

Ativismo judicial e a judicialização de direitos sociais: uma leitura hermenêutica dos direitos fundamentais sociais no Brasil

Judicial activism and the judicialization of social rights: a hermeneutic reading of fundamental social rights in Brazil

Isadora Ferreira Neves¹

Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS, Brasil)
isadora.fn@unitins.br

Matheus Alves da Rocha²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, Brasil)
matheus.alves.rocha@hotmail.com

Resumo

O presente artigo busca analisar o estado da arte na judicialização dos direitos fundamentais sociais no Brasil, visando discutir qual seria a teoria mais adequada para dar conta da realidade brasileira. Historicamente, há um déficit democrático na concretização de direitos sociais no Brasil e, para isso, a Constituição de 1988 busca remediar essa situação com um longo catálogo de garantias à população. Partindo de uma diferenciação entre judicialização de políticas públicas e ativismo judicial, destaca-se que há uma forte tendência de respostas dadas pelo judiciário em demandas sobre direitos fundamentais sociais embasadas na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, ensejando muitas críticas por parte de autores como Lenio Luiz Streck em razão do baixo teor hermenêutico e abertura discricionária da teoria alexyana. Como ponto de inovação, dentro do que pugnam os dois autores, ressaltou-se as contribuições teóricas de Pablo Miozzo acerca da conformação dos direitos sociais por parte do legislador infraconstitucional e a defesa de uma atividade terciária do Poder Judiciário nas demandas que envolvem políticas públicas.

¹ Professora de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Tocantins (Unitins). Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) como bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito Público pela Unisinos. Universidade Estadual do Tocantins. Quadra 108 Sul Alameda 11 Plano Diretor Sul, 77020122, Palmas, Tocantins, Brasil.

² Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) com bolsa CAPES/PROEX. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, CEP 93.022-750, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; Ativismo judicial; Hermenêutica jurídica.

Abstract

This paper seeks to analyze the state of the art in the judicialization of fundamental social rights in Brazil, with the aim of discussing which theory would be most appropriate to deal with the Brazilian reality. Historically, there has been a democratic deficit in the realization of social rights in Brazil and the 1988 Constitution seeks to remedy this situation with a long catalog of guarantees for the population. Starting from a differentiation between the judicialization of public policies and judicial activism, it should be noted that there is a strong tendency for the judiciary to respond to demands for fundamental social rights based on Robert Alexy's Theory of Legal Argumentation, which has given rise to much criticism from authors such as Lenio Luiz Streck due to the low hermeneutic content and discretionary openness of Alexy's theory. Pablo Miozzo's theoretical contributions on the conformation of social rights by the infra-constitutional legislator and the defense of a tertiary activity of the Judiciary in demands involving public policies stand out as a point of innovation within what both authors argue.

Keywords: Social rights; Judicial activism; Legal hermeneutics.

Introdução

Estudar os rumos do Estado Social significa indagar de que modo o Estado se apresenta na contemporaneidade, o que reflete não somente na no problema da atuação jurisdicional, mas também na abordagem que se faz da função que as instituições desempenham em Estados Democráticos. Nesse sentido, muito se fala sobre as crises que atravessam o Estado Social o colocando em xeque, porém um incômodo permanece: acometido por crises, para onde se direciona a sua atuação? E mais: como construir uma base teórica que reforce o compromisso do direito com a democracia em um contexto em que ela se encontra sob ameaça?

Esses questionamentos revelam, como pano de fundo, a urgência por considerar as transformações do Estado Social, assim como os desafios por ele enfrentados na contemporaneidade. Para isso, é necessário que sejam enfrentados não somente os contornos jurídicos que definem as suas crises, mas, ainda, aspectos mais amplos que dizem respeito à sua formação, seus elementos constitutivos e suas apresentações, em um verdadeiro movimento hermenêutico de revolver o chão linguístico por trás daquilo que se diz “Estado Social”.

Seja por um histórico de autoritarismo, seja pelo anseio de direcionamento do agir político, o aprofundamento do Estado Social no Brasil, impulsionado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), se reveste de um caráter especialmente desafiador. Acontecimentos recentes que colocaram sob prova a manutenção do Estado Democrático apenas demonstram aquilo que os grandes nomes da Teoria do Estado no Brasil já haviam antecipado: aqui,

pressupostos democráticos que parecem óbvios precisam não somente ser ditos, mas também reafirmados e, à exaustão, demonstrados.

Nesse sentido, ao romper com o modo como tradicionalmente se tratou o problema do ativismo judicial no Brasil, o trabalho abre espaço para uma proposta de estabelecimento de um equilíbrio entre limites e possibilidades da intervenção do Poder Judiciário. Para tanto, o problema será explorado por meio de pesquisa bibliográfica (documentação indireta) com acréscimos de pesquisa documental (documentação direta).

Esse artigo tem como objetivo enfrentar o problema hermenêutico a respeito da atuação judicial em sede de direitos sociais no Brasil. Para tanto, será proposta uma leitura hermenêutica que se inicia no primeiro tópico por meio de uma abordagem crítica sobre o ativismo judicial e sua diferenciação com a judicialização da política. Em um segundo momento, será destacado o papel que a teoria de Robert Alexy (2001; 2008) tem tido no Brasil para a interpretação dos direitos sociais e as críticas a respeito da recepção dessa teoria no direito brasileiro, tendo como referencial a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck (2001; 2011; 2012; 2013). A terceira e última parte do trabalho propõe uma nova leitura dos direitos fundamentais sociais, não apenas por hermenêutica principiológica, mas por uma ideia de conformação e atuação terciária do Judiciário que contribua para uma interpretação constitucionalmente adequada desses direitos.

Traçando fronteiras: ativismo judicial e judicialização da política

O ativismo judicial, a judicialização da política e os influxos sofridos pela atividade jurisdicional, pelo chamado neoconstitucionalismo, são temas presentes em grande parte das discussões sobre a jurisdição constitucional. Ocorre que a referida temática se reveste de divergências em virtude de uma confusão terminológica e, até mesmo metodológica, seja por se tratar de fenômenos distintos como situações únicas, seja pelo uso aleatório das categorias ativismo judicial, judicialização da política e neoconstitucionalismo.

Antes de adentrar a discussão sobre o ativismo judicial em si, é relevante que se elabore os contornos para uma distinção entre este fenômeno e a judicialização da política. Considerando que as afirmações deste trabalho a respeito do ativismo judicial partem da sua diferenciação da judicialização da política, será utilizada a obra de Clarissa Tassinari (2013) para este intuito.

Na referida obra, essa distinção é feita a partir da comparação entre o contexto de surgimento do ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, apontando que, enquanto as discussões sobre o ativismo judicial se iniciam nos EUA com o caso *Marbury versus Madison* e o surgimento do *judicial review*, no caso brasileiro esse debate começa com a redemocratização e a CF/88, que incluía um rol mais amplo de direitos fundamentais, incluindo direitos sociais.

No Brasil, o ativismo judicial ganha relevo a partir do constitucionalismo pós redemocratização, sendo difundido o imaginário de que um Poder Judiciário ativista seria

não só vantajoso, mas também necessário para que se lograsse a concretização dos direitos fundamentais e, ao fim, a solução dos problemas de efetividade que atravessam o constitucionalismo no Brasil. Sucede-se que, a partir da comparação entre o direito estadunidense e o brasileiro, constata-se que no último caso o ativismo judicial não passou por uma devida problematização, o que provoca confusão na doutrina a respeito do tema.

Luiz Werneck Vianna (1999) traça um panorama dos impactos da Constituição de 1988 para a crescente judicialização dos anseios sociais pela concretização de direitos fundamentais. Vianna (1999) lembra, ainda, que o Estado de Bem-Estar Social combina o dirigismo econômico característico do *keynesianismo*³ com uma transformação operada no sistema jurídico, que passa a transpor as barreiras entre o público e o privado. Para o autor, a admissão do elemento de justiça pelo direito e a proteção jurídica dos indivíduos economicamente desfavorecidos acarretou uma “judicialização do mercado de trabalho”, no sentido em que a justiça social, de demanda inerente à sociedade civil, passa a ser um tema da agenda do Direito. Tal aspecto denota que a convivência harmoniosa de interesses divergentes, antes restritos aos auspícios dos movimentos sociais, passa a se pautar pela regulação do Poder Judiciário.

Essas transformações, decorrentes em parte de um modelo de Estado (o *Welfare State*) e em outra de um modelo de constitucionalismo que visa alcançar os objetivos do Estado Social⁴, provocam impactos no contexto das instituições públicas e também na própria sociedade civil. Ao fenômeno da “invasão do direito na organização da vida social” o autor dá o nome de “judicialização das relações sociais” (García-Pelayo, 2009, p. 149), caracterizado pelo envolvimento das sociedades contemporâneas na semântica da justiça. Dessa forma, é transmitido ao direito e ao Poder Judiciário o papel de resguardar as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.⁵

³ A respeito do Estado de Bem-Estar Social e sua relação com a teoria keynesiana, conferir: García-Pelayo (2009); Avelãs-Nunes (2011); Moraes (2011).

⁴ O Estado Social surge como resposta à necessidade de intervenção do Estado na economia, em nome do princípio da responsabilidade social coletiva. A teoria keynesiana aparece como contraponto aos economistas clássicos que lastrearam o pensamento econômico liberal: aponta o desemprego involuntário e a desigualdade natural de riqueza e rendimento como os dois vícios das economias capitalistas, vícios esses cuja correção seria responsabilidade do Estado. Segundo essa teoria, inspiradora para a transição ao Estado Social, as desigualdades econômicas contrariam o desenvolvimento da riqueza e a própria manutenção da economia capitalista, de modo que seria possível conciliar o progresso social e a eficácia econômica. Para Avelãs-Nunes (2011), este Estado Social não pretendia promover, assim como não promoveu, uma revolução social. Ele se enquadra, de fato, na lógica do capitalismo e um exemplo disso é o fenômeno da política de redistribuição do rendimento, através do qual o Estado, por meio das prestações de direitos sociais, financia o próprio desenvolvimento das forças produtivas, propiciando mão-de-obra mais qualificada, capaz de produzir mais, dando maior rendimento aos empregadores e propiciando vantagens aos donos do capital. Nesse sentido, este modelo de Estado tem como objetivo primordial harmonizar o princípio do mercado com o equilíbrio e os avanços sociais, através de políticas de distribuição e redistribuição de ingressos, nivelção de patrimônios e de cargas e pleno emprego. Deve-se ressaltar, contudo, que o bom funcionamento da economia de mercado ainda é considerado como pressuposto básico do desenvolvimento social, e que essas políticas de redistribuição somente têm aceitação uma vez que não sejam obstáculo ao sucesso da economia. Nessa linha, ver: Avelãs-Nunes (2011, p. 59-67) e García-Pelayo (2009, p. 6).

⁵ Cumpre lembrar que em países de modernidade tardia, como o Brasil, a experiência moderna não foi vivida da mesma forma que na Europa, em que os modelos estatais surgem em uma determinada sequência histórica. No Brasil, por exemplo, as modalidades social e democrática se imiscuem em um único momento. Na Europa, a modernidade surge como movimento de ruptura com os paradigmas medievais, num primeiro momento como advento do Estado Absolutista e o desfazimento do modelo de sociedade feudal. Em um segundo momento, transmuta-se essa ordem estatal para o modelo liberal, a partir das revoluções burguesas, da sedimentação do capitalismo – antes comercial e depois industrial-

É imperioso ressaltar, contudo, que a judicialização da política se apresenta em caráter contingencial, fruto de transformações na sociedade e no direito que exigem uma resposta do Poder Judiciário. Tal aspecto é de fundamental importância para a distinção da judicialização (da política e das relações sociais) do ativismo judicial. A judicialização da política na experiência brasileira, portanto, não é resultado de um protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, derivando também das necessidades oriundas da sociedade civil, que têm encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses.

Dessa forma, a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social que foi provocado, no caso brasileiro, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social e pelo aumento da litigiosidade.

Apresentados os principais aspectos a respeito da judicialização da política e das relações sociais, determinantes que são esses pontos para a sua diferenciação do ativismo judicial, passa-se à abordagem deste fenômeno, intrinsecamente relacionado com o protagonismo judicial preconizado pela doutrina neoconstitucionalista.

A esse respeito, William Marshal (2002) trabalha com sete indicadores para a identificação do ativismo judicial recolhidos na literatura sobre o tema. São eles: 1) o ativismo contra-majoritário: quando as cortes contrariam as decisões de instituições democraticamente eleitas; 2) o ativismo “não-originalista”: quando as cortes se afastam da fidelidade ao texto ou às intenções originárias do legislador; 3) o ativismo dos precedentes: a desvinculação da corte aos precedentes judiciais; 4) o ativismo jurisdicional: a falha da corte em aderir aos limites do seu próprio poder de jurisdição; 5) a criatividade judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; 6) o ativismo remedial: o uso do poder jurisdicional para impor obrigações afirmativas nos outros ramos do governo ou a sua supervisão como uma parte do remédio judicialmente imposto; 7) ativismo partidário: o uso do poder jurisdicional para lograr objetivos planejados partidariamente.

Marshall (2002) observa, contudo, que esses indicadores nem sempre são coerentes entre si: uma decisão que seja não ativista em um sentido pode ser ativista em outro e, por esse motivo, uma lista categórica desses indícios não pode ser utilizada para formular uma definição única do ativismo judicial.

O ativismo judicial se constitui, portanto, em um problema de teoria do direito e da interpretação jurídica, isso é: um problema hermenêutico. Seguindo a proposta de diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização da política, Clarissa Tassinari (2013) defende que o ativismo judicial é um fenômeno intrínseco ao sistema jurídico,

produtivista –, da ascensão do sujeito à condição de indivíduo, da filosofia racionalista e, sobretudo, da manutenção dos vínculos sociais individuais. Com a articulação do proletariado já exaurido nas fábricas, e a consequente crise estatal-social, se proclama o Estado Social a partir de um catálogo de direitos sociais-prestacionais devidos pelo Estado que, passa a ser gerente e protetor. No Brasil, entretanto, essa lógica evolutiva não foi vivida, uma vez que o Estado Social surge como Estado Social e Democrático de Direito com o advento da Constituição de 1988 e a entrada do país no rol do dirigismo constitucional. Tal situação provoca a extenuação do Direito como colocado em *terrae brasilis* já que, os direitos fundamentais-sociais se multiplicam e o Estado não consegue dar vazão a estas necessidades. Para maiores discussões, conferir Streck (2001).

tendo nele o seu surgimento. Consiste, de tal modo, em uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício das suas atribuições.

Nesse sentido, são esclarecedoras as afirmações de Tassinari (2013), no sentido de que a doutrina jurídica brasileira extraiu da experiência norte-americana a noção de que o ativismo judicial é bom para a democracia, uma vez que é direcionado à concretização de direitos. Acontece que esse entendimento abarca duas concepções de ativismo: i) o ativismo como um aumento da interferência do Poder Judiciário (que se trata, na verdade, de judicialização da política) e ii) o ativismo como atividade jurisdicional progressista. Esses pontos de vista, no entanto, acabam desconsiderando o fato de que Brasil e Estados Unidos possuem tradições jurídicas distintas (Tassinari, 2013).

Anderson Teixeira (2012) ressalta, inclusive, que os métodos e técnicas decisórias empregadas nas jurisdições constitucionais de ambos os países são distintos, implicando em modos diferentes de tratar questões de cunho político. O autor, por sua vez, elenca quatro espécies de condutas ativistas que provocam lesão ao equilíbrio da ordem constitucional, são elas: a atuação como legislador positivo, a ofensa ao princípio da separação dos poderes, a desconsideração dos precedentes jurisprudenciais e a ocorrência de decisões judiciais viciadas por decisionismo político.

Nessa linha de pensamento, há que se ter em vista que uma leitura contemporânea da jurisdição e do processo deve levar em consideração o cumprimento das garantias constitucionais, dentre as quais está o devido processo legal e um projeto de processo constitucional democrático. As crises do processo e da jurisdição acontecem em um contexto histórico em que surgem novos direitos trazidos pelas alterações nos textos constitucionais pós Segunda Guerra, o que no Brasil foi sentido com a Constituição de 1988, em decorrência de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que, somados, produziram novas categorias de demandas para as quais as estruturas processuais não podiam dar resposta satisfatória (Saldanha e Becker, 2010).

Por tudo isso, o Poder Judiciário se encontra no centro da discussão, uma vez que está submetido às reivindicações pela implementação das garantias advindas do novo modelo de constitucionalismo. Esse panorama se torna ainda mais acentuado diante de um quadro de aumento crescente da demanda por justiça social, oriunda do cenário de desigualdade e déficit social que caracteriza os países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro (Streck, 2013).

No Brasil, verifica-se uma disparidade entre os direitos garantidos nas Constituições e o que se concretiza na realidade social, sobretudo naquilo em que se depende de planejamento em políticas públicas. O cidadão, vítima da ausência de políticas públicas efetivas e do déficit social, acaba, portanto, batendo às portas do Poder Judiciário como ator processual.

Mas, afinal, de que forma o ativismo judicial se mostra importante para a discussão da judicialização de direitos sociais no Brasil? Primeiramente, por se tratarem de recepções teóricas problemáticas. Em segundo lugar, a ponderação torna-se, no direito brasileiro, um método interpretativo que – assim como a utilização acrítica do ativismo judicial de inspiração norte-americana – abre as portas para a arbitrariedade do julgador.

Por fim, cabe anotar que tanto a ponderação quanto o ativismo têm como resultado o protagonismo judicial em que o judiciário assume uma atuação de interferência política e comprometimento da democracia.

Teoria da decisão de Lenio Streck e uma (des)leitura da ponderação alexyana

Este tópico discute a teoria de Robert Alexy (2001; 2008) e, para isso, utiliza-se como referência os principais pontos problematizados pela Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. Tal teoria preocupa-se com os problemas de legitimidade democrática no que tange ao sujeito solipsista da modernidade e ao problema do controle de sentido na interpretação jurídica, tendo em vista o crescente protagonismo dos juízes e tribunais (Streck, 2011).

Esta teoria da decisão pode ser compreendida como uma proposta hermenêutica forjada no interior de duas rupturas paradigmáticas: i) a revolução do constitucionalismo e ii) o giro-linguístico-ontológico. Nesse sentido, são rejeitados os conceitos que pretendem reduzir a interpretação a um processo analítico, apostando na hermenêutica filosófica com aportes da teoria do direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin (2014).⁶

Adotando a hermenêutica filosófica gadameriana, a teoria da decisão de Lenio Streck percebe a compreensão como a elaboração de projetos corretos e adequados às coisas, a partir de Gadamer, estando superada a cisão entre interpretação e aplicação (Streck, 2012). Adaptando essa perspectiva à Constituição de 1988, está só acontece enquanto concretização, de modo que a doutrina e a academia jurídica têm papel fundamental na realização de um controle epistemológico que respeite os limites de sentido do texto constitucional (Streck, 2012) e também no sentido de evitar posturas que estimulem a qualquer custo o ativismo judicial e as práticas discricionárias.

De fato, a partir de Heidegger e Gadamer, a problema do sentido – e consequentemente do sentido do direito – passa a ser anterior ao problema do conhecimento. Explica-se: se para esses dois filósofos a compreensão é algo que não dominamos, passam a ser questionados os modos procedimentais de edificação dessa compreensão (que, após o giro-linguístico-ontológico, é existencial). É nesse contexto que Lenio Streck (2012) afirma que não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar, pois a interpretação é a explicitação do compreendido.

O autor elenca, então, alguns objetivos que estão diretamente relacionados com uma teoria do direito preocupada com a democracia e com a concretização dos direitos

⁶ Nessa mesma linha, Streck (2012, p. 90) afirma: “[...] como tenho deixado claro em outros textos [...], a Nova Crítica do Direito ou a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana. Dela exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como ‘adequada à Constituição’”.

fundamentais previstos na Constituição, e também com padrões hermenêuticos questionadores dos pressupostos do positivismo, são eles:

- a) preservar a autonomia do direito;
- b) estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional [...];
- c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito;
- d) estabelecer que a fundamentação das decisões seja um dever fundamental dos juízes e tribunais;
- e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada (Streck, 2012, p. 105).

A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck se contrapõe à teoria da argumentação de Robert Alexy a partir de dois pontos principais: o primeiro deles diz respeito ao direito fundamental à obtenção de respostas corretas (adequadas à Constituição) e o segundo diz respeito à análise crítica da questão da discricionariedade (no sentido de garantir o respeito à integridade e coerência do direito).⁷

Para Streck (2012), uma decisão ou resposta estará adequada à Constituição na medida em que respeitar a autonomia do direito produzido democraticamente, evite a discricionariedade e, por meio de uma detalhada fundamentação, respeite a coerência e integridade do direito (numa referência a Dworkin, objeto do tópico anterior).

Essa ideia de direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição nasce, portanto, num contexto de crítica aos pressupostos do positivismo jurídico, em que, nos chamados casos difíceis, restava ao intérprete decidir como um ato de vontade, ou seja, para o positivismo jurídico a decisão judicial nos casos difíceis era “solucionada” pela discricionariedade do intérprete. Nesse contexto, uma teoria que se proponha a questionar o paradigma positivista deve, necessariamente, enfrentar a questão interpretativa e o problema da discricionariedade (Streck, 2012).

É importante ressaltar que para Lenio Streck (2012) uma resposta constitucionalmente adequada e hermenêuticamente correta em relação à Constituição vai além do raciocínio causal-explicativo, o que não ocorre em Alexy. Superada a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação, a Constituição assume uma dimensão de concretização com base no círculo hermenêutico, de modo que “o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo” (Streck, 2011, p. 619).

Uma decisão com sentido hermenêuticamente adequado à Constituição, nesse passo, é tomada a partir de uma perspectiva de integridade, que reconheça a importância da coerência e da autoridade da tradição (Streck, 2011). Isso, contudo, não quer dizer que o reconhecimento de um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente

⁷ Esses aspectos selecionados estão presentes tanto no posfácio da obra “Verdade e Consenso”, em que Lenio Streck explica a sua teoria da decisão, bem como na obra “O que é isto – decido conforme a minha consciência?” que analisa com afinco o problema da discricionariedade. Nesse sentido, ver: Streck (2011; 2012).

adequada signifique a crença em respostas definitivas ou “congelamento de sentidos”, uma vez que a temporalidade é característica do paradigma hermenêutico.⁸

Tendo como base os pontos expostos, é possível observar que o problema da discricionariedade é o cerne da oposição entre as propostas de Lenio Streck e de Robert Alexy. Em primeiro lugar, é relevante destacar que enquanto Alexy vislumbra a ponderação como um elemento de racionalidade e rigor para a interpretação jurídica consubstanciada nas decisões judiciais (aspecto abordado com detalhes no primeiro capítulo), Streck (2011) vê na ponderação uma porta aberta à discricionariedade, que obscurece o valor da tradição.

O que se pôde perceber durante o decorrer deste trabalho é que, no intuito de evitar a falta de racionalidade na interpretação, a teoria de Robert Alexy acaba apostando no método (consubstanciado no procedimento de ponderação) como elemento para conferir rigor e exatidão às decisões jurídicas, especialmente naquelas concernentes às matérias de direito fundamental.

Ocorre que Alexy, por se situar no nível de racionalidade lógico-apofântico e trabalhar no paradigma filosófico do racionalismo discursivo (que não incorporou as revoluções operadas pelo giro-linguístico-ontológico) acaba ignorando os problemas que provocam a discricionariedade entranhada no procedimento de ponderação. Diante disso, como diz Streck (2011, p. 551), “falar em argumentação ou em hermenêutica faz uma diferença qualitativa”.

Outro ponto de dissonância diz respeito ao conceito de norma trabalhado pelos dois autores: enquanto Alexy opera com um conceito semântico de norma, na teoria da decisão de Streck a norma é um conceito interpretativo. Desse conceito semântico de norma é que decorre o problema da distinção estrutural entre regras e princípios, que não oferece uma solução hermenêutica aos casos difíceis (uma vez que refém o esquema sujeito-objeto) (Streck, 2011).

De fato, se os princípios instituem deveres *prima facie* (como propõe Alexy), a sua normatividade é comprometida na medida em que a ponderação é a forma de aplicação dos princípios, entregue à subjetividade do intérprete. É inevitável, nesse contexto, retornar ao problema da discricionariedade, na medida em que as teorias argumentativas se destacam por entregar os limites dentro dos quais deve ocorrer a decisão judicial à vontade do intérprete, entranhada na ideia de ponderação.

A hermenêutica, por sua vez, é antirrelativista, apostando na blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades ou decisionismos. Isso explica, ainda, porque a ponderação repristina a discricionariedade positivista, uma vez que propõe um discurso eminentemente metodológico (exposto no primeiro capítulo). A teoria de Robert Alexy (e outras teorias argumentativas), nesse passo, está intimamente ligada ao

⁸ É importante ressaltar que essa temporalidade, a partir de Heidegger, está conectada com a necessidade pensar historicamente, uma vez que a faticidade está relacionada com o caráter histórico presente em nosso ser. Quando se diz que a temporalidade inserida no paradigma hermenêutico impede o congelamento de sentidos em respostas definitivas, isso se afirma tendo em vista a sua inserção nos conceitos de pré-compreensão, tradição e círculo hermenêutico, eminentemente atrelados à existência do homem como um ser questionador. Nesse sentido, conferir: Streck, 2011; Abboud, Carnio e Oliveira, 2013.

protagonismo judicial, na medida em que a interpretação se torna refém da subjetividade da figura do juiz (Streck, 2012).

Diante dos aspectos debatidos nesse tópico, é possível argumentar que a teoria da decisão de Lenio Streck acaba expondo as maiores insuficiências e inconsistências presentes na ideia de ponderação concebida por Robert Alexy, uma vez que faz uma análise que incorpora os conceitos da hermenêutica filosófica (Gadamer) e do direito como integridade (Dworkin).

Outro balanço importante a ser feito diz respeito à questão da discricionariedade que, como visto, provoca um déficit democrático na teoria alexyana, em virtude de creditar a correção da decisão judicial dos casos difíceis a um rigor procedimental.

A partir de Heidegger, de Gadamer, de Dworkin e também de Streck pôde-se perceber que uma resposta correta (no sentido de ser adequada constitucionalmente) não está atrelada a um procedimento, e sim a uma fundamentação coerente do ponto de vista hermenêutico. Essas considerações são relevantes, ainda, para demonstrar como a carência de problematização e a mixagem teórica são questões que assolam a doutrina brasileira que trabalha com a ponderação.

A proposta de Pablo Miozzo: direitos fundamentais sociais ponderados?

Ao adaptar uma teoria estrangeira ao contexto brasileiro, uma série de precauções devem ser tomadas, mormente em referência ao contexto social, político e jurídico do país paradigma. Quando se fala em Robert Alexy e sua teoria dos princípios no Brasil, há uma gama de diferenças substanciais entre este país e a Alemanha que tornam a importação problemática em muitos aspectos. Pablo Castro Miozzo (2024) trabalhou esses problemas em sua tese de doutorado que foi publicada recentemente em livro.

Em *Direitos fundamentais sociais sem princípios ou ponderações: bases para uma (re) construção dogmática*, Miozzo (2024) destaca que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 não traz, especificamente, uma previsão de direitos sociais em seu catálogo. “Já a Lei Fundamental de Bonn de 1949, foi neste âmbito, em comparação com a Constituição de Weimar, bem mais tímida” (Miozzo, 2024, p. 84). Isso, por sua vez, não impediu a doutrina jurídica alemã de discutir a possibilidade de se extrair de algumas normas como a garantia da *dignidade da pessoa humana* a possibilidade de se deduzir garantias sociais exigíveis ao Estado. Acontece que essa discussão é bastante controvertida na Alemanha, não há um consenso sobre a possibilidade de um cidadão poder exigir um direito social de forma prestacional diretamente ao judiciário.

Neste contexto surge a teoria de Alexy (2001; 2008), apoiada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Os direitos sociais na Alemanha são um tema bastante controverso, onde boa parte da doutrina afirma que a lei fundamental não previu expressamente a existência desses direitos. A esse respeito, Miozzo (2024, p. 89) afirma que:

Com isto, entretanto, não resta respondida a pergunta sobre a possibilidade ou não de se afirmar que existem direitos sociais ancorados no nível da Lei Fundamental. A discussão acerca da existência de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental passa pela necessidade de se problematizar o fato já acima mencionado de que seu texto não positivou expressamente, com algumas exceções, direitos deste tipo. O que a doutrina convencionou chamar de "transformação do pensamento acerca dos direitos fundamentais" neste âmbito, trata da eventual possibilidade de se deduzir direitos à prestação, via interpretação das cláusulas de direitos fundamentais que, em princípio, possuem primariamente um conteúdo de direitos de defesa. Essa "reinterpretação dos direitos fundamentais".

De acordo com a teoria dos princípios de Alexy, há uma colisão entre direitos fundamentais e princípios democráticos, só resolúvel a partir da técnica de ponderação. Em um nível filosófico, há uma colisão entre justiça e segurança jurídica. O conteúdo do direito material, então, seria resultante desta colisão e fruto da ponderação exercida judicialmente. De um lado uma reivindicação de que direitos sociais na Alemanha podem ser oponíveis ao Estado na forma de prestação subjetiva, do outro está a competência decisória do magistrado e a divisão dos poderes em uma República.

Como o conceito de princípios é ligado à ideia de maximização dos objetivos, essa maximização sempre está em conflito com alguma outra limitação de competência democrática. Dessa forma, a jurisdição constitucional seria sempre um exercício de choque entre princípios e regras, cabendo ao Judiciário a resolução deste conflito através de uma atribuição de pesos a depender do caso concreto; enquanto a resolução sempre seria fruto de uma ponderação.

Existe uma série de diferenças entre a Constituição Brasileira de 1988 e a Lei Fundamental de Bonn de 1949. Na Carta Alemã há uma previsão específica sobre o caráter de Estado Social Alemão (Art. 20,1). Na Constituição brasileira existe um catálogo de objetivos a serem cumpridos pelo Estado, previstos de forma esparsa pelo texto, por exemplo no artigo 3º, 6º e 7º.

Ainda, existe na CF/88 um extenso título sobre a ordem social, em que foram dispostas normas que regulam como os serviços sociais serão ofertados pelo poder público. Por exemplo, no caso da seguridade social que envolve direito à saúde, à previdência e à assistência social, o parágrafo único do artigo 194º pormenoriza os objetivos sociais almejados.

A Constituição Federal chega a tecer minúcias sobre o investimento mínimo a ser realizado pela União, pelos estados e pelos municípios em, por exemplo, educação, como no artigo 212¹⁰. O texto constitucional traz uma segurança semântico muito maior do que o texto

⁹ I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (Brasil, 1988).

¹⁰ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e

constitucional alemão, nesse sentido. No entanto, as diferenças são grandes e não podem ser ignoradas.

A CF/88 guarda mais semelhança com a Constituição de Weimar de 1919 do que com a Lei fundamental de 1949. Miozzo (2024) defende a tese de que os direitos sociais fundamentais no Brasil não devem se tratados como princípios a partir da teoria de Alexy, visto a grande disparidade normativa para com o país alemão. A relação de “precisão” desses princípios pela vida da ponderação não é cabível no Direito brasileiro, dado que a Constituição de 1988 não foi omissa na previsão de direitos sociais; ao contrário, trouxe um catálogo grande de direitos e ainda como devem ser aplicados pelo legislador. Nessa esteira, Miozzo (2024, p. 183) aponta que:

A Constituição brasileira possui disposições de direitos fundamentais sociais e determinações de objetivos do Estado mais “precisas” em termos semânticos (o que é devido) e estruturais (por quem e como é devido). Logo, um modelo dogmático que tenha como centro gravitacional o silêncio da constituição, é dispensável em um contexto no qual existe inclusive uma certa eloquência. No mínimo sua adequação deve ser questionada.

Por fim, arremata o autor que uma dogmática brasileira que trabalhe não com um conceito de colisão, mas com um conceito de conformação, pode ser o ideal para o sistema constitucional brasileiro. Para isso, Miozzo (2024, p. 185) assevera que:

Em contraposição a isto, uma dogmática dos direitos fundamentais sociais - vista a partir do Direito constitucional brasileiro - deve se ocupar com o problema da relação entre normas constitucionais com densidades normativas diferentes (relação horizontal entre normas) e que não possuem necessariamente um comportamento de colisão. De outro lado, do ponto de vista hierárquico, ou seja, a relação entre a Constituição e a legislação (relação vertical entre normas), esta dogmática dos direitos fundamentais sociais deve oferecer um ponto de partida que não se baseie na ideia de colisão e, conseqüentemente, seja capaz de esclarecer a função do legislador em relação aos direitos fundamentais sociais, não no papel de limitador esses direitos, mas sim na função de estabelecer seus contornos. A categoria da conformação dos direitos fundamentais, que tem recebido gradualmente mais atenção na doutrina na Alemanha nas últimas décadas e que foi desenvolvida como conceito contraposto ao da restrição/limitação.

Além das diferenças de contexto sobre a previsão de direitos sociais no Brasil e na Alemanha, outras críticas são pertinentes à ponderação alexyana. Alexy (2008) defende uma pretensão de correção moral do Direito, ou seja, quando um conjunto de normas jurídicas existentes em um ordenamento não cumprirem uma pretensão moral deveriam ser consideradas inválidas. Logo, é um apelo a um argumento externo ao Direito, uma pretensão de correção externa, vinda da moral, para validar a norma positivada.

Se a Lei Fundamental alemã traz princípios de correção – com forte apelo moral – ao direito infraconstitucional, por que é necessário o recurso a uma moral externa? Há, aqui, uma perigosa abertura discricionária ao intérprete. Apela-se para uma moral interna ao julgador,

desenvolvimento do ensino (Brasil, 1988).

mas externa ao Direito. A ponderação, que pressupõe uma atribuição de peso aos princípios em colisão, carece de uma racionalidade interpretativa que dê legitimidade ao Judiciário para concretizar direitos sociais.

O que Miozzo (2024) propõe é que a dogmática brasileira leve a sério o papel do legislativo na conformação dos direitos sociais, de maneira a tirar dos ombros – já muito carregados – da jurisdição constitucional o papel de “concretizar” direitos fruto de demandas, em um espaço que já existe uma disciplina de texto legal. A relação mais direta do Estado Social é com o legislativo, sendo em segundo plano, através de uma atuação secundária, o dever do Executivo em implementar as políticas públicas conformadas através do texto legal. O Judiciário, nessa configuração, ocupará uma posição de terceira força de atuação como instância de controle “da (in)atividade ou atividade insuficiente dos outros órgãos estatais citados” (Miozzo, 2024, p. 176). A teoria dos princípios de Alexy (2008) pressupõe um constante conflito entre Estado e cidadão na prestação dos direitos sociais, cabendo ao Judiciário o dever de implementação destas políticas, na maioria das vezes por uma via que não privilegia a técnica administrativa.

A Constituição Federal brasileira possui uma densidade semântica em seu texto normativo muito maior do que a Lei fundamental alemã, quando se aborda sobre direitos fundamentais sociais. Como exemplo, Miozzo (2024) traz dois exemplos: o direito à saúde previsto no artigo 6º¹¹. Apesar do artigo, visto isoladamente, trazer em seu texto um conceito supostamente aberto do que seria “saúde” no contexto nacional, uma leitura sistemática da Constituição nos levará ao artigo 196¹² da carta. Estes dois dispositivos representam o que a norma constitucional estabeleceu sobre direitos à saúde, que, como está explícito no texto, endereça a responsabilidade diretamente para o Legislativo e ao Executivo, para que cumpram a norma.

Inclusive, ainda tratando sobre o direito à saúde, entendimento dentro do aspecto da seguridade social, a Constituição estabelece o custeio do serviço em seu artigo 195 e incisos. Assim, ao se falar sobre saúde não caberá ao judiciário atuar como corte de ponderação de forma a pesar a colisão entre direitos fundamentais, nem resolver conflito sobre competência orçamentária e o direito efetivo à saúde. O texto constitucional possui uma densidade semântica que independe de uma divagação maior do Judiciário.

Outro exemplo é o direito à educação, que possui uma normatividade no texto ainda mais explícita. O artigo 205¹³ estabelece o direito social à educação e a responsabilidade do estado em promovê-lo. O artigo 208¹⁴ esmiuça os deveres do Estado no que concerne à

¹¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Brasil, 1988).

¹² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Brasil, 1988).

¹³ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (Brasil, 1988).

¹⁴ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado

educação. No artigo 212¹⁵ há até a estipulação do mínimo de investimento resultante da receita de impostos, voltado aos entes federativos.

Como fica claro, no texto constitucional há diferentes graus de normatização dos direitos sociais, em alguns artigos, inclusive, a disposição desce às minúcias. Tratar como princípios todo esse rol de disposições constitucionais, trazendo uma indeterminabilidade conceitual e interpretativa, seria ignorar o produto do constituinte originário ao elaborar detidamente tantas regulações (Miozzo, 2024).

O que o estudioso defende não é um retorno à clássica teoria da *aplicabilidade dos direitos fundamentais* de José Afonso da Silva (2016), que por um período foi dominante na dogmática brasileira. No entanto, trata-se de uma defesa do próprio texto constitucional, entendendo-o como um conjunto normativo de aplicabilidade imediata, mas que deve estar blindado de interpretações elásticas por parte do judiciário. Ainda, para Miozzo (2024), em alguns casos, será necessária uma atuação infralegal através de regulação para que a norma surta efeitos e possa, assim, ser exigida junto à jurisdição constitucional. Portanto, o que se busca é evitar a dicotomia regra (aplicada por subsunção e princípio aplicado por ponderação).

Como visto na seção anterior, Lenio Streck (2011) também faz uma dura crítica à teoria dos princípios de Alexy, sobre a abertura interpretativa dos princípios e o perigo da discricionariedade. A escolha dos princípios, deixada a cargo do julgador, é um grande problema hermenêutico que impede uma concretização responsável e legítima das normas constitucionais. Na célebre obra de Streck (2011), *Verdade e Consenso*, o autor discute duas perspectivas distintas acerca do papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático brasileiro. De um lado, há uma corrente substancialista; do outro uma, corrente procedimentalista.

O cerne da discussão traçada por Streck é que as teorias procedimentalistas veem a jurisdição constitucional com certa ressalva, pois defendem que o judiciário deverá atuar de forma secundária e o endereçado prioritário da Constituição seriam os poderes políticos como Legislativo e Executivo. Já o substancialismo, tese defendida por Streck (2011), consiste em uma postura teórica que vê na Constituição uma carta não só política, mas de verdadeira declaração de direitos que possam ser exigíveis via jurisdição constitucional.

Um país de modernidade tardia como o Brasil, no dizer de Streck (2011), carece de um texto constitucional que tenha ampla aplicabilidade por parte do Judiciário. O rol de direitos sociais ainda se encontra adormecido, sem que muitas mudanças pugnadas pelo texto constitucional tenham sido concretizadas. Daí a legitimidade que possui a jurisdição

aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola (Brasil, 1988).

¹⁵ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (Brasil, 1988).

constitucional. Para Streck (2011), a ação do judiciário frente aos direitos fundamentais sociais independe de uma intermediação legislativa. Isso resulta de nossa história institucional que, marcadamente, negligenciou o *estado de bem-estar social* de seu povo, promovendo direitos políticos muito antes de estabelecer mudanças sociais efetivas.

Quando Miozzo (2024) afirma que a Constituição brasileira é substancialmente diferente da alemã e, em razão disto, a dogmática brasileira precisa desenvolver uma teoria que dê conta de interpretar o texto normativo de forma a não reproduzir a teoria dos princípios de Alexy (2008), o que o autor busca é, também, uma responsabilidade hermenêutica frente ao texto.

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), desenvolvida por Lenio Streck, parte da ideia de que o texto sempre terá algo a nos dizer. Não caberá, de tal modo, ao intérprete dizer qualquer coisa sobre a Constituição, essa tem uma densidade mínima de sentido. Por isso, a grande cruzada da CHD é contra a deficiente teoria da interpretação desenvolvida por posturas teóricas, como o positivismo jurídico, o realismo jurídico e o neoconstitucionalismo brasileiro. Uma leitura hermenêutica do texto constitucional, no que tange aos direitos sociais, é um exercício que buscará a melhor resposta possível aos casos concretos, como pugna Ronald Dworkin (2014) e sua teoria interpretativista.

Analisar os direitos sociais através de sua melhor luz, pôr uma luz constitucionalmente adequada, é entender que esses precisam de uma conformação legislativa para que a Administração Pública possa atuar de maneira efetiva. Daí, surgem questionamentos, a saber: como é possível exigir um direito à saúde sem que eu esteja delimitado como o Estado deverá investir seus recursos? Cabe ao Judiciário delimitar a dotação orçamentária que será destinada à concretização deste direito? Uma leitura adequada do artigo 6 e 196 da Constituição informa que a previsão está endereçada primeiramente ao Legislativo e ao Executivo.

Essa postura de conformação dos direitos sociais defendida por Miozzo (2024) privilegia o papel do legislador em uma democracia, deixa de lado os postulados de Alexy (2008) que relegam o papel da normatividade infraconstitucional como limitadoras dos direitos fundamentais. Além disso, tira essa tensão fictícia entre Estado e indivíduo, que resulta em uma sobrecarga política nos ombros do Judiciário. A proposta de uma *dogmática dos direitos fundamentais sociais adequada à Constituição brasileira* privilegia o texto normativo, ao entender que os direitos fundamentais na Constituição brasileira possuem uma alta densidade e foram positivados pelo constituinte. Assim, propor uma leitura principiológica à luz da teoria alexyana seria produzir uma abertura significativa muito grande em relação ao texto constitucional, abrindo espaço para ponderações.

Novamente, uma pergunta que pode ser reverberada é: adotando essa ideia de conformação dos direitos fundamentais sociais pelo legislador, o texto constitucional teria força apenas programática? Remontando à teoria de José Afonso da Silva (2016)? Miozzo (2024) responde que não, em razão da leitura do artigo 5, § 1º¹⁶ da Constituição e sua

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (Brasil, 1988).

explícita estipulação de aplicação imediata dos direitos fundamentais. Um exemplo claro são os direitos trabalhistas trazidos no artigo 7º, que podem servir de *defesa* contra violações nas relações empregatícias.

Outra pergunta que pode vir a surgir é: poderá o cidadão demandar diretamente o poder judiciário acerca de um direito fundamental social? Eles são subjetiváveis em ações judiciais individuais? O autor continua sua explanação ressaltando que o endereçado prioritário das disposições constitucionais é o Legislativo, que deverá traçar disposições infraconstitucionais para a atuação legal da Administração Pública. Essa, por sua vez, só poderá agir dentro da legalidade estabelecida pelo parlamento. “Falar-se em direitos à prestação fática pressupõe um dever de prestação fática, que só pode ter como endereçado imediato o poder Executivo, mais especificamente a Administração pública prestacional” (Miozzo, 2024, p. 247).

A conclusão do autor, norteado sempre em uma leitura responsável do texto constitucional, é que não há, em regra, a possibilidade de uma demanda ao poder judiciário invocando a prestação de direitos fundamentais sociais deduzíveis diretamente da Constituição, sem intermédio de lei. Salvo uma exceção, trazida nos parágrafos 1º e 2º do artigo 208 do texto constitucional¹⁷.

Por fim, a atuação dos magistrados na estipulação de políticas públicas demandadas, de forma direta, através do texto constitucional pode ser muito temerária. Tratar como princípios, em um sentido alexyano, os direitos fundamentais sociais além de importar em uma interpretação errônea do papel do Estado na concretização da Constituição, abre espaço para decisionismos e derrogações do Direito através de argumentos de moralidade.

Conclusões

A concessão de direitos fundamentais sociais pela via judicial é um dos grandes temas do constitucionalismo brasileiro: seja em virtude do desafio em torno da efetividade das suas normas, seja em face da construção de uma hermenêutica adequada a uma Constituição ampla, abrangente e especialmente ambiciosa quanto à transformação social que pretende proporcionar.

Esses fatores proporcionam um contexto que, se não justifica, contribui em grande medida para explicar a repercussão do ativismo judicial no direito brasileiro. Isso porque, creditar ao poder judiciário a responsabilidade de resolver essa equação é um caminho que pode fazer muito sentido à primeira vista. Ocorre que, passados mais de 35 anos da Constituição Federal de 1988, já é possível perceber um desgaste (se não um esgotamento) desse protagonismo da via judicial para a concretização de direitos sociais.

Nesse panorama, o trabalho enfrentou o tema a partir de um primeiro passo indispensável, que diz respeito ao estabelecimento de uma distinção entre o ativismo judicial

¹⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (Brasil, 1988).

e a judicialização da política para que seja possível estabelecer limites à atuação do Poder Judiciário.

Em seguida, o trabalho se voltou à questão hermenêutica em torno da concretização de direitos sociais, abordando a leitura de Robert Alexy dos direitos fundamentais (aplicados, segundo ele, por ponderação) de modo a analisar – com fundamento na Crítica Hermenêutica do Direito – os pontos de incompatibilidade da proposta alexyana com uma interpretação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

Por fim, a problemática converge para o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais. A partir de Pablo Miozzo (2024) o trabalho propõe um reposicionamento institucional do Judiciário. Assim, a via judicial, longe de ser abolida, precisa contemplar primeiramente uma verificação da normatividade constitucional, isso é: uma leitura atenta à normatividade constitucional que analise na situação concreta em que medida há pela Constituição a definição direitos subjetivos a prestações.

Além disso, esse reposicionamento do Judiciário passa por uma observação mais atenta dos papéis institucionais desempenhados pelo Poder Executivo e, especialmente, pelo Poder Legislativo no que tange à definição de direitos subjetivo a prestações sociais o que, implica, ao fim, uma discussão em torno do papel que o Judiciário na implementação de políticas públicas.

Tais aspectos, conforme foi discutido ao longo do trabalho, demonstram-se indispensáveis em uma leitura hermenêutica constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais sociais, de modo a conciliar a necessidade de sua efetivação para países de modernidade tardia com o enfrentamento das arbitrariedades representadas na defesa do ativismo e da discricionariedade judicial.

Bibliografia

- ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. 2013. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo, Thomson Reuters Brasil.
- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Assis Mendonça, Aachen. Revisão jurídica de Urbano Carvelli, Bonn. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Edição de junho de 2022.
- ALEX, R. 2008. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros.
- _____. 2011. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- AVELÁS-NUNES, A. J. 2011. *As voltas que o mundo dá: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- BRASIL. Constituição. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituico compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2014.
- DWORKIN, R. 2014. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3 ed. São Paulo, Martins Fontes.

- GARCÍA-PELAYO, M. 2009. *As transformações do estado contemporâneo*. Trad. de Agassiz Almeida Filho. 2 ed., Rio de Janeiro, Forense.
- MARSHALL, W. 2002. Conservative and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, **73**:101-140.
- MIOZZO, P. C. 2024. *Direitos fundamentais sociais sem princípios ou ponderações: bases para uma (re) construção dogmática*. São Paulo, Marcial Pons.
- MORAIS, J. B. 2011. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SALDANHA, J. M. L.; BECKER, C. I. 2010. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional. *Novos Estudos Jurídicos*, **15**:5-26.
- SILVA, J. A. 2016. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros.
- STRECK, L. L. 2001. Constituição ou barbárie?: a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito. *Revista Doutrina*, **12**:267-278.
- _____. 2011. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed., São Paulo, Saraiva.
- _____. 2012. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- _____. 2013. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- TEIXEIRA, A. V. 2012. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, **8**(1):37-58.
- VIANA, L. W. 1999. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan.

Submetido: 22/01/2025

Aceito: 03/12/2025