

# Os desafios e perspectivas da corte brasileira no controle das políticas sociais: o pleito por direitos perante a figura do Estado-Juiz

*The challenges and perspectives of the brazilian supreme court in the control of social politics: the search for social rights in the judiciary*

*Deilton Ribeiro Brasil<sup>1</sup>*

*Gustavo Henrique Maia Garcia<sup>2</sup>*

*Thainá Penha Pádua<sup>3</sup>*

**Resumo:** A presente pesquisa busca analisar os entraves à efetivação dos direitos sociais no Brasil e a sua recorrente judicialização. A partir desse contexto, buscou-se analisar de que forma a suprema corte brasileira tem fundamentado os seus julgamentos sobre o tema, para verificar se consiste em uma postura legítima ou ativista. O método utilizado foi o indutivo e como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica, onde foram analisadas obras jurídicas e pela pesquisa documental, realizou-se um aporte na legislação constitucional e em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, a fim de averiguar as circunstâncias da experiência político-jurídica contemporânea que culminaram na supremacia judicial. Como resultados alcançados verificou-se que a resposta almejada deve ser obtida de modo contextualizado, por meio de uma análise da transição paradigmática da teoria jurídica.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Judicialização. Efetividade. Supremacia judicial.

**Abstract:** This research seeks to analyze the obstacles to the realization of social rights in Brazil and its recurrent judicialization. From this context, we sought to analyze how the Brazilian Supreme Court has based its judgments on the subject, to verify whether it consists of a legitimate or activist stance. Through bibliographic research, legal works and documentary research were analyzed, a contribution was made to constitutional legislation and in some judgments of the Supreme Court, in order to ascertain the circumstances of the contemporary political-legal experience that culminated in judicial supremacy. It was concluded that the desired response should be obtained in a contextualized way, through an analysis of the paradigmatic transition of legal theory.

**Keywords:** Social rights. Judicialization. Effectiveness. Judicial supremacy.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA).

<sup>2</sup> Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - UIT (2022). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2018). Advogado. Membro do Observatório do Mundo em Rede Cyber Leviathan.

<sup>3</sup> Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (linha de pesquisa: Processo Coletivo). Pós-graduada em Direito Processual pela Fundação Educacional de Oliveira - FEOL. Pós-graduada em Direito Penal pela Damásio S/A.

## 1. Introdução

Apesar das três décadas de intensas discussões, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a busca pela proteção judicial dos direitos sociais ainda tem sido muito debatida na doutrina e nos tribunais brasileiros, permanecendo a incerteza sobre a aplicabilidade das normas ditas programáticas. Embora o reconhecimento da necessidade de promoção desses direitos seja decorrência lógica do Estado de Democrático de Direito, como condição para o exercício pleno das liberdades pessoais, sua eficácia ainda parece uma realidade distante.

Essa hermenêutica constitucional que lança luz aos princípios instauradores dos direitos sociais como normas aptas a fundamentar decisões judiciais ainda encontra uma série de desafios práticos e teóricos. A abertura que possibilita a tutela jurisdicional desses direitos vem acompanhada de inúmeras resistências e argumentos como intromissão e quebra do princípio da separação de poderes no controle de políticas públicas já existentes ou com pouca efetividade.

Adicione-se que as limitações de recursos do Estado, quando há pretensão de prestação material ao cidadão, também representa importante ponto de atenção, eis que tal supressão da vontade administrativa nem sempre é realizada por falta de vontade política, mas pela escassez de recursos, forçando a escolha dentre inúmeras demandas igualmente relevantes.

O presente artigo tem como propósito demonstrar como o referido dilema tem sido enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, que se fundamenta em princípios como o da máxima efetividade, reserva do possível, mínimo existencial e vedação ao retrocesso social, tomando como contraponto o ativismo judicial na efetivação de direitos sociais e o argumento da escassez de recursos.

A pesquisa, nesse cenário, investiga, com base no tratamento dado pelos tribunais brasileiros, os principais problemas relacionados à judicialização dos direitos sociais, buscando o principal ponto que impede o adequado tratamento dos litígios a eles relacionados. Para tanto, o trabalho utiliza o método indutivo,

partindo das interpretações do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, para traçar um paradigma do tratamento da matéria.

Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Assim, no primeiro tópico, buscou-se demonstrar como a efetividade desses direitos deve ser tratada com a máxima prioridade, pois eles são condição imprescindível para o exercício de todos os demais direitos fundamentais e condição de existência da dignidade humana. No segundo tópico, realizou-se uma análise sobre a realidade brasileira, em que várias demandas por direitos sociais acabam por desaguar no Supremo Tribunal Federal e quais as consequências disso.

No último momento da pesquisa, foram analisados posicionamentos da Corte sobre a judicialização de políticas públicas, traçando reflexões sobre a importância da constitucionalização do tratamento desses direitos, e principalmente sobre a constitucionalização do processo. Para além dos problemas clássicos do tema, considera-se que a judicialização só pode se desenvolver em um paradigma verdadeiramente democrático, pois a intromissão do Judiciário no desenvolvimento de políticas públicas não pode distorcer ainda mais a relação de desigualdade presente na sociedade.

## 2. O problema da efetividade dos direitos sociais no Brasil

Os direitos sociais se desenvolvem para a realização da vida em todo o seu potencial, sem o qual o titular não poderia alcançar e desfrutar dos bens que precisa para viver com dignidade, e, por natureza, se relacionam com um complexo

de relações sociais, econômicas ou culturais. Eles são o fruto do constitucionalismo de segunda dimensão, quando se reconhece que, sem acesso a uma base de recursos materiais, torna-se impossível o acesso às liberdades fundamentais (Sarlet, 2004).

Atualmente, estão alocados no artigo 6º da Constituição Federal, segundo o qual: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

Em uma perspectiva puramente normativa, o texto constitucional também abarca separadamente esses direitos em outros dispositivos, como os artigos 7º a 11, que tratam de um extenso rol de direitos dos trabalhadores; os artigos 196 a 200, que tratam dos desdobramentos do direito à saúde; os artigos 201 e 202 que tratam do sistema de previdência social; os artigos 203 e 204 tratam da assistência aos desamparados, dentre outros. Além disso, os direitos sociais são regulados de forma detalhada em diversas legislações infraconstitucionais.

No entanto, os termos em si são indeterminados. Eles traçam um caminho para a proteção que pode divergir em uma renegociação das regras legais de propriedade; ou da forma como o sistema jurídico responde às diferenças de gênero, raça, deficiência e nacionalidade; ou do modo como a lei molda a prestação de serviços, o planejamento das cidades e o funcionamento de hospitais, escolas, transportes e indústria. A indeterminação dos direitos econômicos e sociais não é simplesmente uma linguagem, ela pertence à relação imprevisível da lei com a experiência. Para Bobbio:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições (Bobbio, 2004, p. 23).

Verifica-se que a principal dificuldade a ser enfrentada sobre esse tema refere-se à aplicabilidade e efetividade desses direitos, à sua realização, ao

desempenho de sua função social. Dessa forma, o problema reside na materialização dos preceitos legais no mundo dos fatos, e simboliza a aproximação entre o normativo e o que deve ser a realidade social.

Bobbio afirma que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do que ele considera como o problema da proliferação dos direitos do homem, questões bem mais difíceis de resolver: a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, a ampliação dos poderes do Estado. Também "poder" – como, de resto, qualquer outro termo da linguagem política, a começar por "liberdade" – tem, conforme o contexto, uma conotação positiva e outra negativa. O exercício do poder pode ser considerado benéfico ou maléfico segundo os contextos históricos e segundo os diversos pontos de vista a partir dos quais esses contextos são considerados (Bobbio, 2004, p. 67).

Sobre a efetividade dos direitos sociais, é necessário para a compreensão do Estado de Direito não só em um sentido amplo, mas uma abordagem por outras óticas, tais como: política, econômica, social e histórica. Os direitos sociais fundamentais na Constituição brasileira estão longe de formar um grupo homogêneo, pois, no que diz respeito ao seu conteúdo e à forma de seu reconhecimento, o constituinte originário não seguiu nenhuma linha ou teoria específica. Em vez disso, acabou se criando um capítulo muito contraditório no que tange à relação interna de direitos e garantias. Isso implica uma série de desvantagens interpretativas, afetando diretamente a eficácia das disposições contidas na Constituição (Krell, 2002).

É fato que o parâmetro lógico que impulsiona a política legislativa em geral é o nível de importância ou relevância social de determinada matéria. Dito de outro modo, aquilo que for considerado mais fundamental para a sociedade é a matéria disciplinada pelo dispositivo e, portanto, o efeito mais consistente que ele pretende

produzir deve ser a eficácia jurídica associada, ou seja, a sua capacidade de produzir efeitos. Assim, a dificuldade maior quando se fala em direitos sociais reside na formulação, implementação e manutenção de políticas públicas e na harmonização dos gastos nos orçamentos dos entes políticos.

Nesse sentido, um dos principais pontos que restringem a eficácia dos direitos fundamentais é a chamada reserva do possível, que tem sido usada para indicar a limitação de recursos ante a necessidade da garantia dos direitos fundamentais e sociais. O debate sobre o tema tem sido identificado no Brasil em grande parte pelo compromisso do Governo em promovê-lo e argumentá-lo nas mais diversas demandas, sob o pretexto de um apocalipse econômico iminente. O termo tenta identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis sobre a necessidade quase sempre infinita a ser atendida por eles.

Essa corrente encontra respaldo na própria realidade, enquanto países periféricos do Mundo, como é o caso da Argentina (Barbon, 2023), e até mesmo da Europa, caso da Grécia, se colocaram em situações econômicas dramáticas, sendo uma das causas a manutenção de programas assistenciais insustentáveis. Alcançar esse equilíbrio é um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito.

Através de uma visão constitucionalizada da demanda, a escassez de recursos orçamentários não pode ser obstáculo para a garantia dos direitos sociais, que são condições essenciais da vida humana, pois, dessa forma, estariam violando o preceito básico e fundamental da Constituição Federal: o princípio da dignidade humana. Para Fabrício V. Costa:

Baseando-se nas condições materiais e na própria fundamentabilidade jurídica, o texto constitucional reconhece eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o núcleo da dignidade humana, especialmente a primeira (condições materiais), vislumbrada na exigibilidade da prestação positiva. É que o chamado mínimo existencial compõe as condições materiais básicas para a existência do indivíduo, compondo uma fração nuclear que enseja a eficácia jurídica positiva (Costa; Motta; Araújo, 2017, p. 851).

Dessa forma, o mínimo existencial é considerado o requisito necessário para a sobrevivência do indivíduo, pois se não existem as condições necessárias

para uma vida digna, os direitos sociais não serão eficazes. E quando se trata de mínimo existencial destinado à saúde, por exemplo, sua violação atinge diretamente o direito à vida. Por outro lado, não há em nenhum dispositivo constitucional a previsão de que o Estado deve prover somente o mínimo do mínimo para que o ser humano permaneça vivo. Pelo contrário, a dignidade humana pressupõe a concretização de inúmeros outros direitos, até mesmo ao lazer, o que dificulta ainda mais a sua concretização pela via judicial (Daniel, 2013).

A dignidade humana é princípio fundamental que deve expressar a certeza de que o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal<sup>4</sup> não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui padrão-positivo legal com status constitucional e, como tal, com efetividade, transformando-se, além da dimensão ética já apontada, no valor jurídico da comunidade. Nesse contexto, é preciso considerar a dignidade da pessoa humana não sendo apenas o valor dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, o que justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-avaliativa (Sarlet, 2004).

Ou seja, o mínimo existencial está ligado à dignidade da pessoa humana e deve ser guardado pelas características dos direitos sociais, a fim de proporcionar condições mínimas à sociedade. Supondo que as necessidades da população sejam infinitas e limitadas por questões orçamentárias, deve-se ter em mente sobre como estabelecer prioridades na alocação de recursos para garantir o mínimo estabelecido na Constituição Federal.

Se o Estado não for capaz de reconhecer em que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, ou seja, se não houver consenso quanto ao conteúdo mínimo da dignidade, enfrentará uma crise ética e moral de proporções que o princípio da dignidade humana será transformado em uma fórmula totalmente vazia. Garantido constitucionalmente, o mínimo existencial deve ser atendido prioritariamente. Se assim for, e significar que os recursos financeiros

---

<sup>4</sup> Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (Brasil, 1988).

não são ilimitados, os recursos disponíveis devem ser aplicados prioritariamente a serviço dos propósitos considerados essenciais pela Constituição até que sejam efetivamente alcançados.

Uma vez violado o mínimo existencial, pela omissão da efetividade dos direitos sociais, surge o direito de os exigir em juízo. A razão que justifica tal judicialização dos direitos sociais, ligados ao mínimo existencial, se dá pelo fato de que esses direitos são indispensáveis para ter uma vida com dignidade. Nesse aspecto:

(...) Se a pessoa mediana consegue ter uma vida digna sem precisar do bem em questão, este bem não pertence ao direito da dignidade. Dentre o resguardo desse princípio não envolve apenas bens patrimoniais ou integridade física da pessoa humana, mas, sobretudo, sua integridade moral, sentimental, psíquica. Como desdobramento de seus fundamentos e conseqüências lógicas, observe-se que a prestação positiva de direitos por parte do Estado deve ocorrer de forma a se garantir essa proteção à liberdade, à cidadania, ao bem-estar social, à saúde, à propriedade, à segurança (Costa; Motta; Araújo, 2017, p. 852).

Segundo Canotilho (2002), o Estado deve garantir a efetividade dos direitos sociais e, também, não pode reduzir, cancelar ou revogar o que hoje entende-se como mínimo existencial e deve selar todas as medidas legislativas destinadas a isso. Este é o princípio da proibição do retrocesso social.

De acordo com Ingo W. Sarlet, o aumento cada vez maior de demandas por prestações sociais, frente ao decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade, não podem ser critérios utilizados para interpretar restritivamente alguns direitos e, assim, utilizar-se do Judiciário como ferramenta de negativa de direitos já consagrados por meio de conquistas histórico-sociais. Assim, toda decisão judicial que nega um direito fundamental baseando-se na escassez de recursos estatais, exterioriza uma interpretação constitucional contrária ao princípio da proibição do retrocesso (Sarlet, 2004, p. 409-412). Sobre a efetividade:

Admite-se, assim, a existência de um *continuum* entre uns e outros direitos axiologicamente categorizados como fundamentais – civis, políticos e sociais –, direitos que têm um papel funcional específico no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, sem que nem as obrigações que eles contêm, nem o caráter de sua formulação possa convertê-los em direitos de livre configuração legislativa, tampouco em direitos cuja

efetividade fica sujeita ao alvedrio dos agentes políticos e/ou administrativos de turno (Schwarz, 2016, p. 5).

Importante lembrar que esses direitos estão em constante modificação, a depender das necessidades do indivíduo e da coletividade, como qualquer outro direito. Para Bobbio:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sagrada e inviolável, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações (Bobbio, 2004, p. 18).

Portanto, embora a efetividade dos direitos sociais dependa da consideração dos governos em suas escolhas diante da escassez de recursos, a administração não pode se esquivar de seu dever constitucional de prover e garantir direitos mínimos à população para uma vida com dignidade. Na ausência de qualquer um deles, cabe ao Judiciário, através de provocação, determinar o cumprimento/fornecimento daquele determinado direito social fundamental, o que acaba desaguando em um dilema.

Ao impor o dever de respeitar, proteger ou promover direitos econômicos e sociais — na verdade, em ser um titular do dever — os tribunais são chamados a decidir sobre a natureza desses direitos, seu escopo e as obrigações que fluem deles. Diante da complexidade das inúmeras instituições que impactam nos termos materiais da vida social, o Judiciário deve cumprir seu papel na aplicação dos arranjos positivos que determinam quem faz o quê para garantir direitos econômicos e sociais.

A única conclusão possível desse cenário institucional é aquela construída pelo garantismo, a partir do qual o Judiciário deve ser entendido exatamente como uma função contramajoritária dentro da democracia, cabendo a ele impedir que maiorias sociais ou circunstanciais imponham violações contra grupos minoritários (Ferrajoli, 2021). Enquanto função de garantia, o Judiciário emerge como

instituição imprescindível para o paradigma democrático contemporâneo, e isso assume especial importância para a concretização de direitos sociais.

### 3. A judicialização de direitos sociais: efetividade ou postura ativista?

Nas democracias constitucionais contemporâneas, a proteção dos direitos sociais é incerta e vinculada ao destino de um controverso processo de execução legal – e judicial. De fato, o escopo e os meios de julgamento dos direitos sociais estão em constante evolução e são amplamente debatidos, especialmente no âmbito do julgamento constitucional. Nessa esfera, o exercício da revisão judicial sobre questões relativas aos direitos sociais permite que os tribunais escrutinem os atos legislativos e as escolhas distributivas subjacentes.

A possibilidade de órgãos não representativos, como tribunais, reverem e contrariarem as decisões de órgãos político-representativos levanta uma “dificuldade” contramajoritária, o que pode, para alguns, minar a legitimidade democrática das intervenções judiciais sobre os direitos sociais. Nessa perspectiva, a ação dos tribunais é particularmente controversa em dois aspectos.

Primeiro, a judicialização dos direitos sociais. É controverso se, e porque, os direitos sociais são favoráveis à consideração judicial tanto quanto aos direitos civis e políticos. Nessa questão, houve uma virada significativa para os direitos sociais efetivamente aplicados. O debate mudou seu foco da sabedoria de dar aos juízes o poder de fazer valer os direitos sociais para um conjunto de questões sobre o efeito prático dos direitos sociais justificáveis e o potencial de tais direitos para cumprir a promessa de transformação social através do direito.

Em segundo lugar, o julgamento dos direitos sociais: como os tribunais devem abordar tais direitos e em que medida devem interferir nas decisões das instituições políticas e legislativas. O primeiro aspecto diz respeito principalmente ao escopo e à justificativa do julgamento dos direitos sociais, enquanto o segundo diz respeito principalmente à força e intensidade da ação judicial nesse âmbito.

Com base em um entendimento deliberativo da democracia, Roberto Gargarella fez contribuições cruciais em relação a ambos os aspectos, mostrando

também como eles estão conectados. Ele tem apontado que o sentido das ações judiciais não depende apenas da natureza das questões que se enquadram nesse âmbito. Em vez disso, depende principalmente do quadro democrático mais amplo no qual o Judiciário opera (Gargarella, 2012).

Nestes termos, a judicialização dos direitos sociais não depende muito da natureza desses direitos – como direitos supostamente "positivos", caros – e da possibilidade de efetivamente aplicá-los por meios judiciais. Em vez disso, e mais fundamentalmente, depende crucialmente de avaliações da natureza dos sistemas democráticos e do papel que os tribunais devem desempenhar nesses sistemas. Em segundo lugar, Gargarella forneceu um relato do julgamento dos direitos sociais com base em uma concepção deliberativa da democracia, que aponta para um exercício de revisão judicial mediando entre o ativismo judicial e a inércia (Gargarella, 2012).

Em ambos os aspectos, o relato do autor enfatiza o que a prática judicial muitas vezes tende a obscurecer: a relevância das premissas democráticas para a articulação de um discurso judicial sobre direitos sociais. De fato, como Gargarella observa em uma análise perspicaz da jurisprudência constitucional, os tribunais muitas vezes não expõem a visão da democracia subjacente à sua abordagem dos direitos sociais. E quando o fazem, muitas vezes apresentam-no em termos ruins, especialmente se comparados aos argumentos democráticos refinados implantados em decisões sobre outros direitos, como a liberdade de expressão.

O fato mais surpreendente, a este respeito, diz respeito ao uso judicial de argumentos que, embora se baseiem em concepções muito diferentes da democracia – da concepção pluralista à concepção *rousseauiana* – levam à mesma conclusão: a democracia exige instituições políticas, representativas, e não tribunais, para lidar com os direitos sociais (Gargarella, 2012, p. 10-14).

No entanto, essa conclusão só é apoiada por certas visões da democracia: "O argumento da teoria democrática não desce, obviamente, em apoio à ideia de que os juízes não têm papel a desempenhar na aplicação dos direitos sociais" (Gargarella, 2006, p. 13). Outras visões – e a visão deliberativa em particular – levam a conclusões diferentes, apontando para a legitimidade do julgamento dos

direitos sociais. Essas teorias da democracia deliberativa sugerem que os juízes devem ser mais ativos na aplicação dos direitos sociais, mas de maneiras que não são apenas compatíveis, mas também necessárias para uma democracia mais robusta e justa.

Sendo assim, a judicialização pode ser definida como a comodidade de uma questão/reivindicação à resolução judicial. Mais precisamente, uma demanda é justificável quando o tribunal ou tribunais apropriados decidem sobre o mérito. Essa noção marca o âmbito da ação judicial, expressando a condição em que uma questão pode ser tratada de acordo com as normas legais e por um órgão judicial, descrevendo e prescrevendo certos limites à ação judicial. De acordo com Streck, Tassinari e Lepper:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos (Streck; Tassinari; Lepper, 2015, p. 56).

Em um sentido de afirmação de fatos, a noção de judicialização descreve um estado de coisas em que uma questão/alegação é processualmente exequível perante um tribunal. Combinando esses aspectos, a noção de judicialização serve como um filtro através do qual pode-se separar o que tem relevância constitucional e se presta a ser julgado pelos tribunais daquilo que, embora relevante, não se presta a ser julgado por um tribunal.

O caso dos direitos sociais é emblemático nesse sentido. Embora contemplado pelas disposições constitucionais, é controverso se, e em que medida, o conteúdo dessas disposições pode ser julgado de acordo com as normas legais. Além disso, mesmo que se assuma que o conteúdo das disposições constitucionais possa ser sempre julgado de acordo com as normas legais, poderia ser razoável reservar sua aplicação às instituições políticas.

Por outro lado, Gargarella lança luz precisamente sobre a deficiência da jurisprudência dos direitos sociais, mostrando a relevância crucial das considerações sobre a natureza dos sistemas democráticos. Essas considerações fornecem as premissas de uma abordagem judicial dos direitos sociais. É difícil encontrar uma interessante elaboração judicial em suas referências (mais ou menos explícitas) à democracia, quando se trata de casos relacionados aos direitos sociais.

Em muitas das decisões examinadas, foi possível reconhecer a negligência na transição feita pelos juízes das premissas democráticas para as conclusões do que deveriam fazer, ou (mais comumente) não fazer em relação à aplicação dos direitos sociais. Tipicamente, os juízes deixam clara sua obrigação de respeitar a democracia e, a partir daí, a importância de respeitar a vontade do legislador, de sustentar, com base em tais premissas, sua incapacidade de intervir no processo que envolve a violação de qualquer direito social (Gargarella, 2006, p. 10).

A efetividade que deve acompanhar as regras dos direitos sociais fundamentais – especialmente quando norteada na dignidade da pessoa humana – deve ser positiva ou simétrica, pois permite ao Judiciário, se houver violação, a execução da lei. Para Schwarz:

Os direitos fundamentais sociais são, assim, direitos exigíveis, conquanto para a sua vigência (eficácia) plena seja imprescindível – de uma forma ou de outra – a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive através de formulação, aplicação, avaliação e controle de políticas públicas sociais. São direitos plenamente jurisdicionáveis, portanto, ou seja, direitos que podem ser exigidos diante de um tribunal e que devem ser por ele tutelados (Schwarz, 2016, p. 6).

Apesar de se tratar de uma verdadeira missão constitucional delegada indiretamente aos juízes e tribunais, a judicialização apresenta graves problemas oriundos da falta de critérios e voluntarismos diversos de decisões desarrazoadas. Os direitos fundamentais previstos na Constituição federal de 1988 são proposições teórico-legislativas que devem ser interpretados de forma sistemática, integrativa, contextualizada com o caso concreto, de modo a garantir igualmente a toda pessoa a inclusão, proteção do direito à vida, liberdade, igualdade e vedação de retrocesso (Costa; Motta; Araújo, 2017, p. 869).

Por essa razão, para enfrentar os problemas de efetividade dos direitos fundamentais sociais, não há como desconsiderar sua função primária dos direitos de provisão, bem como seu reconhecimento no texto constitucional, uma vez que ambos os aspectos, por todas as evidências, constituem fatores intimamente ligados ao grau de efetividade e aplicabilidade dos direitos fundamentais, como tem feito o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, em muitos casos, julga dentro dos moldes constitucionais a fim de buscar materializar os direitos sociais ali requeridos.

A ideia aqui não consiste em defender uma postura ativista – que substitua a lei por sua própria vontade – e nefasta do órgão julgador, mas legitimar a judicialização dos direitos sociais, pelas razões expostas. Quando um juiz julga de forma ativista, “torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a produto e meio técnico de um compromisso de interesses – e investe-se como sacerdote-mor de uma nova divindade – a do direito suprapositivo e não escrito” (Maus, 2000, p. 15). Sobre o ativismo:

Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião (Streck; Tassinari; Lepper, 2015, p. 13).

Não há como negar o fato de que a Constituição Federal expressa uma linha mais ativa de atuação seguida pelo Supremo Tribunal Federal e algumas decisões podem até ser bem recebidas pela sociedade por caminhar para uma maior efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Contudo, essa postura do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro implica uma constante procura de maior *accountability*, qualificando e conferindo publicidade ao debate celebrado no bojo dos autos, com aumento do diálogo com as funções Legislativa e Executiva, para que, não se arvorando na seara primordial delas e agindo de forma antidemocrática, acabe por “hidrolisar” as políticas

públicas desenvolvidas e, fatalmente, contribuir para a falta de efetividade e desigualdade nas prestações fornecidas pelo Estado Social e Democrático de Direito.

#### 4. A atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação de direitos sociais

Como primeiro exemplo da atuação da Suprema Corte brasileira na efetivação dos direitos aqui tratados, toma-se o julgamento da ADPF 45-MC/DF, em 2004 (Supremo Tribunal Federal, 2004). A ação questionava veto do presidente da República ao §2º do art. 55 da Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO de 2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária Anual – LOA de 2004.

O autor da ação constitucional sustentou que o veto teria descumprido a EC n. 29/2000, que garante um patamar mínimo de recursos para a saúde. Ou seja, com o veto, ficaria afastada a obrigação constitucional de estabelecer percentuais mínimos para os gastos com as ações e serviços públicos de saúde. Apesar da perda de objeto da ação, devido à reinclusão da norma por outro diploma legal, a Corte se manifestou expressamente sobre o mérito, apontando para a força normativa dos direitos sociais insculpidos na Constituição Federal.

A decisão lança luz, de forma expressiva, sobre a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal, que não pode se omitir do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, mas deixa claro que não se inclui, ordinariamente, no rol de funções institucionais do Judiciário a tarefa de formular e de implementar políticas públicas, o que é de domínio do Legislativo e do Executivo. Somente diante da omissão dessas funções, de forma excepcional, deve o Judiciário proferir decisões que visem a eficácia e a integridade dos direitos sociais.

Citando a obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, “The cost of rights”, de 1999, é exposto no voto o custo alto desses direitos de segunda dimensão, que se

caracterizam justamente pelo seu processo de concretização e dependem de um inescapável vínculo financeiro que é subordinado às possibilidades orçamentárias de um Estado. O ministro afirma que, caso haja de fato a incapacidade econômico-financeira do ente público, deste não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando constitucional. O que não pode ocorrer é a utilização desse argumento de forma artificial, o que justifica a intervenção do Judiciário (Supremo Tribunal Federal, 2004).

Porém, em matéria de direito financeiro, sendo incrível a complexidade da administração tripartite adotada pelo Estado brasileiro, considerando também a ausência de um controle rígido das contas públicas, esse argumento quase sempre será retórico.

Em outro exemplo, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, no Agravo de Instrumento n. 583.476/SC, julgado em 2010, tem-se mais um exemplo que torna possível entender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. Do voto do relator, verifica-se irrecusável o valor constitucional dado à proteção da criança e do adolescente, de modo que incumbe ao Poder Público a tarefa de torná-lo real, através de concreta efetivação da garantia de atendimento socioeducativo às crianças vítimas de exploração ou violência. O Ministro ainda assevera ainda que:

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República (Supremo Tribunal Federal, 2010a).

Na esteira desse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal também se manifestou por diversas vezes em favor do dever do Estado em fornecer medicamentos para pacientes que não possuem condição financeira para custeio, como no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto a direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos

direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. [...] Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial (Supremo Tribunal Federal, 2010B).

A Corte demonstrou disposição para intervenção em casos pontuais. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Constatou-se que os custodiados pelo Estado sofriam sucessivas e graves violações de direitos fundamentais, principalmente pela superlotação dos estabelecimentos e por ausência de prestações básicas (Supremo Tribunal Federal, 2015).

No entanto, anos se passaram e poucas medidas efetivas foram tomadas, como a liberação de recursos e aumento de verbas destinadas ao Fundo Nacional Penitenciário – Funpen e a concessão de *habeas corpus* coletivo para substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres gestantes, mães de crianças ou de pessoas com deficiência (Montenegro, 2020). Mas pouca mudança houve na administração prisional do país, e direitos sociais de presos continuam a ser negados sistematicamente.

De forma geral, o Judiciário se recusa a intervir de forma ampla pela proteção desses direitos. O resultado disso é, na prática, uma maior distorção ainda. Isso porque, de todos os direitos, o acesso à justiça talvez seja o mais escasso, já que o sucesso em demandas judiciais depende do acesso a advogados e recursos para produção de provas. No final, a justiça que deveria proteger os mais vulneráveis, acaba por beneficiar grupos já privilegiados (Vitorelli, 2021).

As principais objeções lançadas contra a justiciabilidade de direitos fundamentais sociais são as de ofensa aos princípios da separação de poderes e

democrático, de não observância da reserva do possível e de inaptidão funcional do Judiciário para gerir políticas públicas, cuja atuação equivocada pode provocar uma “hidrólise” dessas políticas.

As críticas não são incontornáveis. Para a refutação da primeira, é preciso lembrar que o Estado caminhou de um modelo liberal para um Estado Social e Democrático de Direito e, com isso, abraçou novas atividades e novas funções, o que enseja uma releitura da separação de poderes na finalidade de adequá-la ao contexto hodierno de um Estado Social e Democrático de Direito, que nada mais é que uma especificação do Estado Social de Direito.

Para superação da segunda, dependerá da própria competência conferida ao Judiciário, da vinculação ou não de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais e de sua aplicabilidade imediata, da eficácia das normas constitucionais, do regime jurídico conferido aos direitos fundamentais como um todo – ou se há diferenciação – e da própria natureza jurídica da norma de direito fundamental em questão.

Para o rebate da terceira, deve-se considerar que todas as obrigações positivas geram custos, exigindo-se do Judiciário o respeito pelas limitações de recursos com a conjectura do impacto global no orçamento de sua ordem judicial, cujo ônus da prova pertence plenamente ao Estado; se estiver em jogo o núcleo essencial desses direitos, há que aumentar o ônus argumentativo do Estado, tendo em vista que apenas excepcionalmente se tolera que o direito fundamental seja preterido por omissão inconstitucional no seu perímetro básico.

Para a rejeição da quarta, impera que o Judiciário tenha mais responsabilidade nas suas decisões, com a busca da ampliação e qualificação do debate, por meio de audiências públicas, produção de prova pericial, maior fundamentação das decisões, em prol de aumento da deliberação pública. Em suma, para que o Judiciário, em todas as instâncias, realize de forma adequada a proteção dos direitos sociais, o primeiro passo imprescindível é a democratização do processo.

## 5. Conclusão

Uma vida que atinja a plena promessa da dignidade humana requer, entre outras coisas, escapar da morte prematura, os recursos para resistir a doenças debilitantes, a capacidade de ler e escrever e, em geral, oportunidades e liberdades indisponíveis em meio à extrema pobreza e privação naturais do sistema capitalista. Ao longo das últimas décadas, muitos adotaram a visão de que comandar algum nível mínimo de recursos sociais e econômicos não só é constitutivo de dignidade, mas é um direito humano básico ao qual alguém *deve* responder.

No espaço de duas décadas, os direitos sociais emergiram das sombras e margens do discurso dos direitos humanos e da jurisprudência para reivindicar um lugar cada vez mais central. Em um número significativo de jurisdições, os órgãos de julgamento intervieram para proteger uma ampla gama de direitos sociais contra intrusão e inação por parte do Estado, e cada vez mais por atores não estatais.

A amplitude das decisões é vasta. Os tribunais ordenaram a reconexão do abastecimento de água, a paralisação dos despejos forçados, a prestação de tratamentos médicos, a reintegração de benefícios previdenciários, a matrícula de crianças pobres e minorias nas escolas e o desenvolvimento e melhoria dos programas estatais para enfrentar a falta de moradia, doenças endêmicas e a fome.

O que é novo não é o julgamento dos interesses sociais. A legislação interna em muitos países prevê uma medida de direitos trabalhistas e sociais exequíveis judicialmente. O que é significativo é que as dimensões mais duradouras dos direitos humanos desses valores ou interesses sociais, sejam elas capturadas em constituições ou direito internacional, estão sendo julgadas. Isso não é para minimizar o papel da legislação de uma perspectiva de princípios ou pragmática.

Como resultados alcançados verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedentes ações que envolvem direitos sociais, em sua maioria, não está julgando de forma ativista, mas dentro dos limites constitucionalmente previstos.

O Poder Judiciário não atua, portanto, em uma posição de supremacia em relação ao Executivo, tampouco limita, ele mesmo, por si só, o poder da administração pública. O elemento democratizante, nesses casos, é exatamente a constitucionalização do processo, com todas as garantias fundamentais.

O objetivo deve ser apenas assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do poder da administração sejam observados e resguardados. O Judiciário apenas deve buscar zelar pela regularidade das atividades da Administração Pública, com o objetivo de que essas se mantenham nos limites previamente delineados pela Constituição.

Quando o Judiciário realiza o controle da Administração, não elimina, obviamente, as margens de ação do administrador público, que pode e deve decidir quais são os meios legítimos mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais, de modo que não se busca a instauração de um “governo dos juízes”, uma situação de ativismo judicial, nem a eliminação das competências discricionárias do administrador público.

Com efeito, o reconhecimento dessas margens de ação jamais poderá dar causa à espaços isentos de proteção e controle judicial, pois a configuração jurídica e política dos meios de proteção dos direitos sociais deve sempre atentar para o conteúdo mínimo ou essencial desses direitos fundamentais segundo os ditames da justiça social constitucional, preceitos que vinculam o merecimento das decisões administrativas em matéria de políticas públicas sociais.

## Referências

- Barbon, Júlia. Entenda a crise econômica e a inflação sem freio na Argentina. **Folha de São Paulo**, 10 jun. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/06/entenda-a-crise-economica-e-a-inflacao-sem-freio-na-argentina.shtml>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- Bobbio, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 16 jun. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, **Diário de Justiça**, 4 maio 2004. Informativo n. 345-STF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 15 jun. 2023.

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 583.476/SC, Rel. Ministro Celso de Mello. **Diário Eletrônico de Justiça**, 24 maio 2010a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho145765/false>. Acesso em 15 jun. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Rel. Ministro Marco Aurélio. **Diário Eletrônico de Justiça**, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em 19 jul. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. STA 175-Agr/CE, Rel. Ministro Gilmar Mendes, **Diário Eletrônico de Justiça**, 17 mar. 2010B. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>, Acesso em 15 jun. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. AI 583596/ SC – Santa Catarina Agravo De Instrumento Relator(a): Ministro Celso De Mello. Julgamento: 5/4/2010.
- Brasil. **RTJ 185/794-796**, Rel. Ministro. Celso de Mello, Pleno.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- Costa, Fabricio Veiga; Motta, Ivan Dias da; Araújo, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polit. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 844-874.
- Daniel, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- Ferrajoli, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- Gargarella, Roberto. Democracia Deliberativa, Justiça Dialógica e Direitos Sociais. *In: Teoria política*. V. 2, 2012.
- Gargarella, Roberto. Democracia Deliberativa e judicialização dos direitos sociais? *In: Perfis Latino-Americanos*. V. 13, 28, 2006.
- Gargarella, Roberto. Teorias da Democracia, do Judiciário e dos Direitos Sociais. *In: Gargarella, R.; Domingo, P., e Roux, T. (ed.), Tribunais e Transformação Social em Novas Democracias: Uma Voz Institucional para os Pobres?* Ashgate, 2006.
- Krell, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- Maus, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183- 202, nov. 2000.
- Montenegro, Manuel Carlos. “Estado de coisas inconstitucional” nas prisões repercute dentro e fora do país. **Agência CNJ de Notícias**, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoas-repercute-dentro-e-fora-do-pais/>. Acesso em 19 jul. 2023.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- Schwarz, Rodrigo Garcia. **Os direitos fundamentais sociais e a sua judicialização: as garantias judiciais dos direitos sociais**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016.
- Streck, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Oback. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Uniceub. Volume 5, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em 17 jul. 2022.
- Vitorelli, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Artigo recebido em: 20/08/2023.

Aceito para publicação em: 01/10/2023.