitucional à educação, a vaga postulada deveria ser assegurada pelo ente estatal.

como se a sua realização não dependesse de escolhas: procurou conferir efetividade a todos os direitos levados a julgamento, como se pudesse assegurar-lhes a utópica máxima efetividade.

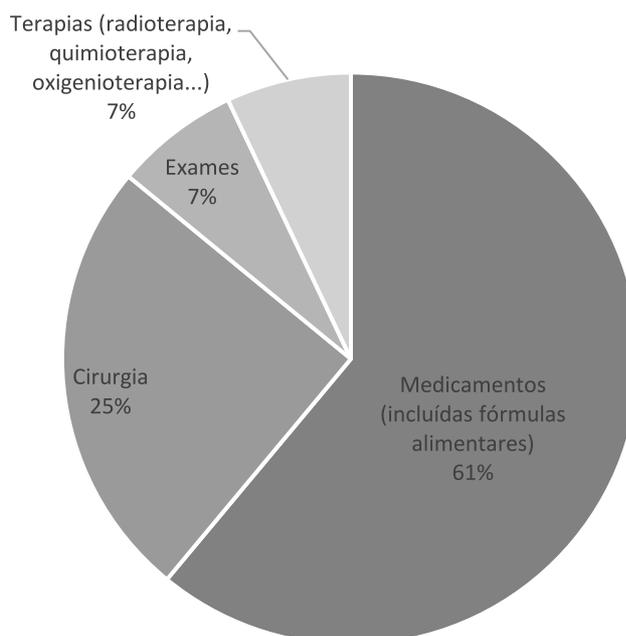
Ocorre que, ao determinar que o poder público forneça atendimento a uma demanda que não foi contemplada administrativamente, o Judiciário inevitavelmente está fazendo uma escolha – pois a limitação de receitas impõe que, para atender à demanda judicializada, se deixe de atender alguma outra necessidade anteriormente prevista – porém não vê em detrimento do que (e de quem) está escolhendo. Afinal, a difícil escolha do que será desatendido para tornar possível o cumprimento da decisão judicial caberá aos agentes públicos do Executivo, não aos juízes.

Ao que tudo indica, nos processos cujo pedido consistia na concessão de vaga em creche, foi mais evidente que a mera determinação judicial de que se conceda uma determinada prestação não é suficiente, pois demanda a adequação de salas, a expansão do número de cuidadores, o fornecimento adicional de alimentação e materiais por período contínuo. Tanto foi assim que foi justamente nos processos dessa natureza que se constatou maior nível de comunicação do Judiciário com o Executivo, a fim de verificar as reais possibilidades de o ente público atender à demanda antes de ser proferida decisão nos autos do processo e acarretando algumas decisões de extinção do feito por perda do objeto.

Entretanto, quando se trata do direito à saúde, a percepção das limitações que os juízes possuem para determinar a sua concretização não parece tão nítida. Afinal, obrigar determinado ente público ao fornecimento de certo medicamento ou tratamento não implica, de forma direta, a necessidade de expansão da atuação de determinada unidade administrativa – embora seja inegável que o dispêndio de verbas limitadas em uma necessidade resulta no não atendimento de alguma outra demanda.

Nesse sentido, é importante ponderar que, na amostra analisada, tal qual como ocorre no Judiciário em geral, o direito social que sofre maior judicialização é o direito à saúde, dividido nas seguintes proporções:

Gráfico 3 – Distribuição das medidas relativas à saúde pleiteadas na amostra analisada



Fonte: Elaborado pela autora.

Ou seja, a categoria de medicamentos, justamente aquela em que é mais difícil de se constatarem os efeitos perversos da decisão judicial que determina a inclusão de uma prestação não prevista administrativamente na política pública, é a que representou maior número de ações ajuizadas na amostra que se analisou – tendo sido todas julgadas procedentes.

O massivo julgamento de procedência dos pedidos dessa natureza, aparentemente, confirma a crença naquilo que Daniel Wei Liang Wang (2020) denominou de falácia do nirvana dos direitos sociais. Para o professor da Universidade de Londres, existe uma visão distorcida, que resulta da percepção das fraquezas da realidade da Administração Pública em cotejo com uma visão idealizada das potencialidades do Poder Judiciário. Daí resultaria uma confiança exacerbada e irreal de que os juízes seriam mais capazes de proteger direitos humanos do que os legisladores e governantes em geral.

Essa distorção pode ser resultado do que já se pontuou acima, no sentido de que, mesmo manifestando certa aversão às escolhas de prioridade feitas administrativamente, toda vez que se determina judicialmente o atendimento de uma necessidade, se está impondo que outra necessidade reste descoberta, implicando uma escolha. Porém, a escolha da demanda que acabará desatendida, mesmo quando em cumprimento a decisão judicial, fica a cargo dos agentes do Executivo. A

seu turno, os juízes que acarretaram a escolha assumem uma posição quase de garantidores universais de direitos, pois não enxergam (ou ao menos não explicitam) qual prestação será descontinuada para que a sua decisão de procedência possa ser atendida.

Nesse sentido, Wang relembra que, quando se trata de direitos sociais, muitos se valem da linguagem do Direito e dos direitos para abordar a matéria sob um viés estritamente jurídico, aparentemente desvincilhado da política. Essa abordagem acaba “*fetichizando* o juiz como um mero instrumento da lei e não como um ator político” (KENNEDY, 2004, p. 22) e ignorando que não há como decidir sobre direitos sociais sem fazer uma escolha política.

Afinal, “falar em favor de valores universais para defender certos grupos ou políticas públicas é fazer escolhas distributivas entre vencedores e perdedores”, mas uma decisão que supostamente resulta de um processo técnico de interpretação, mais legítimo do que o processo político, reduz o desconforto da escolha (WANG, 2020, p. 499-500) – principalmente porque, como já dito, no processo judicial não se enxerga em desfavor de quem se está escolhendo. Para Griffith (1979), “um perigo na argumentação com base nos direitos é que os problemas reais podem acabar sendo ignorados. Questões que são, na verdade, políticas e econômicas, acabam sendo apresentadas como questões jurídicas”.

Percebe-se, assim, uma postura de evitamento dos juízes às escolhas políticas relativas a direitos sociais: eles não as referendam, mas também não ousam dizer que estão equivocadas; apenas salientam, através do julgamento de procedência da imensa maioria dos pedidos de prestações sociais⁴², que tais escolhas deveriam abranger praticamente todas as necessidades sociais que chegam até o Poder Judiciário. Dessa forma, constata-se que uma das principais diferenças entre os membros do judiciário e do executivo se refere à limitação orçamentária: enquanto estes lidam com a limitação no dia a dia da administração pública, elegendo prioridades, os primeiros, por vezes, parecem ignorar que elas existem.

Essa “cegueira” do Judiciário às limitações orçamentárias pode ser ilustrada com um trecho da sentença do processo judicial nº 145/1.12.0001620-6, o qual foi

⁴² Em toda a amostra de 200 processos analisados, apenas um (nº 145/5.19.0000045-0) foi julgado improcedente. O pedido principal era a garantia de vaga em creche com horário estendido, que contemplasse toda a jornada de trabalho dos pais, mas o juiz entendeu não haver direito a vaga em creche com jornada superior a sete horas diárias, que é a duração da jornada integral segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996).

também replicado em outras decisões judiciais. A magistrada fez citação do renomado jurista Ingo Sarlet, para quem "para efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado 'fator custo' de todos os direitos fundamentais, nunca consistiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional" (2004, p. 281). Ou seja, o caso em questão foi decidido praticamente estabelecendo-se um paralelo entre a efetivação de direitos pela via administrativa, onde o fator custo é relevante, e pela via judicial, onde o custo não pode ser uma limitação, criando-se dois critérios distintos abordar os mesmos direitos. Percebe-se uma negativa da afirmação (quase óbvia) de Wang (2020, p. 500) segundo o qual "aqueles que buscam definir o conteúdo substancial de um direito social em um caso concreto ou definir a extensão do dever do estado de concretizá-lo devem realizar o mesmo tempo de análise que é esperada de governos quando alocam recursos".

No caso concreto, sob a argumentação de que os custos não devem ser impeditivos, além de determinar aos entes públicos o fornecimento de medicamentos, os entes foram condenados a custearem o consumo de energia elétrica por um aparelho de oxigenação utilizado pela parte autora. Entende-se que, pelos critérios utilizados pelo governo para a alocação de recursos, dificilmente haveria a concessão desse benefício, já que há dificuldade até mesmo em fornecer medicamentos básicos por parte de alguns entes públicos.

De forma similar, no processo nº 9000322-62.2017.8.21.0145, foi pleiteado medicamento que, embora fornecido pelo sistema público de saúde, não era considerado adequado ao estágio da doença apresentada pelo autor, havendo orientação do Ministério da Saúde disciplinando os casos em que o fármaco em questão seria provisionado. Liminarmente, foi determinado aos entes públicos que fornecessem o medicamento ao autor em cinco dias. Mesmo sem que se tenha produzido provas de que o requerente, na verdade, se enquadrava nos critérios para receber o fármaco administrativamente ou que se tenha afirmado estarem equivocados os parâmetros da orientação ministerial, ao final, a sentença foi de procedência. Novamente, portanto, tem-se exemplo de que os juízes não infirmam os critérios e prioridades estabelecidos administrativa, mas, apesar disso, sentenciam de forma a desconsiderá-los.

Outra constatação que revela a tendência do Poder Judiciário a cegar para os custos envolvidos nas prestações sociais é a de que, em inúmeros casos de pedido de vaga em creche, houve a concessão de liminar ou foi determinado em sentença

que a criança autora da ação fosse contemplada com vaga em turno integral, mesmo que não houvesse sido formulado pedido de vaga nessa modalidade. Essa circunstância é percebida nos processos 145/5.17.0000095-2, 145.5.17.0000129-0, 145/5.17.0000137-1 e 145/5.17.0000140-1, exemplificativamente. No segundo processo citado, a decisão liminar chegou a referir que a vaga deveria ser fornecida preferencialmente em determinada instituição, sem indicar fundamento razoável para a preferência.

No processo nº 145/5.16.0000070-5, a determinação de concessão de vaga em creche em turno integral, mesmo sem pedido de jornada integral, também ocorreu. Mas o que mais chama atenção nesse caso é o fato de que, após a concessão da medida liminar determinando a matrícula dos autores em creche, a representante legal deles compareceu até o estabelecimento de ensino e firmou declaração de que não desejavam mais as vagas. Mesmo após a juntada de tal declaração aos autos do processo judicial, os pedidos autorais foram julgados procedentes. Assim, constata-se um envolvimento acentuado de alguns membros do Judiciário no direcionamento das políticas públicas, decidindo quais prestações devem ser asseguradas às partes, ainda que elas mesmas não tenham pedido ou tenham desistido de tal prestação, em uma postura claramente paternalística. Para Brandão (2017, p. 266),

sem responsividade popular o Judiciário representa o povo apenas de forma paternalística, pois se o agente protege os interesses do titular segundo o seu julgamento (e não o do titular), atua como espécie de superego de uma sociedade que se infantiliza pela incapacidade de tomar decisões que afetam sua vida.

Uma certa aversão judicial às consequências de definir prioridades pode ser observada no processo 9000359-21.2019.8.21.0145, no qual se pleiteava a realização de consulta médica e cirurgia. O ente municipal informou que o paciente ainda não havia sido encaminhado para os procedimentos médicos necessários em razão da ausência de urgência do caso (não havia risco de vida). Corroborou-se que o paciente aguardava atendimento há mais de 10 meses quando do ajuizamento da ação (22 de maio de 2019), porém o ente público manifestou possuir demanda reprimida de pacientes cadastrados desde janeiro de 2017, aproximadamente um ano e meio antes da inserção da parte autora no sistema de controle de vagas hospitalares. Apesar disso, foi determinado aos entes públicos a realização dos procedimentos pleiteados em 48 horas – medida que foi confirmada em sentença.

O caso citado é indicativo da incapacidade institucional do Poder Judiciário para resolver o problema da efetivação de direitos sociais: nota-se que a situação do indivíduo que ajuizou demanda judicial foi resolvida, pois seu tratamento cirúrgico foi finalmente realizado, após meses de espera. Todavia, cidadãos que esperavam por atendimento médico há ainda mais tempo que o autor da ação acabaram sendo preteridos pela ação do Judiciário, pois, dada a limitação de procedimentos com os quais os entes públicos podem arcar em cada período, antecipar o atendimento de um paciente inevitavelmente significa retardar o atendimento dos demais.

Mas como seria se toda demanda social chegasse ao Judiciário? Os juízes continuariam a cegamente “conferir efetividade” aos direitos sociais, sem vislumbrar que, quando não se enfrenta a questão da adequada distribuição dos recursos, o atendimento de uma necessidade invariavelmente significa que outra seja desatendida? Ou compreenderiam que a imposição judicial de uma prestação apenas é faticamente possível porque existem beneficiários da política pública que não ajuizaram demandas e que, por isso, serão preteridos em detrimento daqueles que ajuizaram? Entenderiam que, caso todos judicializassem, o Judiciário necessitaria fazer as mesmas escolhas trágicas feitas pelo Executivo (uma vez que é impossível atender à totalidade das demandas da mesma forma que se julgam procedentes praticamente todos os pedidos judiciais de direitos sociais)?

As fundamentações das sentenças analisadas, especialmente nas que houve expressa manifestação sobre a inviabilidade de se considerar o custo dos direitos, parecem indicar uma cultura judiciária que insiste em se distanciar da realidade prática da limitação orçamentária, como se determinar a efetividade de um direito pudesse, num passe de mágica (ou de caneta), realmente efetivá-lo. Eis mais um motivo para se acreditar nas contribuições que os diálogos institucionais podem trazer à matéria dos direitos sociais: mesmo quando há Judiciário e Executivo engajados na realização desses direitos, as diferenças de crença que permeiam a atuação desses órgãos não permitem que ambos ajam em consonância, na mesma direção. Arrisca-se dizer que a falta de diálogos pode até mesmo prejudicar o objetivo comum de concretização de direitos, pois decisões judiciais de atendimento a demandas não prioritárias certamente desorganizam o planejamento administrativo. Nesse cenário, acredita-se que a troca de *expertise*, de visões e de dificuldades entre os Poderes só tem a acrescentar à atuação de ambos, permitindo a visualização de um desígnio e o traço de uma estratégia comuns, com atuação conjunta em vez de contrária.

Uma outra percepção foi feita sobre a diferença de tratamento concedido à limitação orçamentária entre os Poderes analisados: enquanto o Executivo, até mesmo por força de lei, deve buscar os menores dispêndios possíveis, nas demandas judiciais analisadas se percebeu o uso massivo do mecanismo de bloqueio de valores nas contas dos entes públicos para que as prestações solicitadas pudessem ser compradas pela parte autora, usualmente tomando-se como parâmetro o valor mais baixo dentre apenas três orçamentos apresentados pela própria parte autora. É natural que a autorização de despesas públicas através desse procedimento faça com que se pratiquem preços mais elevados do que os que a Administração Pública conseguiria caso custeasse diretamente os direitos pleiteados, seja por fazer aquisições em larga escala, que possibilitam obtenção de maiores descontos, seja por realizar o devido procedimento licitatório.

Na amostra analisada, o bloqueio de valores em contas públicas foi massivamente mais frequente em processos relativos ao direito à saúde, principalmente para a aquisição de medicamentos e para a realização de tratamentos cirúrgicos em hospitais privados. Nas decisões que determinaram tal medida, não se observou fundamentações sobre os efeitos nocivos que a medida pode acarretar, tampouco exigências suficientes para se evitar tais efeitos. Em geral, para que ocorresse o bloqueio de valores, bastou que os entes públicos não houvessem comprovado a efetivação do direito no prazo concedido (usualmente, cinco ou 10 dias – prazo consideravelmente exíguo para compras administrativas, que exigem respeito às fases de empenho, liquidação e pagamento da despesa pública).

Como todos os processos sobre o direito à saúde analisados foram ajuizados contra o Município de Dois Irmãos e também contra o Estado do Rio Grande do Sul, nos casos em que houve bloqueio de valores, comumente os montantes foram bloqueados na porcentagem de 50% para cada ente público. Nessas situações, sob o argumento de que a Constituição Federal não dispõe sobre a divisão de competências relativas à saúde entre os entes federativos, distribuiu-se o ônus do custeio de procedimentos de saúde igualmente entre Estado e Município – mesmo nos casos em que se tratava de prestação que, conforme previsão em normativas próprias, incumbiria ao Estado e que ele deixou de prestar. Assim, apesar da distribuição de atribuições entre os entes que visa a alocar responsabilidades proporcionais aos recursos, os bloqueios de valores determinados judicialmente desconsideraram essa distribuição, possivelmente impactando negativamente no

planejamento dos entes públicos, que acabam arcando com despesas referentes até mesmo a prestações que não lhes cabiam.

A partir do final de 2018, com um novo juiz sendo titular da comarca, os bloqueios de valores ocorridos na amostra analisada passaram a ser direcionados ao ente público que falhou administrativamente na execução da política pública, reduzindo, de certa forma, os danos decorrentes da interferência judicial para concretização de direitos. Novamente, entretanto, evidenciou-se ser postura sujeita ao voluntarismo de cada julgador – especialmente porque a magistrada que assumiu a comarca durante as férias desse magistrado voltou a adotar a sistemática de bloquear valores igualmente distribuídos entre todos os entes públicos réus.

Outro aspecto que chama atenção na amostragem analisada é que, em alguns casos⁴³, mesmo que a parte autora não tenha feito prévio requerimento administrativo da prestação que foi a juízo postular, entendeu-se que era devida a condenação do Município a fornecer medicamento que sequer havia negado à parte autora. As decisões foram fundamentadas no princípio do acesso à justiça, segundo o qual não é necessário esgotar a via administrativa. Não se atentou para o fato de que, nos casos em questão, a via administrativa sequer havia sido acionada e que, nessa situação, a melhor técnica processual recomenda a extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de pretensão resistida, que conduz à falta de interesse de agir e não justifica, portanto, a interferência judicial. Essa circunstância leva a entender que alguns juízes pretendem assumir mais do que o papel de controladores da regularidade de políticas públicas, mas sim assumir o protagonismo na matéria.

A análise realizada também permite ratificar a noção sobre o quanto é impreciso definir o conteúdo substancial de um direito no caso concreto, bem como a quais prestações o Estado deve ser obrigado para assegurá-lo. No processo de nº 145/5.17.0000099-5, a juíza que analisou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela relativa a vaga em creche considerou que, como os pais da autora possuíam renda mensal razoável, deveria “ser realizada uma conciliação entre o que se pode esperar dos entes públicos, levando em consideração a limitação orçamentária dos órgãos e a vastidão de direitos sociais que deve ser garantida à população” (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Já a magistrada que proferiu a sentença, entendeu que, no

⁴³ Cita-se, exemplificativamente, o processo cadastrado sob o nº 145/1.11.0001399-0.

mesmo caso, a parte autora possuía, sim, direito subjetivo a exigir do ente público que lhe garantisse uma vaga em creche. Destaca-se que, entre a decisão liminar e a sentença não houve produção de nenhuma prova, portanto a situação constatada pela primeira magistrada não havia sido alterada.

E, se essa determinação sobre qual é a extensão que os direitos devem ter no caso concreto varia tanto entre os próprios juízes, envolvidos pela mesma ótica institucional, é de se imaginar que haja ainda maior variação entre o entendimento predominante no Poder Judiciário e o que decorre do Poder Executivo. Afinal, conforme já referido, constata-se uma diferença relevante entre os membros desses poderes no que se refere à consideração do custo dos direitos e da limitação orçamentária, sendo factível que tal diferença impacte na visão que cada ramo estatal possui sobre quais prestações devem ser alcançadas aos cidadãos.

Apesar das críticas acima referidas, um dos processos analisados (nº 145/5.19.0000096-4) revelou porque o controle das políticas públicas não pode ser retirado do Poder Judiciário. No caso, trigêmeas recém-nascidas postulavam a concessão de fórmula alimentar infantil adequada para o primeiro semestre de vida e requeriam que a fórmula concedida fosse de uma determinada marca, pois manifestaram intolerância severa às fórmulas de outras marcas e tal fato estava comprovado documentalmente. O Estado do Rio Grande do Sul, responsável pelo fornecimento de fórmulas desse tipo alegou que não poderia se comprometer a fornecer o produto de determinada marca, já que suas aquisições são feitas mediante licitação e, portanto, é adquirido o produto da marca com menor preço ofertado no certame, ora sendo a marca postulada pelas autoras, ora outra. Trata-se de conjuntura que corrobora a tese de Hiebert, para quem a atuação dos juízes se justifica em casos particulares e situações em que a legislação (ou mesmo a forma como a política pública é executada) restringe direitos indevidamente ou gera consequências não intencionais.

Entretanto, um ponto merece ser ressaltado: dos 200 casos analisados, apenas nesse se considera ter ocorrido a restrição indevida de direitos pela forma como a política pública é executada. Esse fator indica que a intervenção judicial não se limita a casos em que a política pública restringe direitos indevidamente ou não está sendo cumprida conforme o planejado. Na verdade, em matéria de direitos sociais, percebe-se intervenção judicial excessiva e mais: mesmo em um Município com reduzidíssimo índice de privação de direitos à saúde, educação e habitação, onde as políticas

públicas estão sendo executadas a contento, há forte intervenção. Daí não se pode extrair outra conclusão senão a ausência de autocontenção do Poder Judiciário quando se trata da efetivação de direitos sociais em processos individuais, pretendendo atuar como um assegurado universal de direitos.

A partir dos processos judiciais relativos aos direitos sociais à saúde e à educação analisados, podem-se extrair conclusões passíveis de generalização para outros direitos sociais e para processos envolvendo outros entes públicos, pois não se percebeu nenhuma manifestação relacionada a aspectos particulares da amostra observada.

Dito isso, pode-se concluir pela viabilidade de serem adotados diálogos institucionais entre Judiciário e Executivo, pois já se percebe, na prática, a tentativa de se estabelecer um espaço de comunicação entre os Poderes na intenção de que as decisões judiciais sejam mais consentâneas com as medidas administrativas adotadas. Todavia, não é possível esperar que a adoção de diálogos ocorra de forma generalizada sem ser incentivada. Enquanto medidas de diálogos institucionais não forem determinadas normativamente, a prática de tais posturas no processo judicial dependerá exclusivamente do voluntarismo do juiz responsável pelo processamento da causa (GODOY, 2015, p. 165). Assim, apesar de viável, não é provável que diálogos institucionais passem a ser adotados amplamente se não houver previsão normativa nesse sentido.

Embora as teorias dialógicas tenham se desenvolvido para resolver a disputa entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa, nunca tendo sido o Executivo um candidato a ter a última palavra no que se refere à determinação de significados constitucionais, na prática, não se percebe motivos para não permitir que ele participe do diálogo entre instituições. Afinal, como executor de políticas públicas, é o Executivo o Poder que possui maior influência sobre como a efetivação de direitos se dará na prática. Logo, entende-se que o estabelecimento de comunicações institucionais que incluam este Poder poderá ser positivo tanto para que os aspectos jurídicos, percebidos pelos juízes, possam influenciar com mais facilidade as políticas públicas, quanto para que os juízes evitem proferir decisões que sejam positivas para a parte envolvida no processo, mas prejudiciais aos demais beneficiários da política em questão.

Outro aspecto importante revelado pela análise de dados se refere à confirmação de que a prática de diálogos institucionais pode gerar benefícios: notou-

se que os casos em que houve comunicação estabelecida entre o Judiciário e o Executivo, além das hipóteses de comunicação processual típica, resultaram, por vezes, na rápida resolução do problema sem que fossem necessárias medidas processuais, conduzindo à extinção do processo. Ademais, verificou-se que a interferência judicial sobre políticas públicas sem a devida consideração das prioridades eleitas administrativamente acarreta prejuízos aos próprios beneficiários da política pública em questão, os quais serão preteridos para o atendimento privilegiado do autor da ação. Uma vez adotados diálogos, é possível que o Judiciário esteja mais atento aos prejuízos que podem advir de suas determinações e, portanto, abstenha-se de interferir de forma tão frequente em políticas públicas.

Assim, é possível superar a resistência normalmente manifestada pelos julgadores quanto a se envolverem em argumentos políticos. É evidente que em matéria de direitos sociais os argumentos de ordem política e de ordem jurídica se fundem. E, nesses casos, pode-se beneficiar dos diálogos entre Judiciário e Executivo para agregar manifestações de ordem política às decisões judiciais, a fim de que estas deixem de se embasar exclusivamente em argumentos de princípio. Ora, a existência e a titularidade de direitos sociais são evidentes, mas para determinar qual o conteúdo preciso desses direitos e quais prestações devem ser obrigatoriamente asseguradas pelos entes públicos, avaliando se as restrições feitas administrativamente são justificadas e não simplesmente negando qualquer restrição – como se o orçamento público fosse ilimitado – é imprescindível a reunião de argumentos jurídicos e políticos.

Especialmente no que se refere a processos que abordam políticas públicas, acredita-se que a adoção de diálogos institucionais possa contribuir para superar a tradicional visão segundo a qual os cidadãos são destinatários dos direitos de que o Estado é autor – visão essa que é reproduzida nas posições processuais, ao se opor, de um lado, o cidadão como requerente e, de outro, o Estado como requerido. A partir da visão do quadro geral da política pública, fornecida pela comunicação com o Executivo, é possível que se possa visualizar que, toda vez que se postula a implementação de determinada medida de proteção social a um indivíduo, será necessário o remanejamento de recursos públicos, desprivilegiando outra necessidade; não se trata, por conseguinte, de um potencial prejuízo causado ao Estado, mas sim de uma eleição de preferências em detrimento da coletividade.

Por fim, estima-se que o maior benefício a ser alcançado com a adoção de diálogos entre o Executivo e o Judiciário seja a unificação das posições entre os

Poderes no que se refere à limitação orçamentária e à necessidade de estabelecimento de prioridades entre as infinitas demandas sociais da população. Conforme se observa, o Judiciário não mostra deferência nem mesmo às prioridades escolhidas por um ente público que se destaca no atendimento das necessidades de sua população, entregando um nível satisfatório de prestações garantidoras de direitos.

Mas de que maneira os diálogos institucionais podem ser incorporados na relação entre o Executivo e Judiciário? O mero estabelecimento de comunicações entre os órgãos não significa que haja diálogos institucionais, pois aqui filia-se ao entendimento de que só há diálogo se houver a possibilidade de um poder se opor ao posicionamento do outro, questionando-o e tendo a possibilidade de influenciar mudanças.

Tendo em vista a constatação de que tanto o Judiciário quanto o Executivo têm a contribuir com o diálogo sobre a concretização de direitos sociais no processo judicial (o primeiro com argumentos jurídicos e o segundo com argumentos políticos), revela-se adequada a adoção das teorias dialógicas da parceria, que consideram as contribuições que cada ramo governamental pode fornecer, a partir de suas aptidões institucionais específicas.

Para incorporar normativamente a teoria da parceria ao sistema jurídico nacional em matéria de direitos sociais, sugere-se a adoção da participação conjunta do Executivo e do Judiciário na elaboração e na aprovação periódica do planejamento de execução de políticas públicas. Entende-se que, em conjunto, o Judiciário poderá, fora do limitado âmbito processual, manifestar sua *expertise* na resolução de conflitos entre direitos, prevenindo eventuais injustiças na concretização de direitos sociais. Por outro lado, ciente e concordante com as prioridades eleitas administrativamente para a execução da política pública, não poderá o Judiciário atentar contra elas através de sentenças que determinem a inclusão de outras prioridades – salvo em casos excepcionais devidamente justificados, em que seja constatado no caso concreto a indevida restrição de direitos ou a ocorrência de consequências prejudiciais não intencionais da política pública.

Através da participação conjunta, a principal discordância entre Judiciário e Executivo constatada nos dados analisados, referente ao posicionamento quanto à limitação orçamentária, poderia ser superada. Tendo a possibilidade de influenciar e controlar a escolha sobre o destino dos recursos públicos, o Judiciário poderá

constatar que a não prestação de determinados serviços que poderiam incrementar direitos, se dá para que prestações consideradas ainda mais prioritárias, por si mesmo e pelo Executivo, possam ser implementadas.

Assim, o Poder Judiciário teria o benefício de atuar efetivamente sobre a concretização de direitos, superando a sua usual incapacidade institucional para fazê-lo e proferindo, nas excepcionais hipóteses em que necessário, decisões embasadas na realidade prática e, por isso, com menor potencial de afetar a concretização da política pública como um todo. Em paralelo, todo o conjunto de cidadãos tenderia a ser beneficiado por políticas públicas planejadas considerando os argumentos e contribuições de mais de um Poder e executadas com menor grau de interferência não planejada.

O Executivo, por sua vez, ao necessitar elaborar um plano de execução de políticas públicas apto a ser referendado, complementado ou questionado pelo Judiciário, fica impedido de adotar postura omissa, que tácita mas voluntariamente ocasione a transferência do poder decisório sobre políticas públicas ao juízes, já que estes não sofrem pressão eleitoral. Pode-se, assim, minorar a ocorrência do redirecionamento de culpa mencionado por Ran Hirschl (2006, p. 757), já que o Executivo seria normativamente incentivado a cumprir uma de suas atribuições institucionais.

Dessa percepção decorre a ideia de que, na aprovação conjunta do planejamento executivo de políticas públicas, o primeiro ato deve ser de incumbência do Poder Executivo responsável por sua execução, deixando-se a participação do Judiciário para um segundo momento, através da ratificação, retificação, questionamentos ou sugestões de forma ampla, em comunicação direta e oral até a obtenção de um consenso. Partindo-se da ideia de que, mesmo em assuntos altamente controversos, é possível obter acordos parcialmente teorizados envolvendo princípios intermediários, não se imagina a possibilidade de que os representantes das instituições envolvidas no debate sobre o plano de execução discordem em absolutamente todos os seus aspectos. Naqueles pontos específicos nos quais não seja possível obter um consenso, mantém-se a solução das discrepâncias entre instituições da forma tradicional, porém certamente com benefícios decorrentes do debate previamente realizado e dos princípios básicos acerca dos quais se obteve concordância.

Por fim, ainda quanto aos benefícios, o Executivo pode usufruir das contribuições trazidas pela instituição que é usualmente mais responsiva às reclamações dos cidadãos e tem a probabilidade de sofrer menor interferência judicial nas medidas que executa – afinal, não se imagina que o Judiciário invalidará as medidas que antecipadamente referendou.

Mas e se, mesmo tendo referendado as prioridades executivas, o Judiciário continuar determinando que situações não consideradas prioritárias sejam atendidas pelo Executivo? Sugere-se o uso de mecanismos de *accountability*.

A *accountability* é termo que não possui tradução exata em português, e pode ser compreendida como uma espécie de controle. Para Tomio e Robl Filho (2013, p. 30), “*accountability* significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada [...] por suas atividades”.

É usual dividir suas modalidades entre legal e política, sendo as eleições o instrumento mais usual de *accountability* política, já que impedem a reeleição de políticos que não corresponderam às expectativas de seus eleitores. Já a *accountability* legal

se refere a um conjunto de mecanismos institucionais direcionados a assegurar que as ações dos funcionários públicos estejam dentro da legalidade. Tais mecanismos, a fim de restringir a arbitrariedade do poder estatal, são instituídos pelas democracias modernas a partir da separação de poderes, do reconhecimento de direitos fundamentais e de mecanismos de *checks and balances*, além de um sistema legal vinculativo (BARBOSA; ARAUJO, 2018, p. 50).

Além disso, pode-se classificar a *accountability* como horizontal (ou institucional), “quando agentes estatais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los” (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 30). Sem dúvidas, o Poder Judiciário é o principal agente de *accountability* horizontal, pois existe um rol (cada vez mais) diminuto de ações de outros poderes que não estão sujeitas à sindicabilidade judicial. Mas daí advém a recorrente pergunta: quem controla o controlador? Quem guarda o guardião? Como a instituição que faz a *accountability* pode ser, ela mesma, *accountable*?

Conforme indica Clève (2011, p. 660), inexistente um Poder Judiciário com nível de independência semelhante ao que é assegurado ao Judiciário brasileiro. E é inquestionável a necessidade de mecanismos que assegurem a independência

judicial, sob pena de o aparato Judiciário ser cooptado para servir aos interesses de instituições ou pessoas com elevado poder de influência, em vez de à população como um todo. Entretanto, a independência judicial não pode ser tamanha a ponto de permitir, como nos casos analisados, que os juízes interfiram sem restrição sobre políticas públicas, preterindo seus jurisdicionados em detrimento de outros e determinando a realocação de verbas públicas sem sequer perquirir sobre estar equivocada ou não a forma como o executivo resolveu alocá-las prioritariamente.

Considerando o extenso rol de garantias de que gozam os juízes, para que seja assegurada a sua independência funcional, bem como a ausência de eleições para cargos do Judiciário, considera-se que as formas de *accountability* judicial são principalmente as de origem institucional (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 30). Conjugando-se essa circunstância com a teoria dialógica da parceria (que compreende que as demais instituições possuem contribuições únicas a oferecer ao debate sobre a definição do sentido e do conteúdo dos direitos constitucionais), parece viável apostar em mecanismos de *accountability* judicial para assegurar que o diálogo entre as instituições, manifesto na aprovação conjunta do planejamento de políticas públicas, seja respeitado.

Afinal, conforme Tomio e Robl Filho (2013, p. 33), um dos arranjos institucionais existentes para lidar com a falta de *accountability* é “desenhar relações institucionais dos agentes estatais entre si para que se estabeleçam interações vedando a existência de *unchecked power*”. E os autores salientam a viabilidade da *accountability* judicial decisional, “que significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais” (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 30).

Embora um dos maiores riscos da *accountability* praticada em face de magistrados seja a redução da independência judicial, não se imagina que a requisição de informações e justificações aos magistrados por não terem anuído com planejamento de execução de política pública, com o qual o próprio Judiciário se comprometeu previamente, possa afetar a independência dos juízes.

Além disso, antecipando eventuais críticas a essa proposta, igualmente não parece que a aprovação conjunta de um plano de execução de política pública sofra de dificuldade contramajoritária. Isso porque o planejamento não deixará de ser elaborado pelo Poder Executivo e seus representantes eleitos, seguindo a agenda política e os conhecimentos já detidos pela administração pública sobre a melhor

forma de sua execução; todavia, permitirá influências externas do Judiciário, a partir das percepções próprias deste Poder, oriundas da sua posição institucional única. Ademais, nada impede que outras instituições e até a mesmo a sociedade seja engajada no planejamento de políticas públicas, assegurando o seu caráter democrático.

Assim, tem-se que o Poder Judiciário atualmente assume um protagonismo exacerbado no direcionamento de políticas públicas, apesar das críticas quanto a sua incapacidade institucional e sobre sua falta de legitimidade democrática. Nos casos analisados, percebeu-se que, ao determinar que os entes públicos assegurem outros tipos de prestações que não as já asseguradas administrativamente, os julgadores tomam decisões fundamentadas em princípios e direitos e na sua exigibilidade em face do poder público. A matéria política, que influencia decisões de alocação orçamentária e escolhas prioritárias, normalmente fica de fora de sentenças judiciais, as quais igualmente não fazem distinção sobre o poder público estar regularmente cumprindo a política pública a que se propôs ou não.

Em suma, mesmo que os juízes não decidam com base em argumentos de política, acabam interferindo e fazendo política, pois suas decisões judiciais geram reflexos dessa natureza, o que não se pode ignorar. A persistência desse comportamento de evitamento de escolhas políticas, no entanto, gera a persistência de um estado em que os juízes decidem, mas não percebem os reflexos de sua decisão: o prejuízo para a execução da política pública sobre a qual interferem.

As teorias dos diálogos institucionais, notadamente a teoria da parceria, reconhecem que as diversas esferas estatais possuem diferentes contribuições a oferecer ao diálogo sobre o significado dos direitos constitucionais e, portanto, também sobre suas formas de efetivação. Assim, tal teoria fundamenta que cada ramo do governo aprenda com os diálogos absorvidos dos demais ramos, contribuindo na busca por melhores respostas.

Nesse sentido, parece razoável que Executivo e Judiciário, em situação de diálogo institucional, possam colaborar na elaboração de um planejamento de execução de políticas públicas, a partir de suas respectivas perspectivas constitucionais, respeitando os entendimentos contrários provenientes de outros setores e buscando entender as suas motivações. Deve-se considerar que cada poder ocupa, na ordem constitucional, posições “separadas mas interconectadas”

(HIEBERT, 2004, p. 51-52) e, portanto, é plausível que ajam de forma interconectada também.

Acredita-se que, através dessa proposta, tanto Executivo como Judiciário possuem vantagens, na medida em que suas percepções poderão ser reunidas em um planejamento comum, com o engajamento de ambos os Poderes para que o plano seja efetivamente cumprido. Mais do que isso, espera-se que a contribuição maior seja gerada aos destinatários de direitos sociais, que poderão usufruir de políticas públicas mais bem planejadas e que, durante sua execução, estarão menos sujeitas a intervenções inesperadas, determinando a realocação de verbas para outras demandas sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conquistas operadas pelo Estado Liberal e os direitos de liberdade estabelecidos nessa época, apesar de muito relevantes, se revelaram tanto insuficientes para tutelar a classe proletária quanto tendentes a ampliar a desigualdade social. Então, se em um primeiro momento se manifesta a imprescindibilidade dos direitos individuais, em segundo lugar constata-se que estes, sozinhos, podem inclusive ser nocivos à sociedade de um modo geral, já que disfarçam desigualdades estruturais que são impossíveis de superar sem a atuação estatal.

Daí decorre também a imprescindibilidade dos direitos prestacionais, sem os quais os indivíduos integrantes do corpo social não têm como possuir pontos de partida similares entre si e, portanto, não têm como forjar seus próprios destinos. É nesse sentido que os direitos sociais são considerados “direitos-meio”, já que o seu gozo permite aos cidadãos terem acesso aos direitos de primeira geração. Também nessa mesma lógica, defende-se que a implementação de direitos sociais não representa supressão da liberdade, mas sim a sua democratização.

Por isso, autores ressaltam que os direitos sociais são essenciais até mesmo para a concretização da democracia. Ora, não pode existir um processo de participação política justo se não houver justiça distributiva dos bens sociais, capaz de garantir a superação da exclusão. Assim, apesar do custo envolvido na garantia de direitos prestacionais, a ausência de garantia dessas prestações gera um custo bem maior.

A Primeira Guerra Mundial, eclodida pela desenfreada concentração de capitais, evidenciou as fraquezas do sistema liberal e tornou difícil a continuidade de suas premissas. Em paralelo, a guerra impôs a intervenção estatal (antes temida) como medida essencial à manutenção de estoques bélicos e, posteriormente, necessária à reestruturação dos países afetados pelos combates. A defesa da livre concorrência perdeu, aí, suas bases e deu espaço à defesa da atuação do Estado.

A consolidação de direitos sociais, assegurados mediante intervenção estatal, possuiu como marcos as constituições do México e da Alemanha, de 1917 e 1919, respectivamente, as quais influenciaram a redação de diversos outros textos constitucionais. A defesa de prestações estatais asseguradoras de direitos se espalhou de forma a motivar até mesmo um pacto internacional sobre direitos

econômicos, sociais e culturais e não recuou nem mesmo com a posterior supressão dessas previsões da Carta Maior. Basta lembrar do caso da Alemanha, em que a ausência de direitos sociais na Carta de Bonn não é suficiente para afastar a imposição de deveres sociais ao Estado.

Vale dizer que a simples previsão constitucional dessa categoria de direitos não é suficiente para que eles sejam assegurados. Diferentemente dos direitos de primeira geração, que acarretam custos relacionados ao aparato institucional necessário para assegurá-los (beneficiando a coletividade como um todo), os direitos de segunda dimensão exigem, além dos custos com aparato, o custeio de prestações específicas, para usuários que podem ser individualizados. Além disso, os direitos individuais podem ser exigíveis imediatamente ou, quando muito, após regulamentação legislativa, enquanto os direitos sociais, além de previsão constitucional e legal, normalmente requerem elaboração e execução de uma política pública para a sua concretização.

Essas diferenças os tornam objeto de uma concretização mais difícil, já que são necessárias mais etapas e mais atores envolvidos no processo de os tornarem efetivos, bem como maiores despesas. São também essas diferenças que fazem com que, sobre essa categoria de direitos, recaiam mais controvérsias sobre a sua extensão e sobre até que ponto o poder público deve ser obrigado a garanti-los. Ao passo que os direitos de liberdade usualmente se consubstanciam em obrigações de não fazer ou em ações específicas, os direitos sociais exigem prestações positivas que tendem ao infinito, não havendo delimitação precisa sobre os limites de seu conteúdo.

O advento do modelo de Estado Democrático de Direito em substituição ao paradigma do Estado Social acentuou ainda mais as dificuldades envolvidas na precisão dos direitos prestacionais. Enquanto os modelos liberal e social apostavam na lei como instrumentos para limitar e obrigar o Estado a prestações, respectivamente, o paradigma *democrático* de Direito agregou um elemento teleológico, quase utópico, que pretende usar a lei como mecanismo para transformar a realidade. Assim, mais do que simplesmente assegurar direitos conforme a lei, nesse novo contexto o Estado precisa atuar conforme a lei e voltado para determinados objetivos ligados à dignidade humana.

A incorporação de um elemento teleológico ao sistema, apesar de todos os seus benefícios, traz a dificuldade de se aferir se, afinal, determinada política pública,

apesar de legal, está orientada ou não de acordo com o fim que dela se deve esperar. Trata-se de uma aferição evidentemente subjetiva, cujo resultado pode variar a depender de quem seja o intérprete da situação. E aí instaura-se mais um dilema: quem deve ser o responsável por dizer o que atende aos fins democráticos da sociedade ou não?

A Constituição Federal de 1988 possuiu uma nítida preocupação com a positivação de direitos sociais, mas é insuficiente para, por si só, estabelecer como esses direitos serão efetivados e a quem cabe interferir em seu favor. Isso decorre do fato de que a significativa atenção dispensada pelo documento constitucional aos direitos fundamentais não foi a mesma dedicada para pensar alterações institucionais e sobre como deve ocorrer o processo democrático para tomada de decisões. A ausência de uma estrutura institucional especificamente pensada para articular e implementar essa categoria de direitos talvez explique por que o nível fático de concretização de direitos, após mais de 30 anos de promulgação da CRFB/88, ainda está tão aquém do nível idealizado por ela.

A discrepância entre previsão constitucional e realidade provoca o engajamento dos mais diversos setores da sociedade na busca por tornar os direitos fundamentais mais efetivos, dando origem a uma vasta gama de teorias (igualmente discrepantes entre si) que tentam estabelecer a melhor forma de ação a ser adotada pelos órgãos estatais. Exemplificativamente, há quem defenda que as normas definidoras de direitos são compromissos assumidos para o futuro e sem exigibilidade imediata; em paralelo, se alega que tais normas constituem Direito direto e imediatamente aplicável.

Na experiência fática nacional, a falta de efetividade dos direitos sociais é uma realidade que, aliada à ausência de um posicionamento unívoco sobre como deve ser tratada a matéria, fatalmente, conduz as controvérsias ao Poder Judiciário. E, em uma sociedade tal como a brasileira, que se encontra tradicionalmente afastada do debate político e exerce pouca influência sobre os debates sociais relevantes, a palavra oriunda dos tribunais recebe grande valorização.

Nesse contexto, o Judiciário torna-se a instituição à qual se exige a realização da democracia. Considerando que a constituição analítica que se tem no Brasil, bem como o modelo de controle de constitucionalidade adotado (que mistura os modelos concentrado e difuso, permitindo que todo juiz possa exercer controle), dificilmente

haverá uma matéria que não poderá ser objeto de intervenção judicial – circunstância que caracteriza a judicialização da vida ou judicialização das relações sociais.

O aspecto qualitativo da judicialização significa que questões moral, política ou socialmente relevantes estão sendo levadas ao Judiciário. Portanto, presume-se que situações relativas a estas matérias não estão sendo resolvidas em tempo ou a contento pelos atores políticos e administrativos a quem sua resolução cabe em primeiro lugar. Não surpreendentemente, os processos judiciais envolvendo direitos sociais representam uma parcela muito grande do total de processos ajuizados – notadamente aqueles relativos à previdência e à saúde.

Todavia, se existem dúvidas sobre qual é o nível de prestações sociais a que os entes públicos podem ser obrigados, existem ainda maiores questionamentos sobre a legitimidade e a capacidade institucional do Judiciário para determinar esse nível e exigi-lo dos demais Poderes. Não se pode cegar para a realidade de que a judicialização dos direitos sociais que vem se acentuando nos últimos anos não gerou efeitos significativos na melhoria das condições de vida da população, o que permite questionar se, realmente, a busca de efetividade de direitos pela via judicial é o melhor caminho.

Sabe-se que os juízes não possuem formação suficiente para decidirem adequadamente sobre matérias técnicas, como a eficiência ou a necessidade de determinado medicamento, ou sobre a adequação ou não de determinada política pública às receitas disponíveis e aos fins almejados. Além disso, a própria configuração do processo judicial é inadequada para se decidir sobre direitos sociais, na medida em que permite enxergar apenas o indivíduo que postula que lhe seja assegurado algum direito, mas não possibilita saber quais consequências orçamentárias advirão da decisão em questão.

Apesar dessas fundamentadas críticas direcionadas à atuação judicial na definição da extensão das obrigações concretizadoras de direitos sociais, o Judiciário possui um papel importante no controle do Executivo e do Legislativo, os quais tendem a se distanciar muito das demandas da população e recair em omissões constitucionais. Assim, é importante pensar em alternativas que permitam cobrar a efetivação de direitos prestacionais dos entes públicos mas que reduzam os problemas da judicialização da política.

A judicialização da política não é um fenômeno restrito à realidade brasileira, sendo constatável na maior parte dos países do globo. Ao lado do ativismo judicial, é

uma decorrência da supremacia judicial, também amplamente admitida na maioria dos países.

Ocorre que as premissas que sustentam a supremacia judicial (e, por conseguinte, estimulam a judicialização da política) são questionáveis, especialmente quando equivocadamente se supõe que a supremacia da Constituição exige a supremacia judicial. O caso *Marbury v. Madison*, marco histórico do controle judicial de constitucionalidade, representou na verdade uma postura de autocontenção da Suprema Corte estadunidense. Todavia, atualmente, serve para fundamentar ativismos judiciais e a supremacia judicial para dizer o significado da constituição.

Já a tese de que a interpretação constitucional deveria caber ao Presidente da República, que agiria acima da vontade dos partidos políticos, foi derrotada pela própria história, pois serviu para fundamentar decisões extremistas e radicais pela Alemanha nazista. Assim, as correntes que previam a interpretação constitucional pelo Judiciário ou por uma corte externa acabaram ganhando força. E essa força foi sendo ampliada com o decorrer do tempo, como ilustra o fim das ditaduras militares na América Latina e do socialismo no Leste Europeu, que estimulou o engajamento dos juízes e tribunais na proteção da democracia.

Pode-se atribuir às sistemáticas violações de direitos perpetrados por poderes instituídos a assunção, pelo Poder Judiciário, do seu papel contramajoritário, que visa a assegurar uma democracia constitucional em vez de uma democracia da maioria, na qual a violação de direitos fundamentais não se justifica nem mesmo se essa for a vontade política predominante. Desse papel decorre a aposta popular nos juízes como guardiões do interesse público, que podem exigir dos governantes justificativas para as suas escolhas.

Entretanto, a expansão da atuação judicial para áreas políticas não pode ter ocorrido sem a anuência, ao menos tácita, dos atores políticos, os quais poderiam questionar a legitimidade do Judiciário para intervir nessa área, caso assim desejassem. Ocorre que a transferência de escolhas sensíveis para a esfera judicial entra numa lógica de *transferência de culpa*, a qual evita que políticos eleitos tenham de se assumir publicamente seu posicionamento quanto a questões controversas e, via de consequência, evita que eles percam o apoio político de sua base eleitoral. Ademais, devido à alternância de poderes, é comum que se prefira a resolução de questões relevantes pelo Judiciário, em vez de deixá-las ao arbítrio de um adversário que possa vir a assumir o poder.

Nesse cenário, tem-se um Judiciário que raramente pratica a autocontenção e Legislativo e Executivo que se beneficiam e consentem com a expansão judicial, em troca da perpetuação dos seus representantes na vida política ou da restrição da margem de ação de seus adversários, caso estes assumam o poder. Assim, fala-se da *falácia centrada das cortes*, que critica a ideia de que o crescimento do papel dos tribunais resulta da falta de autocontenção dos juízes, mas se esquece que esse crescimento só é possível porque legisladores e administradores públicos deixam livres espaços que eles deveriam ocupar.

No contexto brasileiro, todos esses fatores que impulsionam a judicialização podem ser somados à doutrina brasileira da efetividade, que prega que todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade direta e imediata, em sua máxima densidade normativa. De acordo com essa doutrina, a omissão legislativa ou executiva, na regulamentação ou implementação de políticas públicas, pode ser suprida pelos juízes, a quem cabe dar efetividade aos direitos fundamentais. Mas o seu problema maior é negar a história constitucional brasileira, incentivando uma ação que desconsidera o passado e esperando que, assim, resolva-se o problema da efetividade de direitos em solo nacional.

Portanto, o atual nível de judicialização de política, em que se constata intervenção judicial intensa na definição de sentidos constitucionais (e, especialmente, sobre a extensão de direitos sociais) revela-se uma contingência, uma resposta encontrada na prática para a inação legislativa e executiva, mas que, ao menos quando se fala em direitos prestacionais, não resolve o problema da falta de inefetividade, pois os órgãos e o processo judicial não possuem estrutura e capacidade institucional para compreenderem o quadro geral e elegerem prioridades. A doutrina da efetividade, muito difundida em âmbito nacional, mascara essa realidade, ignorando que a realização de escolhas estatais é uma imposição da limitação orçamentária e pretendendo que, com o simples fechar de olhos para a realidade – atual e passada – se consiga abri-los e acordar para uma realidade transformada.

Porém, o que se extrai da constatação de que a excessiva atuação judicial é contingencial – e não necessária ou fatal – é que existem alternativas a esse estado, as quais merecem ser buscadas na tentativa de encontrar contribuições que possam reduzir os problemas que advêm da judicialização de questões políticas.

O proceduralismo habermasiano se baseia no princípio republicano, o qual desenha um *horizonte de sentido* a ser perseguido pelo Estado. Assim, defende-se que as decisões judiciais devem se orientar para o futuro, preocupadas com o atingimento do programa final do governo republicano. O ponto fulcral dessa visão é que, de acordo com Habermas, todo debate sobre diferentes visões de mundo possui natureza política. Logo, os juristas não possuem autoridade científica para decidir o debate e impô-lo sobre os cidadãos.

Além disso, a crítica habermasiana ao estado social merece reflexão: o autor salienta que mecanismos do modelo social têm o potencial de reduzir desmedidamente o espaço de autonomia privada dos indivíduos ao criarem mecanismos de compensação de condições materiais de vida. Para ele, a proposta do estado social é equivocada porque trata os cidadãos unicamente como destinatários de direitos, quando, na verdade, são simultaneamente destinatários e autores.

Esse aspecto é plenamente adequado para tratar de direitos sociais, pois revela que não há como simplesmente ampliar ao máximo as medidas prestacionais asseguradas pelo Estado. Como os cidadãos são ao mesmo tempo autores e destinatários de direitos, toda vez que se incrementa o nível de direitos assegurados aos cidadãos, também aumentam os custos com que os próprios cidadãos (autores das políticas públicas) têm de arcar. E, se não arcam diretamente, o fazem de forma indireta, através do remanejamento de recursos que, antes, seriam destinados ao atendimento de outra necessidade social.

Daí porque a contribuição habermasiana explicita o problema da definição da extensão das prestações sociais por parte de juízes: esses não são legitimados para decidir em nome de todos os cidadãos que são autores de direitos, assim como também não possuem como captar a essência do poder comunicativo – o que obsta a pretensão de validade universal das decisões. Aos tribunais caberia vigiar a produção do direito, para assegurar que esta tenha respeitado o caráter democrático, e assegurar que sejam garantidos os direitos que são condições de possibilidade da autonomia pública e privada dos cidadãos – mesmo que isso signifique adotar uma postura ativista ofensiva.

Mas é aí que os ensinamentos de Habermas, pensados em um contexto social muito diferente do brasileiro, falham. Considerando a relevância dos direitos sociais, pode-se dizer que todos eles são essenciais para garantir a autonomia dos cidadãos.

Habermas não projetou sua teoria para países periféricos, nos quais a ausência de garantia de condições materiais mínimas de vida é regra – e não exceção. No contexto brasileiro, adotar a postura habermasiana significaria defender o ativismo judicial como regra, com o Judiciário substituindo a atuação do Estado e assumindo papel central na atribuição de sentido aos direitos com previsão constitucional – tudo em nome de garantir a autonomia pública e privada de uma massa de cidadãos, mas sem lograr em êxito em fazê-lo. Logo, o procedimentalismo não resolve o problema da judicialização excessiva de direitos sociais e dos efeitos nocivos que podem advir do fenômeno.

Por sua vez, existem outras teorias contrárias à visão juricêntrica, como o constitucionalismo popular, que defende a interpretação extrajudicial e critica os efeitos do controle judicial. Para alguns defensores dessa doutrina, a supremacia judicial impede o avanço do constitucionalismo popular, afastando o povo da interpretação constitucional. Porém, não se defende o apagamento do Poder Judiciário, mas apenas que ele não dê a “última palavra”, possibilitando que reações sociais modifiquem o entendimento dos tribunais.

Já o constitucionalismo democrático enxerga a jurisdição constitucional como uma instituição democrática, desde que esta trate o desacordo interpretativo (natural à sociedade) de uma forma construtiva. Para os defensores dessa teoria, o debate constitucional pode ser incentivado pela atuação das cortes e possui o potencial de gerar convicção e engajamento por parte da população. A principal diferença entre essa corrente e o constitucionalismo popular é que, apesar de também negar o foco juricêntrico, o constitucionalismo democrático vê um papel ímpar desempenhado pelos direitos constitucionais garantidos judicialmente, o qual não poderia ser substituído pelo entendimento popular. Nesse sentido, à sociedade caberia legitimar a atuação judicial através das trocas ocorridas entre ela e o Judiciário.

O minimalismo judicial, a seu turno, defende que sejam proferidas decisões judiciais superficiais e que sejam exercidas as virtudes passivas dos juízes, o que ocorre com a produção de acordos teorizados incompletos. Os acordos incompletos possuem como base a noção de que, mesmo em assuntos controversos, há princípios básicos sobre os quais todos os envolvidos concordam. E os direitos sociais podem ser compreendidos sob essa ótica, pois a sua vocação para propiciar melhores condições materiais de vida a toda a sociedade faz com que exista um nível básico de proteção desses direitos com o qual todos os cidadãos concordam.

O minimalismo de Sunstein fornece a importante noção de que os acordos acerca de direitos sociais podem variar no decorrer do tempo, pois estão diretamente relacionados à disponibilidade de recursos públicos para efetivar esses direitos, os quais igualmente variam. Como o minimalismo ressalta a importância de se evitarem conflitos constitucionais, as decisões judiciais sobre direitos sociais devem refletir a variação dos acordos parcialmente teorizados no decorrer do tempo. Essa contribuição reforça que, muito embora se deseje, a decisão judicial não pode garantir determinados direitos, por mais legítimos que sejam, se não for possível estendê-los aos demais, ou então se o seu custeio significar o sacrifício de outras proteções estatais reputadas de maior relevância – sob pena de se provocar conflitos indesejados sobre a extensão de proteção que os direitos sociais demandam.

Como seria inviável ao Judiciário avaliar o orçamento público e referendar decisões do Executivo sobre a melhor alocação de verbas públicas, para o minimalismo, as avaliações sobre acordos teorizados sobre direitos devem ficar longe das cortes. Entretanto, como já dito, na realidade brasileira é temerário impedir que questionamentos sobre a inefetividade de direitos sociais cheguem ao Judiciário, porquanto há o risco de essa situação resultar em inefetividade absoluta desses direitos. Assim, conjugando-se as críticas e as contribuições extraídas das teorias analisadas, corrobora-se a necessidade de buscar soluções que permitam a solução de controvérsias relativas à efetividade de direitos sociais pelo Poder Judiciário, porém de uma forma que reduza os problemas de limitação do debate e de falta de capacidade institucional sofridos pelos tribunais. Resta evidente também a necessidade de se pensar em soluções não juricêntricas, que permitam a participação de outros órgãos com maior capacidade institucional para o debate travado e que tenham a possibilidade de se opor a decisões que tenham potencial de minar a execução de políticas públicas.

A análise das principais alternativas que se têm ao atual de estado de judicialização da política, portanto, parece ratificar a viabilidade do uso de algumas contribuições das teorias dos diálogos institucionais, como mecanismo de reduzir a incapacidade institucional do Poder Judiciário para analisar políticas públicas. Afinal, as teorias dialógicas surgiram com a ideia de apresentar uma alternativa à supremacia judicial, sem que isso implicasse na adoção da supremacia legislativa, que poderia impedir a atuação dos tribunais em casos importantes. Essas teorias permitem que decisões controversas sobre direitos sociais sejam resolvidas com a colaboração de

todos os atores envolvidos e, por isso, acredita-se que possam colaborar para a tomada de decisões mais democráticas, mais inclusivas e mais coerentes com os planos políticos já em andamento para a concessão de maior efetividade possível aos direitos prestacionais.

Há uma ampla gama de teorias dialógicas, as quais diferem entre si por sua força mais descritiva ou prescritiva, pelos sujeitos que permitem participar do diálogo e pela dinâmica dialógica propriamente dita. Enquanto teorias predominantes prescritivas tendem a estar desconexas da realidade prática, aquelas mais descritivas se limitam a explicar a dinâmica da relação sem justificar porque o Judiciário deve participar da tarefa da interpretação constitucional.

Dentre as teorias analisadas, as mais prescritivas (teorias do aconselhamento e da concentração no processo) pretendem reforçar injustificadamente o papel judicial, permitindo que os juízes influenciem o poder político e o processo de elaboração das leis, o que poderia impactar sobre a independência do processo político. Já o minimalismo, também prescritivo, faz o contrário: impede que as legislaturas requeiram aos tribunais as questões constitucionais controversas – o que é um benefício inegável da teoria – mas, por outro lado, reduz demais o papel do Judiciário na efetivação de direitos sociais, podendo acarretar prejuízos para a população a quem esses direitos beneficiariam. Essas teorias revelam a necessidade de se procurar um equilíbrio no papel atribuído ao Poder Judiciário, nem permitindo-o influenciar diretamente o processo político ao “aconselhar” o que é certo e o que é errado, nem afastando-lhe completamente do controle desse processo.

Já quanto às teorias predominantemente descritivas, a teoria da construção coordenada reconhece cada Poder como um intérprete constitucional legítimo, mas apresenta um potencial anárquico ao não estabelecer uma autoridade final para resolver eventuais choques de interpretação. Além disso, ela não promove uma verdadeira troca entre os Poderes; limita-se a permitir que outros sujeitos possam fazer a interpretação constitucional. A teoria dos princípios jurídicos soluciona o problema da anarquia reforçando o Judiciário como autoridade final, mas não acrescenta nada ao contexto atual, já que não permite que outros Poderes se oponham às decisões judiciais.

De forma semelhante à construção coordenada, as teorias do equilíbrio defendem que o debate constitucional deve ser promovido em toda a sociedade, porém atribuem ao Judiciário o papel de catalisador das decisões sobre o significado

constitucional, na medida em que facilita o debate e estimula as outras instituições a se engajarem nas deliberações. A seu turno, as teorias da parceria entendem que todos os Poderes estatais podem colaborar de forma diferente sobre o significado constitucional, a partir de suas respectivas posições dentro da ordem institucional.

Embora haja a defesa de um outro tipo de teoria dialógica, que reúne as características da teoria do equilíbrio com as da teoria da parceria, entende-se que essa visão não seria a mais adequada ao objeto do presente estudo: a concretização de direitos sociais mediante processos judiciais. Como o incremento mais significativo que a teoria da fusão dialógica faz às teorias da parceria é a inclusão da sociedade no debate facilitado pelo Judiciário e essa postura não se mostra interessante em processos que abordam direitos sociais relativos a indivíduos determinados, a participação social nesse momento traria mais prejuízos (como morosidade processual) do que benefícios.

Essas percepções são o ponto de partida para análise dos dados coletados e a teorização fundamentada neles – muito embora a percepção da adequação da teoria da parceria só tenha sido obtida após prévia análise da amostra.

Analisando 200 processos ajuizados contra o Município de Dois Irmãos, entre os anos de 2010 e 2019, que visavam à concretização dos direitos sociais à saúde ou educação, pode-se concluir que há efetiva incapacidade institucional do Poder Judiciário para avaliar políticas públicas em seu quadro geral; que tal incapacidade pode ser a causa de alguns juízes já privilegiarem a abertura de espaços atípicos de diálogo nos processos sob sua responsabilidade; que o estabelecimento de diálogos, quando não imposto normativamente, fica à mercê da vontade do julgador; que os juízes possuem pouca deferência às definições de prioridades do Executivo, buscando uma inatingível universalização das prestações sociais, sem considerar limitações orçamentárias; e que a atuação judicial, embora às vezes temerária, é imprescindível para a resolução de determinados conflitos, que restariam desatendidos caso não houvesse a possibilidade de recurso ao Judiciário.

Além disso, perceberam-se indícios de que a prática de diálogos institucionais realmente pode acarretar benefícios para a resolução da lide relativa a direitos sociais levada a julgamento. Tanto é assim que, em alguns casos, já se verificou o estabelecimento voluntário da comunicação entre instituições, indiciando certo grau de percepção do juiz de que a demanda poderia ser resolvida mais adequadamente

se o posicionamento do Executivo quanto à concretização do direito social em questão fosse levado em consideração.

A partir dessas constatações, pode-se chegar à conclusão da viabilidade de utilizar a teoria da parceria como meio para estabelecer diálogos institucionais entre o Executivo e o Judiciário de forma a auxiliar a tomada de melhores decisões em processos efetivadores de direitos sociais. Para que essa teoria seja incorporada normativamente ao sistema jurídico, sugeriu-se a elaboração e aprovação periódica de um planejamento para a execução de políticas públicas, em conjunto entre Executivo e Judiciário.

Esse mecanismo pode permitir que a *expertise* do Judiciário na resolução de conflitos entre direitos seja utilizada pelo Executivo ainda na fase de planejamento das políticas públicas, resultando em benefícios a todos os usuários da política pública – e não apenas aos jurisdicionados, que buscaram a atuação judicial. Demais disso, tem-se a contribuição de que, tendo de elaborar um plano executivo para a concretização de direitos sociais, o Executivo não mais deixe “espaços vazios” quando do exercício de suas competências, a fim de que estes sejam ocupados pelo Judiciário.

Dessa forma, crê-se que o Judiciário não irá atentar contra suas próprias percepções, manifestas no plano de execução das políticas públicas, salvo na excepcionalidade de haver restrição indevida de direitos ou a ocorrência de consequências não planejadas ou previstas. Assim, em processos futuros relativos a direitos sociais, torna-se possível que a decisão judicial tomada seja a mais consentânea possível com as políticas públicas em andamento, sem prejudicá-las e sem impor a revisão de suas prioridades (ainda que implicitamente) por critérios unicamente jurídicos.

Assim, a principal discordância percebida entre os posicionamentos do Executivo e do Judiciário – a referente à forma como cada um encara a questão do custo dos direitos e a limitação orçamentária do poder público – pode ser superada através da atuação conjunta.

Estima-se que, dessa forma, é reduzida a possibilidade de serem proferidas sentenças interferindo em políticas públicas com cujas escolhas e eleição de prioridades o Judiciário previamente anuiu – restando as interferências restritas a casos excepcionais. Todavia, caso, mesmo tendo referendado as prioridades executivas, o Judiciário continue determinando que demandas sociais não prioritárias

sejam atendidas pelo Executivo, sugere-se o uso de mecanismos de *accountability*, aptos a cobrar manifestações e justificações dos juízes.

Como restou evidente que a adoção de uma postura dialógica, quando não imposta, decorre apenas do voluntarismo de alguns julgadores mais dispostos à abertura do debate, é imprescindível que tal forma de debate seja disciplinada normativamente.

Portanto, não se pode retirar do Poder Judiciário o poder de decidir matérias afeitas à efetivação de direitos sociais, sob pena de comprometer definitivamente a efetividade de tais direitos, que seriam objeto de um controle bem mais difícil de ser realizado. Pelo contrário, o Judiciário deve poder continuar assumindo sua posição de controle em face de condutas abusivas ou ilegais cometidas pelo poder público. Por outro lado, é evidente que a postura excessivamente interventiva do Poder Judiciário deve ser evitada, sob pena de comprometer a efetividade de políticas públicas, já que a intervenção judicial pode gerar o desequilíbrio do orçamento público.

Dito isso, constata-se a plausibilidade de se incorporarem elementos da teoria da parceria ao ordenamento jurídico pátrio, através da aprovação conjunta, entre Executivo e Judiciário, de um plano de execução de políticas públicas que contemple prioridades eleitas simultaneamente pelos Poderes envolvidos. Acredita-se que, através dessa proposta, haverá vantagens tanto para o Executivo – que terá elementos e visões adicionais para construir seu plano de execução de política pública – como para o Judiciário – que terá elementos para decidir o caso concreto com maior grau de capacidade institucional, em virtude da sua percepção do quadro geral da concretização de direitos sociais.

Entretanto, a maior vantagem que se espera decorrer dessa prática destina-se aos cidadãos: imagina-se que eles usufruirão de políticas públicas mais bem planejadas, pois construídas a partir da união de argumentos de duas instituições que, a partir de suas diferentes posições institucionais, têm muito a acrescentar ao debate sobre quais prestações devem ser asseguradas para garantir os direitos sociais. Assim, os destinatários das políticas poderão usufruir de serviços mais bem planejados. Acredita-se também que a aprovação conjunta do planejamento proposto possa fomentar engajamento de ambos os Poderes para que o planejamento seja efetivamente cumprido e, com isso, os indivíduos poderão usufruir de políticas públicas mais bem planejadas e que, durante sua execução, estarão menos sujeitas a intervenções inesperadas, propiciando-lhes maior qualidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional commentary**, v. 17, p. 455-482, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/603>. Acesso em: 14 jan. 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, Rubem. **O amor que acende a lua**. Campinas: Papyrus, 2012.
- ANJOS, Elisângela César dos Santos; RIBEIRO, Danilo da Costa; MORAIS, Leonnardo Vieira. Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. **Cadernos ibero-americanos de direito sanitário**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 113-128, jan./mar. 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640/794>. Acesso em: 24 mar. 2021.
- ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). **Revista de direito sanitário**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 48-65, jul./out. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122306>. Acesso em: 24. mar. 2021.
- ASSIS, Fábio José Silva de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Do protagonismo judicial aos diálogos institucionais: uma introdução ao constitucionalismo popular de Kraemer, ao minimalismo de Sunstein e às teorias dialógicas de Bateup e Linares. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p. 267-296, ago. 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/34145/24160>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MIRANDA, Paula Mandagará. Supremo Tribunal Federal: ativismo ou *self-restraint* na efetivação de direitos sociais? **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 519-543, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22847/19657>. Acesso em: 02 dez. 2020.
- BACKLASH. In: CAMBRIDGE DICTIONARY. [Cambridge]: Cambridge University Press, c2021. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>. Acesso em: 30 jan. 2021.
- BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, practices and social movements. **University of Pensylvania Law Review**, Philadelphia, v. 154, p. 927-950, 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fss_papers. Acesso em: 18 dez. 2020.
- BARBOSA, Claudia Maria; ARAUJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio de. A contribuição do constitucionalismo popular para o fortalecimento da *accountability* social sobre o Judiciário. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, p. 40-

61, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=379&post%5Fdata=user%3Dnil%26UserActiveTemplate%3Dnil%26sid%3D36&sid=36>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BARRETO, Lima. **Os bruzundangas**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1992. *E-book*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000149.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. *In: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEBATES PÚBLICOS: [S.l., 2017?]*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 05 dez. 2020.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. [S.l.]: Bobbs-Merrill, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade igual: o que é e por que importa**. 1. ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONHAM'S case. *In: ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA*. [Chicago: Encyclopædia Britannica Inc.], 21 nov. 2013. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Bonhams-Case>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 23 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175/CE**. [...] Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. [...] Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 592581/RS**. [...] I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. [...] Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda turma). **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639337/SP**. [...] Legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição – incoerência de transgressão ao postulado da separação de poderes [...]. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais da jurisprudência da Suprema Corte norteamericana. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 122-156, 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis; CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016. Quadrimestral.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/cfi/6/2!/4/2@0.00:0>. Acesso em: 03 fev. 2021.

CANADA. Department of Justice. **A consolidation of the constitution acts: 1867 to 1982**. Ottawa: Publishing and Depository Services Public Works and Government Services, 2012. Disponível em:

https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/CONSTITUTION%20ACT%201982.pdf. Acesso em: 13 jan. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O direito constitucional como ciência de direção**: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPI, Ricardo. **A “teorização fundamentada nos dados”**: um método possível na pesquisa empírica em direito. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. Disponível em: https://works.bepress.com/luciana_yeung/9/. Acesso em: 30 out. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (orgs.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. v. 4. São Paulo: RT.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>. Acesso em: 04 nov. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607884/>. Acesso em: 24 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. I Conferência internacional sobre garantismo e gestão pública – separação dos poderes: funções de governo e funções de garantia. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, ano 4, n. 23, nov./dez. 2009, p. 12-13. Disponível em: https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed_23. Acesso em: 24 out. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/>. Acesso em: 12. out. 2020.

FERREIRA, Ruan Espíndola. **Possibilidade de aplicação das teorias dos diálogos institucionais no ordenamento brasileiro**: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. Orientador: Alexandre Garrido da Silva. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13232/1/PossibilidadeAplicacaoTeoria s.pdf](https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13232/1/PossibilidadeAplicacaoTeoria%20s.pdf). Acesso em: 04 fev. 2021.

FRANÇA, Assembleia Nacional Constituinte da. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. São Paulo: USP, [2020?]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV); ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Estudo da imagem do judiciário brasileiro**. [Rio de Janeiro]: FGV, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/12/ESTUDO-DA-IMAGEM-DO-JUDICIA%cc%81RIO-BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE – Coordenação de População e Indicadores Sociais. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Características gerais dos domicílios e dos moradores**. Rio de Janeiro: IBGE – Coordenação de Trabalho e Rendimento, 2020a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Educação**: 2019. Rio de Janeiro: IBGE – Coordenação de Trabalho e Rendimento, 2020b. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (Fiocruz). **Índice Brasileiro de Privação**: o índice. [Salvador]: Centro de Integração de Dados e Conhecimento para Saúde, 2020a. Disponível em: <https://cidacs.bahia.fiocruz.br/ibp/indice/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (Fiocruz). **Ranking dos municípios brasileiros classificados por nível de privação (2020)**. [Salvador?]: Fiocruz, 2020b. Disponível em: <https://cidacs.bahia.fiocruz.br/ibp/publicacao/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del “constitucionalismo popular”. **Revista de Libros De La Fundación Caja Madrid**, [S. l.], n. 112, 2006, p. 15-18. Disponível em: www.jstor.org/stable/30230708. Acesso em: 13 jan. 2021.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. *In*: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 37-75. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 20 dez. 2020.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. *In*: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel (ed.). **The Oxford handbook of law and politics**. New York: Oxford University Press, p. 81-98, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2487330>. Acesso em: 12 nov. 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Orientadora: Vera Karam de Chueiri. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20-%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2>. Acesso em: 18 dez. 2020.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. 2. ed., rev. e atual. Lisboa: Juruá, 2011.

GRIFFITH, John. The political constitution. **The Modern Law Review**. [S.l.], v. 42, n. 1, p. 1-21, 1979. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1979.tb01506.x>. Acesso em: 06 fev. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. 1. ed. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. Tradução de: Die normalität einer Berliner Republik: kleine politshce schriften VIII.

HACHEM, Daniel Wunder. Editorial – Separação de poderes e diálogos institucionais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 9-14, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/issue/view/issue/2499/451>. Acesso em: 03 fev. 2021.

HIEBERT, Janet L. **Charter conflicts: what is parliament's role?** Montreal: McGill-Queen's University, 2004. *E-book*. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=sTx6dIPgJIIC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 12 dez. 2020.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, New York, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=951610>. Acesso em: 27 nov. 2020.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07XFSXJJC>. Acesso em: 18 out. 2020.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPE). **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020.

KELLER, Arno Arnoldo. **O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas.** São Paulo: LTr, 2001.

KENNEDY, David. **The dark side of virtue: reassessing international humanitarianism.** Princeton: Princeton University, 2004.

KOSSMANN, Edson Luís. **O estado constitucionalmente eficiente a partir de parâmetros democráticos: o princípio da igualdade como condição de possibilidade para a concretização do direito à saúde.** Orientador: Lenio Streck. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/8686/Edson%20Lu%C3%ADs%20Kossmann_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 out. 2020.

KRAEMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review.** New York: Oxford University Press, 2004. *E-book*. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=ONiwo9BEzTkC&printsec=frontcover&source=gbs_book_other_versions_r&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 13 jan. 2021.

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

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento da Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LYNCH, Christian Edward Cyrill; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25654/20597>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Orientador: Álvaro de Vita. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 04 dez. 2020.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril, 1973.
MORAIS, José Luis Bolzan de. **Afinal: quem é o Estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Orientador: José Alcebíades de Oliveira Junior. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30386565.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; RIBEIRO, Jamir Calili. Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 225-241, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3085/2808>. Acesso em: 24 mar. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. Limites e perspectivas do diálogo entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [Itajaí], v. 23, n. 1, jan./abr. 2018. p. 35-70. Disponível em: <https://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13035>. Acesso em: 30 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**, 1966. Washington: OAS, [2020?]. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

PENSADOR, Gabriel, o. Até quando? In: LETRAS. Belo Horizonte, c2021. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/gabriel-pensador/30449/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **REDESG**: Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, Santa Maria, v. 2. n. 1, p. 163-196, jan./jun., 2013. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/10183/pdf_1#.X256fWhKjDc. Acesso em: 25 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. **Harvard Civil Rights** - Civil Liberties Law Review, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1168&context=fss_papers. Acesso em: 13 out. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Decisão interlocutória. **Processo 145/5.17.0000099-5**. Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Dois Irmãos. Autor: A. M. F. Réu: Município de Dois Irmãos. Juíza: Rebecca Roquetti Fernandes, 06 de setembro de 2017.

ROACH, Kent. **The supreme court on trial**: judicial activism or democratic dialogue. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão**: veredas. 22 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, p. 11-156, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 11, p. 257-282, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v18i1.858>. Acesso em: 04 nov. 2020.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma república inclusiva. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296-318, set./dez. 2018. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n3/revista_v20_n3_296.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

SMITHEY, Shannon Ishiyama; ISHIYAMA, John. Judicial activism in post-communist politics. **Law & Society Review**, [S. l.], v. 36, n. 4, 2002, p. 719-742. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1512169>. Acesso em: 14 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017a. Livro eletrônico.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

TAROZZI, Massimiliano. **O que é a grounded theory?** Metodologia de pesquisa e de teoria fundamentada nos dados. Petrópolis: Vozes, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. Orientador: Lenio Luiz Streck. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 07 nov. 2020.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995. *E-book*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=UmkTCgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=true>. Acesso em: 12 nov. 2020.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. **Revista de Sociologia e Política**. v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013.

Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of United States. **Brown v. Allen**, **344 U.S. 443** (1953). The habeas jurisdiction of federal courts allows them to review criminal convictions once remedies at the state level are no longer available, Decided February 9, 1953. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/443/>. Acesso em: 29 dez. 2020.

VIRGÍNIA. Assembleia Geral. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia**, 1776. São Paulo: USP, [2020?]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 24 set. 2020.

WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 215, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2018>. Acesso em: 23 jan. 2020.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WHITTINGTON, Keith. E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, v. 80, n. 3, p. 774-851, 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol80/iss3/3>. Acesso em: 16 dez. 2020.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **SUR: Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 53-69, jan., 2007. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur6-port-rodrigo-uprimny.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.