

**Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

## **Judicialização da política e o controle judicial dos direitos fundamentais sociais no Brasil**

### **Resumo**

O presente artigo buscou analisar questões controvertidas a respeito da efetivação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal brasileira pelo Poder Judiciário. Estudou o fenômeno da judicialização da política que acaba por transferir questões políticas da esfera do Parlamento para o Poder Judiciário, o que, por sua vez, leva ao Judiciário assumir novas funções, especialmente de controlar as políticas públicas realizadas ou definidas pelos Poderes eleitos pelo povo.

E. M. de Queiroz Barboza também analisou algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que demonstram a judicialização das questões relacionadas às políticas públicas de saúde e como este Tribunal vem protegendo os direitos fundamentais sociais.

**Palavras-chaves:** direitos fundamentais sociais, judicialização da política, controle de políticas públicas.

### **1. Introdução**

A questão da efetivação dos direitos sociais por parte do Poder Judiciário no Brasil tem envolvido algumas críticas à atuação desse Poder, quer seja por não ter legitimidade democrática para se envolver em questões de políticas públicas que envolvem opções orçamentárias, quer seja porque a intervenção do Poder Judiciário nesta esfera violaria o princípio da separação dos poderes.

Ora, o fenômeno que leva à expansão da atuação do Poder Judiciário, chamado de judicialização da política<sup>1</sup>, é aquele que transfere as decisões sobre questões políticas da

---

<sup>1</sup> Para Vallinder a judicialização da política pode significar: “(1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/ or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial

esfera do Parlamento para a esfera judicial. Entre as questões políticas que são transferidas para as Cortes estão as questões relacionadas ao direito à saúde, que acabam por envolver decisões relacionadas ao orçamento e às políticas públicas.

É possível apontar como principais causas de judicialização da política no Brasil a Constituição de 1988 com um rol extenso de direitos fundamentais, direitos estes que se por um lado possuem textura aberta demandando novo papel interpretativo dos juízes, de outro lado, criam direitos subjetivos que passam a ser reclamadas no Poder Judiciário, até porque agora estabelecido numa democracia. Além disso, maior acesso à justiça e diversas normas de proteção de minorias também levam à expansão do Poder Judiciário.

Pretende-se, assim, no presente artigo, enfrentar num primeiro momento, os óbices impostos à realização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário para concluir que é possível afastá-los por meio de um ativismo judicial comprometido com os valores substantivos escolhidos pela sociedade brasileira, mesmo num país onde os recursos econômicos e financeiros são escassos, sem que isso afronte o princípio da separação de poderes ou mesmo a democracia, pois só será possível pensar em um processo democrático “justo” a ser realizado entre cidadãos livres e iguais, se estes cidadãos tiverem seus direitos sociais básicos garantidos.

Demonstrar-se-á, assim, que o fórum deliberativo instaurado no âmbito do Judiciário pode ser muito mais democrático do que aquele instaurado no âmbito meramente político, assim como enfrentar-se-á a definição de judicialização da política e como a mesmo foi impulsionada no Brasil.

Também serão apresentados alguns casos relacionados ao controle de políticas públicas que buscam efetivar direitos sociais pelas Cortes Superiores brasileiras.

## 2. Óbices à Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil

A polêmica sobre a efetividade dos direitos sociais se dá porquanto a doutrina tradicional os via “não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais”<sup>2</sup>, e portanto, dando-lhes pouca garantia e quase nenhum remédio jurídico para dotá-los de efetividade<sup>3</sup>.

---

process.” Tate, Neal; Vallinder, Torbjörn, *The Global expansion of Judicial Power*. London: New York University Press, 1995, p. 13.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4ª ed., Malheiros Editores LTDA, 2000, p. 151.

<sup>3</sup> Neste sentido, a doutrina tradicional, ao tratar dos modelos de positivação dos direitos sociais, apontava as seguintes possibilidades: i) as normas sociais como normas programáticas, ii) as normas sociais como normas de organização; iii) as normas sociais como garantias institucionais. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 444-445.

Não obstante, a doutrina mais recente “vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade”<sup>4</sup>, reconhecendo-os inclusive como direitos subjetivos públicos<sup>5</sup>.

A controvérsia quanto a efetividade dos direitos sociais se dá não só quando eles impõem um papel negativo ao Estado, mas quando, principalmente, impõem a este uma prestação positiva, uma vez que, enquanto os direitos sociais de defesa (de cunho negativo)<sup>6</sup> independem, para sua efetivação, de circunstâncias econômicas; os direitos sociais a prestações (de cunho positivo) exigem, para sua efetiva realização, o dispêndio de recursos, “dependendo, em última análise, da conjuntura econômica”<sup>7</sup>.

Como os direitos sociais de cunho defensivo (direitos sociais negativos ou “liberdades sociais”) reclamam, em tese “uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente”<sup>8</sup>, logo, não serão eles, a preocupação maior deste artigo.

Por outro lado, em razão das implicações econômicas geradas pelos direitos sociais prestacionais<sup>9</sup>, ou direitos subjetivos públicos, por exigirem prestações positivas do Estado, e consequentemente da maior dificuldade em sua efetivação, devem ser estes objeto de maior atenção.

Em face da exigência de uma atuação do Estado, do qual se pressupõem grandes disponibilidades financeiras, é que os direitos sociais prestacionais sofreram, logo, limitação de sua efetivação (do ponto de vista econômico), pela construção dogmática da “reserva do possível”, que traduziria a ideia de que “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> SILVA, J.A., *Aplicabilidade...*, *op. cit.*, p.151.

<sup>5</sup> Tese esta também abarcada por SARLET, Ingo Wolfgang, *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, *op. cit.*; CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*; e BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed., São Paulo: Renovar 2000, p. 86

<sup>6</sup> Exemplo clássico de direito social de defesa (de cunho negativo) é o direito de greve previsto no art. 9º da Constituição, cabendo ao Estado apenas a função de abster-se de reprimir e punir os que exercem referido direito.

<sup>7</sup> SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>9</sup> Canotilho ainda distingue os direitos “sociais” em: i) *direitos originários a prestações*, como aqueles que, independente da existência de uma prévia oferta de sistemas ou serviços, podem ser exigidos, de forma imediata, pelo cidadão; e ii) *direitos derivados a prestações*, como aqueles direitos dos cidadãos “a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes”. CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 447-448. Ver também: SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, p. 103).

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 451.

José Carlos Vieira de Andrade defende a ideia de que os direitos sociais ficam limitados à existência de recursos financeiros por parte do Estado, sendo estes recursos condições financeiras para tanto, confira-se:

Na realidade, certos direitos, como, p.ex., os direitos à habitação, saúde, assistência, educação, cultura, etc, dependem, na sua actualização, de determinadas condições de facto. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso ainda que o Estado possa juridicamente dispor desses recursos.

Ora, a *escassez* dos recursos à disposição (material e também jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades económicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um dado da experiência nas sociedades livres, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira *opção* quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam esse desenvolvimento.

(...) As opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das políticas económicas, sociais e culturais ou para sua ‘implementação’. Isto é, em primeira linha, ao legislador, parlamentar ou governamental. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações<sup>11</sup>.

A posição de Vieira de Andrade demonstra bem a resistência que se coloca contra a realização dos direitos fundamentais sociais, quais sejam, a questão dos recursos económicos e financeiros escassos, e portanto, a garantia dos direitos sociais ficaria limitada à disponibilidade financeira ou à “reserva do possível”, como também a questão de que o conteúdo aberto dos direitos sociais só pode ser definido pelos poderes eleitos pelo povo (Legislativo e Executivo) e não pelo Judiciário. Veja-se que tanto em questão de determinação de políticas públicas para definir em que direitos serão aplicados os recur-

---

<sup>11</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Editora Almedina 2012, pp. 186-187.

so financeiros do Estado, como em delimitação do conteúdo substantivo dos direitos sociais, o Judiciário estaria a intervir na esfera de atuação dos demais poderes, e, assim, num aparente conflito com o princípio da Separação de Poderes<sup>12</sup>.

Entretanto, o que se pretende é justamente evidenciar que o discurso não é tão simples tal como se expõe, razão pela qual se apresentarão argumentos que demonstrarão que o Judiciário – na ausência de implementação dos direitos sociais pelos poderes eleitos – por meio de um ativismo judicial<sup>13</sup> de interpretação substantiva dos direitos sociais deve buscar sua realização, nem que isso implique em opções políticas. Veja-se.

Um dos grandes argumentos contrários à realização dos direitos sociais de cunho prestacionais é de que os mesmos necessitam de disponibilidade de recursos por parte do Estado, enquanto os direitos civis e políticos, em face de seu caráter negativo, independeriam de qualquer atuação do Estado, mas apenas de sua abstenção.

Flávia Piovesan rebate a questão do custo, como óbice para realização dos direitos fundamentais sociais, ressaltando “que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas”<sup>14</sup> e que, por conse-

<sup>12</sup> A propósito, não se pode olvidar que a separação de poderes na América, na forma descrita pelos *federalists*, não significa “que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor possua também todos os poderes de um outro”, sob pena de subversão da democracia, a qual pressupõe não só uma independência entre os poderes, mas também o controle de um pelo outro, não se cogitando a possibilidade de atuação ilimitada de um dos Poderes. Cf. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*, Imprensa Porto Alegre, S.A. Fabris, 2002, p. 89.

<sup>13</sup> Christopher WOLFE define o ativismo judicial convencional como aquele no qual “judges ought to decide cases, not avoid them, and thereby use their Power broadly to further justice- that is, to protect human dignity – especially by expanding equality and personal liberty. Activist judges are committed to provide judicial remedies for a wide range of social wrongs and to use their power, especially the power to give content to general constitutional guarantees, to do so.” “juízes deveriam decidir os casos, e não os evitar, e assim usar seu poder de modo amplo para fazer a justiça progredir – ou seja, para proteger a dignidade humana – especialmente expandindo a igualdade e a liberdade pessoal. Os juízes ativistas são comprometidos em providenciar remédios judiciais para uma vasta variedade de problemas sociais e em usar seu poder, especialmente o poder de dar conteúdo a garantias constitucionais em geral, para tanto.” WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 2. Mais a frente conclui que: “judicial activism may be defined in terms of either the relation of a judicial decision to the Constitution or the manner in which judges exercise what is conceded to be a broadly political, discretionary power. The definition on which I place the greater emphasis will be dissatisfying to most contemporary constitutional scholars, who subscribe to different conceptions of the nature of judicial power and of the evolution of judicial review in American history.” (...) “o ativismo judicial pode ser definido ou pela relação de uma decisão judicial para com a Constituição ou pela maneira pela qual os juízes exercitam o que se admite ser um amplo poder político e discricionário. A definição à qual eu dou maior ênfase não é satisfatória para a maioria dos acadêmicos constitucionais contemporâneos, que são adeptos de diferentes concepções sobre a natureza do poder judicial e da evolução da revisão judicial na história americana.” *Ibidem*, p. 31.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245.

guinte, a implementação dos direitos civis e políticos também demandam um custo alto do aparato estatal, e que nem por isso deixam de ser realizados.

Do mesmo modo, Stephen Holmes e Cass Sunstein, em sua obra *The Cost of Rights: why Liberty Depends on Taxes*, demonstram que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”<sup>15</sup>, e fazem um breve relato do custo dos direitos, tidos como negativos ou de liberdade nos Estados Unidos<sup>16</sup>.

Resta claro que o argumento da reserva do possível não pode prevalecer como um óbice à concretização dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, pois a garantia dos direitos individuais, de liberdade, ou de cunho negativo também gera alto custo ao Estado para que sejam protegidos e garantidos<sup>17,18</sup>.

Sunstein, afirma, categoricamente, que não existem direitos negativos, pois mesmo o direito de propriedade ou de liberdade de expressão, precisam de garantia positiva do

<sup>15</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, Rio de Janeiro – São Paulo, Editora Renovar 2001, p. 73.

<sup>16</sup> HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, New York: W. W. Norton and Co., 1999, p. 46-47.

<sup>17</sup> Em sentido contrário: “A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável” (AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*; Studies in Social Economics 1984, edition by AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B., SCHWARTZ, William B. AARON, apud AMARAL, G., *op. cit.*, p. 136). Para aprofundar a questão da escassez de recursos e escolhas trágicas, principalmente na realização do direito fundamental à saúde, “onde, além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”, ver: AMARAL, G., *op. cit.*, p. 172 et seq.

<sup>18</sup> “Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva. Por força da proteção constitucional contra a ‘privação’ da propriedade privada sem justa compensação, o Governo está provavelmente obrigado a criar leis contra os esbulhos e invasões, bem como tornar tais garantias acessíveis aos proprietários privados – uma falha em agir, uma falha em proteger a propriedade privada, pareceria inconstitucional. Se um juiz aceitar propina oferecida pelo réu e assim nada fizer para proteger os direitos do autor, tal juiz terá violado a garantia do devido processo. Se o Estado não tornar seus tribunais acessíveis para garantir a eficácia de garantias contratuais, ele terá provavelmente arruinado as obrigações contratuais, violando a garantia constitucional dos contratos. Em todos esses casos, o Governo está obrigado, pela Constituição, a proteger e a agir. Em termos práticos, o Governo ‘concede direitos civis’ aos cidadãos, provendo aparatos legais, como zonas eleitorais, sem os quais não seria possível exercer tais direitos. O direito de voto não tem sentido se mesários, presidente de mesa e escrutinadores não comparecessem. O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento. O direito de petição para ver reparado um dano, assegurado pela Primeira Emenda, é o direito de acesso a instituições governamentais e o direito, eventual, de ser indenizado.” (HOLMES, S. and SUNSTEIN, C. R., *The Cost of Rights...*, *op. cit.*, p. 52-53).

Estado, não havendo que se falar em ir contra a aplicação dos direitos sociais uma vez que estes envolvem uma atuação positiva do Estado e, portanto, maior custo, porque todos os direitos para serem garantidos custam dinheiro<sup>19</sup>.

Afora as questões acima levantadas, o princípio da “reserva do possível” funciona também como um óbice à legitimação do Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, negando, alguns autores, “de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”<sup>20</sup>. Ou seja, quando se trata da realização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, o mesmo tem questionada sua legitimidade democrática uma vez que “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos”<sup>21</sup>, o que levaria à conclusão de que a tomada de políticas públicas não poderia ser feita por um Poder não eleito, mas tão-somente pelo Executivo e Legislativo, que, por sua vez, refletiriam a vontade da maioria.

Não perdendo de vista a disparidade social presente no Brasil, onde a grande maioria dos direitos sociais está longe de ser usufruída pela população, deve-se questionar quem, então, tem legitimidade para “definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas, em face da composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos”<sup>22</sup>, principalmente quando os recursos não foram corretamente destinados.

Primeiro, deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia<sup>23</sup> destes Poderes – é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados.

Para além disso, deve-se entender que para que se tenha um eficaz controle de pesos e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, é necessário também um crescimento dos papéis do Poder Judiciário, sob pena de mantendo-se o princípio da estrita sepa-

---

<sup>19</sup> SUNSTEIN, Cass, *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, Kindle Edition, 2006, p. 198 et. seq.

<sup>20</sup> KRELL, A. J., *Direitos Sociais e Controle Judicial...*, op. cit., p. 52.

<sup>21</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, (Org.); BERCOVICI, Gilberto (Org.); MORAES FILHO, José Filomeno de (Org.); LIMA, Martônio M Barreto (Org.). *Teoria da constituição: estudo sobre o lugar da política no direito constitucional*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 44

<sup>22</sup> KRELL, A. J., op. cit., p. 53.

<sup>23</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, (Org.); BERCOVICI, Gilberto (Org.); MORAES FILHO, José Filomeno de (Org.); LIMA, Martônio M Barreto (Org.). op. cit., p. 45.

ração de poderes, se mantenha um Judiciário “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”<sup>24</sup>.

Por outro lado, deve-se rechaçar “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado”<sup>25</sup>, uma vez que isto significaria reduzir a eficácia desses direitos a zero.

É verdade que nem todos os direitos sociais têm a mesma densidade normativa. Veja-se, por exemplo, o direito ao pleno emprego ou o direito à moradia, os quais devem ser realizados por meio de políticas públicas, o que, por sua vez, acaba por dificultar a concretização daqueles direitos pelo Poder Judiciário, pois mesmo nos países mais desenvolvidos não se pode assegurar que todo cidadão tenha emprego, pois é inevitável a existência de um certo nível de desemprego.

Destarte, apesar de ser efetivamente um problema de política pública a alocação de recursos para determinados projetos que buscam a implementação de direitos sociais, isso não significa dizer que o Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos. E o Judiciário brasileiro vem assumindo seu papel na implementação desses direitos.

Muitas forças políticas ainda lançam mão do argumento de que os direitos sociais se tratariam de normas programáticas, para mediante a omissão, recusar-se a cumpri-los ou eleger-los em posição de destaque dentro de seus planos de governo. De mesma forma, no plano prático, a recusa ao cumprimento dos direitos fundamentais está geralmente na alegação da cláusula de reserva do possível, que se apoia na falta de recursos orçamentários direcionados àquele programa.

Antes de se apresentar alguns casos do Supremo Tribunal Federal que vieram a proteger os direitos sociais, mesmo que implicasse a tomada de decisões políticas, ou decisões sobre políticas públicas na área de saúde, enfrenta-se a judicialização da política no próximo tópico bem como as causas principais que levam questões que deveriam ser decididas no âmbito do Parlamento para as Cortes.

### **3. Judicialização da Política**

A judicialização da política significa tanto a transferência das decisões políticas da esfera do Parlamento ou do Executivo para a esfera das Cortes como também o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões.

A partir daí, há uma intensificação da atividade jurisprudencial, que decorre do fato de que, em geral, a legislação que trata dos direitos sociais se limita a estabelecer os

---

<sup>24</sup> CAPPELLETTI Mauro, Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 53.

<sup>25</sup> KRELL, A. J., *op. cit.*, p. 54.

princípios e objetivos gerais, deixando uma maior discricionariedade aos juízes na sua interpretação e efetivação, ocasionando um aumento do papel do Poder Judiciário brasileiro pós Constituição de 1988.

Ressalta-se principalmente a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais como uma das causas da crescente interpretação criativa do Poder Judiciário no mundo contemporâneo, uma vez que as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, por serem genéricas por sua natureza, necessitam para sua realização, alto grau de criatividade dos Juízes<sup>26</sup>.

Além disso, Loiane Prado Verbicaro aponta algumas condições como facilitadoras do processo de judicialização da política ocorrido no Brasil, dentre as quais, destacam-se especialmente: (i) a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a universalização do acesso à justiça; (iii) a existência de uma Constituição com textura aberta; (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico; (v) a ampliação do espaço reservado ao STF; (vi) a hipertrofia legislativa; e (vii) a crise do Parlamento brasileiro<sup>27</sup>.

Dessa forma, inevitável que o Judiciário brasileiro se tornasse ativo, o que pode inclusive contribuir com a democracia, na medida em que pode assegurar um sistema de *checks and balances* “em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder”<sup>28</sup>.

Em oposição à idéia de deferência ao Legislativo, que poderia significar a manutenção do *status quo*, defende-se que os Tribunais brasileiros possam promover proteção de minorias, pois num país desigual como o Brasil, enquanto os direitos sociais mínimos não forem garantidos, não se poderá sequer falar em proteção de direitos individuais ou políticos.

A criatividade judicial que se defende não é a criação de um “governo de juízes”, mas de que possa o Poder Judiciário fazer com que as normas jurídicas abstratas, definidoras de direitos sociais positivos, transformem-se em ações concretas, alcançando o fim social para o qual foram criados, mesmo porque, num Estado Democrático de Direito, tem o Poder Judiciário papel preponderante<sup>29</sup>.

Para além disso, deve o Judiciário assumir que exerce função política sim, entretanto o que se verifica é que esta judicialização da política, que remete questões políticas às Cortes, muitas vezes se dá em razão de articulações dos próprios atores políticos, quer

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>27</sup> VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil*. Revista DireitoGV, vol. 4, no. 2, 2008, p. 390.

<sup>28</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 107.

<sup>29</sup> BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, *op. cit.*, p.127.

seja porque o custo eleitoral é alto, quer seja porque são minorias na arena política e só têm o judiciário como outro espaço de disputa do poder político.

Mesmo no contexto americano, Keith Whittington explica que a manutenção da autoridade judicial para interpretar a Constituição e usar ativamente o poder de controle constitucional das leis é um projeto político avançado. Para que se sustente o ativismo judicial, no sentido de declaração de inconstitucionalidade do ato normativo do Legislativo ou do Executivo, as Cortes devem operar numa política de desenvolvimento favorável. Juízes devem achar razões que levantem objeções aos atos do governo, e políticos eleitos devem achar razões para parar de sancionar ou criticar juízes que levantam tais objeções<sup>30</sup>.

Whittington<sup>31</sup> ressalta que as maiorias políticas podem efetivamente delegar um número de questões para o Judiciário porque as Cortes podem ter mais capacidade de agir efetivamente ou com mais confiança do que os políticos eleito, agindo diretamente. Tal ponto de vista é corroborado por Luiz Werneck Vianna em relação ao contexto brasileiro, quando afirma que as ADIs no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) acabaram por funcionar em instrumentos em favor das minorias políticas, que buscaram no Judiciário um outro espaço de luta democrática para afirmar direitos que não conseguiram proteção majoritária no Parlamento<sup>32</sup>. Ou seja, o Poder Judiciário assume, nesse contexto, um importante papel, na medida em que representa um espaço público democrático realizador dos direitos fundamentais protegidos na Constituição brasileira.

No mesmo sentido, afirma Howard Gillman<sup>33</sup>, ao estudar o período de 1875 a 1891 nos Estados Unidos, que o aumento do poder da jurisdição das Cortes federais durante esse período foi devido a esforços do Partido Republicano de promover uma política econômica nacional, durante um período no qual o tema estava vulnerável em relação aos partidos políticos.

O exercício do controle de constitucionalidade por um Judiciário ativo e independente, apesar de ser visto aparentemente como contra o interesse dos atuais políticos, que presumivelmente preferem exercer o poder sem interferência é, ao contrário, apoiado pelos detentores do poder. Quando políticos eleitos não conseguem implementar sua própria agenda política, eles devem favorecer um ativo controle de constitucionalidade por um Judiciário simpático a superar os obstáculos e romper com o *sta-*

<sup>30</sup> WHITTINGTON, Keith E. *Interpose your friendly hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court*. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 584.

<sup>32</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. *Tempo Soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 68. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 set. 2010, p. 68.

<sup>33</sup> GILLMAN, Howard. *How Political Parties can use the Courts to advance their agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*. *American Political Science Review*, v. 96, Issue 3, Sept. 2002, p. 511

*tu quo*. Na visão de Whittington<sup>34</sup>, isso justificaria o porquê de os políticos eleitos tolerarem um Judiciário ativista.

Bercovici entende que, com uma maior tendência à “normativização da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade”<sup>35</sup>, o que acabou por enfatizar o papel da hermenêutica constitucional e dos princípios constitucionais na interpretação e concretização da Constituição.

Busca-se, no próximo tópico, apresentar alguns casos que envolvem o papel político do Supremo Tribunal Federal em questões relacionadas ao controle de políticas públicas e efetivação de direitos sociais.

#### **4. O Supremo Tribunal Federal e a proteção jurisprudencial em matéria de direitos sociais**

Antes de iniciar a análise de alguns casos relacionados à Suprema Corte brasileira, é preciso esclarecer como os direitos fundamentais sociais estão protegidos expressamente na Constituição Federal brasileira.

Os direitos sociais são tratados pela Constituição Federal de 1988, como autênticos direitos fundamentais, aplicáveis de imediato e dotados de justiciabilidade. Para justificar o argumento de que os direitos sociais foram alçados à categoria de direitos fundamentais pela Carta Constitucional de 1988, cumpre verificar alguns dispositivos nela previstos.

O Preâmbulo da Constituição estabelece o seguinte:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil<sup>36</sup>.

O artigo 1º, da Carta Constitucional, por sua vez, estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamen-

---

<sup>34</sup> WHITTINGTON, Keith E. Interpose your friendly hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p.583.

<sup>35</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. Lua Nova, 2004, no. 61, p. 9.

<sup>36</sup> Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 05 jul. 2005.

tos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, o que demonstra um caráter claramente social de proteção de seus cidadãos.

Também o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. E no § 2º do artigo 5º, consta que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A presença dos dispositivos ora referidos já seria suficiente para afirmar que constitui princípio fundamental da República a proteção e realização dos direitos sociais, mas a Carta Constitucional de 1988 foi além, inovando no que diz respeito à proteção despendida aos direitos sociais, ao estabelecer um capítulo próprio dos direitos sociais dentro do Título II “Dos direitos e Garantias Fundamentais”, bem como tratou sobre a ordem social, de forma independente, no Título VIII, reconhecendo aos direitos sociais *status* de “autênticos direitos fundamentais”<sup>37</sup>, diversamente das Constituições brasileiras anteriores que lhes davam reduzida eficácia e efetividade.

Elenca o artigo 6º da Constituição de 1988 que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, os quais devem ser compreendidos “como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão”<sup>38</sup>.

Para além disso, pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, estes direitos são protegidos como cláusulas pétreas e, portanto, não são passíveis de ser abolidos pelo Poder reformador. Assim, diferente da maioria das Constituições liberais contemporâneas, o Brasil traz em sua constituição, explicitamente, a proteção dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Assim, os Tribunais brasileiros têm assumido uma postura mais ativa na proteção dos direitos sociais, mesmo sob as críticas de que estaria a invadir a esferas dos Poderes Executivos e Legislativos, mais democráticas porque teriam sido eleitos pelo povo. A esta espécie de postura o Supremo Tribunal Federal respondeu recentemente, pela decisão tomada no Agravo de Instrumento 583476 fixando a obrigação estatal de proteção do menor e adolescente, ainda que mediante o oferecimento de prestações, sob pena de afronta à Constituição Federal, pela conduta omissiva. Veja-se:

Ementa: crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais ...*, p. 104.

<sup>38</sup> CANOTILHO, J.J.G., *op.cit.*, p. 446.

ao poder público. (...) Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191- -197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo poder judiciário. (...) **É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração** (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

“(...) Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”<sup>39</sup>.

Nessa linha de compreensão, o Tribunal fixou que muito embora não seja atribuição do Poder Judiciário responsabilizar-se pela realização de políticas públicas e nem gerenciar o orçamento do Estado, cabe ao Poder Judiciário verificar quando a alegação de “reserva do possível” não se dá propriamente pela falta de recursos, mas pelo mau emprego dos recursos. Portanto, lança-se alguma possibilidade de controle das escolhas dos Poderes políticos pelo Poder Judiciário quando se vislumbra o descumprimento das normas constitucionais relativas aos direitos sociais.

Ainda nesse sentido, determinando que não existe violação ao princípio da separação dos Poderes, mas real exercício da jurisdição constitucional, nas ocasiões em que o Poder Judiciário determina a efetivação de direitos sociais, ainda que dependentes de prestações, outro caso relevante julgado pelo Supremo Tribunal Federal – que no Brasil

---

<sup>39</sup> Supremo Tribunal Federal. AI 583476. Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 06/05/2010, publicado em 24/05/2010.

faz papel de Corte Constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário – foi no Agravo 634643 no qual ficou determinada a obrigação do Estado de fornecer abrigo a moradores de rua, condição mínima para a dignidade, que demonstra como no Brasil, ainda se está muito longe de se encontrar uma solução para as mazelas sociais:

“Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravo regimental desprovido”<sup>40</sup>.

O ministro Celso de Mello, em outro momento, se manifestou no sentido de que “embora resida, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que excepcionalmente, principalmente nos casos de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam as mesmas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”<sup>20</sup>.

Ainda, é de se trazer à colação a decisão do ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47, cuja ementa se transcreve:

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>41</sup>.

Na referida decisão entendeu o ministro que o Judiciário pode decidir sobre o fornecimento de outro medicamento ou tratamento diversamente do custeado pelo SUS e, nesse caso, “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”<sup>42</sup>. Afirmou, ainda, que

<sup>40</sup> Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 634.643, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 13.8.2012.

<sup>41</sup> STF, SL 47 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU 30.4.2010.

<sup>42</sup> Supremo Tribunal Federal, SL 47 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU 30.4.2010.

era evidente, no caso em tela, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.

Outras decisões parecem temperar os argumentos, ponderando a realização de políticas públicas pelos poderes políticos e a intromissão do Poder Judiciário, explicitando a necessidade de colaboração entre uma e outra esfera de decisão. Principalmente nos casos que determinam a proteção do direito à saúde, é comum o pleito de medicamento de valor muito elevado, não disponibilizados nos órgãos do Estado, muitas vezes para doenças raras, não aprovados pela Agência Nacional de Saúde ou ainda em fase de testes. O Juiz, em uma visão de microjustiça, ao conceder o medicamento pode acabar causando desequilíbrio orçamentário, com decisões que preterem políticas públicas previamente selecionadas e, às vezes, colocam em risco o próprio requerente. Por tais razões, a efetivação de direitos sociais nessa seara, tem sido recomendada de maneira parcimoniosa pelo STF:

Decisão: Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, com o fim de obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, portadora da doença Niemann-Pick Tipo “C” (fl. 3) (...) a União ajuizou pedido de suspensão (...) Sustentou a ocorrência de grave lesão à ordem pública - uma vez que o medicamento requerido não foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não consta da Portaria no 1.318 do Ministério da Saúde - e de grave lesão à economia pública, em razão do alto custo do medicamento (R\$ 52.000,00 por mês). Inferiu, ainda, a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”. (...) O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias (...) O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do

SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. (...) Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. (...) Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. (...) Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde<sup>43</sup>.

A ideia é de que para efetivar políticas públicas mediante decisões judiciais é necessário que tais decisões, minimamente, sejam bem fundamentadas (em dados fáticos inclusive) e sejam coerentes. O impacto prático da decisão, portanto, é fator que no Brasil se leva em consideração, principalmente quando se trata de um direito social que

<sup>43</sup> STA 175, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/09/2009, publicado em DJe-182 DIVULG 25/09/2009 PUBLIC 28/09/2009 RTJ VOL-00210-03 PP-01227 RDDP n. 81, 2009, p. 161-166.

exige prestação direta do Estado (diferente, por exemplo, do direito trabalhista, cujo encargo recai primeiramente sobre o empregador).

Assim é que, em matéria de direito previdenciário, o Supremo Tribunal Federal considerou válida Emenda Constitucional que agravava as condições necessárias para a aposentadoria, em retrocesso, visando assegurar a viabilidade do equilíbrio econômico e atuarial do sistema, ao decidir que “não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional”<sup>44</sup>.

Quando a prestação deve recair diretamente em particulares, ocorre ainda uma ce-leuma jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já determinou ser vá-lida lei local que comandava a meia-entrada em locais de lazer para doadores de sangue, como forma de fomentar a prática e facilitar o acesso à cultura. Tal política, ainda que em confronto com a livre iniciativa dos proprietários de estabelecimento de lazer, como cinemas e teatros, foi considerada válida:

Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo. Garantia de meia entrada aos doadores regulares de sangue. Acesso a locais públicos de cultura esporte e lazer. Competência concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. Contro-le das doações de sangue e comprovante da regularidade. Secretaria de Estado da saúde. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Inter-venção do estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170 e 199, § 4º da Constituição do Brasil. 1) É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2) Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realiza-dos pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3). A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogi-ta também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinen-te apenas à empresa. 4) A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucio-

---

<sup>44</sup> Supremo Tribunal Federal . RE 564354, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJ 15.02.2011.

nal disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5) O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6) Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7) Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente<sup>45</sup>.

O que se verifica, é que tanto em face do Poder Público como em face de particulares, o Supremo Tribunal Federal tem atuado de modo a dar efetividade e proteção aos direitos fundamentais sociais previstos na Carta Constitucional brasileira.

## 5. Considerações Finais

Ficou claro no presente artigo que os Tribunais brasileiros já avançaram muito na interpretação constitucional, no que diz respeito à concretização dos direitos sociais, mesmo que muitas vezes sob protestos e críticas, principalmente do Governo e daqueles que não necessitam de auxílio do Estado para que seus direitos mínimos sejam garantidos, ou até precisam, mas destinado de outra forma, para manutenção do *status quo*, ou seja, o aparato estatal destinado à defesa do direito de propriedade, de segurança, de garantia do dinheiro no banco, proteção na execução de contratos, etc.

Ainda, deve-se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 “não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas”<sup>46</sup>, devendo a jurisdição constitucional assumir seu compromisso histórico com a efetivação dos valores substantivos da Carta Constitucional, buscando superar a crônica instabilidade institucional brasileira, no sentido de transformar as estruturas existentes, emancipar os cidadãos, por meio da tolerância política e do avanço social<sup>47</sup>.

Para além disso, deve-se afastar a ideia de que a democracia esteja ligada apenas ao princípio majoritário, mas também, ligada à promoção da liberdade-igual, de proteção de minorias e de grupos vulneráveis que ficam fora do processo político democrático, por meio de uma hermenêutica constitucional comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e dos princípios da liberdade, da igualdade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana em todas suas interpretações<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 3512, Relator Min. EROS GRAU, julgado em 15/02/2006, DJ 23-06-2006 .

<sup>46</sup> BERCOVICI, G., *op. cit.*, p. 24.

<sup>47</sup> BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, *op. cit.*, p. 329.

<sup>48</sup> Explica Canotilho que : “Existe uma relação indissociável entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, se afirma que o paradigma estruturante da ordem jurídico-constitucional portuguesa é o para-

Por outro lado, não se pode descurar que a judicialização da política muitas vezes se dá pelos próprios atores políticos para que tenham no Poder Judiciário um novo locus de rediscussão de questões políticas que não puderam de alguma forma ser protegidas no Parlamento.

Ora, o Judiciário, desse modo, exerce papel importante na proteção da democracia, vez que é ele o fórum adequado para garantia dos direitos das minorias (políticas ou mesmo sociais), minorias essas que se tornam maioria numa sociedade plural e desigual como a brasileira. Ressalta-se que, sem a efetivação dos direitos sociais, os excluídos e as minorias nunca alcançarão uma igualdade real, ou uma liberdade igual, e, portanto, continuarão alheios ao processo democrático, pois não basta a garantia dos direitos políticos e de liberdade de expressão, é preciso, também, a garantia do direito à educação, para que se tenha o direito a formar a própria opinião.

## **Usądowanie polityki a kontrola socjalnych praw podstawowych w Brazylii przez organy wymiaru sprawiedliwosci**

### **Streszczenie**

Niniejszy artykuł stara się rozpatrzyć sporne zagadnienia wykonywania przez władzę sądowniczą podstawowych praw socjalnych, przewidzianych w Konstytucji Federalnej Brazylii z 1988 r. Autorka bada zjawisko usądowania polityki. Polega ono w szczególności na przeniesieniu kwestii politycznych ze sfery areny parlamentarnej do organów wymiaru sprawiedliwosci. To z kolei prowadzi władzę sądowniczą do przyjęcia nowych funkcji, w szczególności odnośnie do kontrolowania polityki publicznej, urzeczywistnianej albo określonej przez władze wybierane przez lud.

E.M. de Queiroz Barboza przeprowadziła również analizę orzecznictwa Sądu Najwyższego (NTF). Badanie to dowiodło występowania zjawiska oddania sądom do rozpatrzenia wielu kwestii związanych z politykami publicznymi w sferze ochrony zdrowia oraz sposobu stania na straży socjalnych praw podstawowych przez brazylijski Trybunał Konstytucyjny (STF).

**Słowa kluczowe:** podstawowe prawa socjalne, usądowanie polityki, kontrola polityki publicznej

---

digma da liberdade igual. E mais: “A liberdade igual aponta para a igualdade real (art.9o/d), o que presupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas o direito à inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho.” CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 450.

