



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

PAULO HENRIQUE ARAÚJO DA SILVA

**O DIREITO À SAÚDE E A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS SOCIAIS NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988: Entre interpretação judicial, emendamento constitucional e
fatores constitutivos da sociedade brasileira**

Belém - Pará

2021

PAULO HENRIQUE ARAÚJO DA SILVA

**O DIREITO À SAÚDE E A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS SOCIAIS NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988:** Entre interpretação judicial, emendamento constitucional e
fatores constitutivos da sociedade brasileira

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área temática: Direito Constitucional

Linha de pesquisa: Constitucionalismo e Políticas Públicas

Orientador: Professor Doutor Breno Baía Magalhães

Belém – Pará

2021

PAULO HENRIQUE ARAÚJO DA SILVA

**O DIREITO À SAÚDE E A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS SOCIAIS NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988:** Entre interpretação judicial, emendamento constitucional e
fatores constitutivos da sociedade brasileira

Monografia submetida à Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Pará como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Doutor Breno Baía
Magalhães

Data da Defesa da Monografia: **19 de outubro de 2021**

Conceito Atribuído:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Breno Baía Magalhães

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará
Docente Orientador e Presidente da Banca Examinadora

Professor Doutor Ricardo Evandro Santos Martins

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará
Avaliador Interno da Banca Examinadora

Professora Doutora Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro

Faculdade de Filosofia da Universidade Federal do Pará
Avaliadora Externa da Banca Examinadora

A todas e todos que acreditam no poder transformador e emancipador do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Pará, pelos cinco anos que mudaram não só a minha vida, mas a realidade de toda a minha família. Entrei no ensino superior buscando apenas um diploma e saio dele com a noção que o fim do curso é muito mais que uma capacitação profissional: é um compromisso com a luta social pela redução das latentes desigualdades do nosso país e para com os valores democráticos. Para além da graduação, agradeço especialmente aos grupos de pesquisa Estudos Constitucionais Compartilhados e Filosofia Prática: Investigações em Política, Ética e Direito, que fomentaram espaços de discussão essenciais para a minha formação enquanto acadêmico e futuro pesquisador.

Ao Professor Breno Baía Magalhães, que me acompanha desde 2017, sou grato por ter inculcado em mim esse propósito maior e inspirador que é a docência. Se hoje sinto que essa é a minha vocação, é devido à convivência com o profissional e com a pessoa que és. Espero que essa monografia esteja no nível do que eu carinhosamente chamo de Escola Breno Baía de Direito Constitucional e que nossos caminhos ainda se cruzem por muito mais tempo.

Ao Professor Ricardo Evandro Martins, que foi o professor da primeira aula que vi na faculdade, eu agradeço por ter sido o docente que sempre me motivou mesmo quando eu não acreditava que eu era capaz. És para mim muito mais que uma referência acadêmica e aprendo bastante com as nossas discussões filosóficas e mesmo com as conversas triviais. Tua atenção para com os teus orientandos é ímpar e isso te faz um professor distinto.

À Professora Loiane Prado Verbicaro, ganhamos um prêmio juntos e isso é definitivamente algo que jamais vou esquecer. Os nossos dois anos de Iniciação Científica foram anos de intensa produção e de muito aprendizado. Nunca havia me sentido tão desafiado e inspirado como nesse período ao teu lado e tudo o que conseguimos me fez acreditar que posso ainda mais. Aprimorei muito não só minha escrita, como também aprendi que ser professor não é só ser competente, mas também é ser empático e afetuoso.

Aos Professores Aleph Amin, Sumaya Morhy e Lóris Rocha, por mais que eu nunca fosse o aluno mais dedicado nas áreas que escapassem do meu interesse, a competência e o esforço de vocês em fornecer a melhor das aulas e todos os momentos de descontração são pontos que marcaram a minha graduação e que aliviaram o peso do curso.

Às amigas Camila Nobre e Roberta Reis, somos prova de que, em alguns casos, amizades do convênio podem sim ser mantidas e ficarem ainda mais fortes. Estivemos presentes nas felicidades, tristezas e fofocas uns dos outros desde então e sempre vou torcer muito pela felicidade de vocês. Obrigado por sempre me apoiarem.

Aos amigos Alina Ribeiro, Carla Plátilha, Danielle Petroli, Estêvão Fragallo, Gabriela Gouveia, Guilherme Castilho, Hannah Farias, Joanna Pessôa, João Victor Couto, Luiz Filipe Lima, Maressa Freitas, Moacyr Junior, Natallia Pinheiro, Nilton Chagas, Pedro Pontes e Phylippe Pimentel, com vocês compartilhei fofocas, projetos, viagens, trabalhos em grupo no mínimo questionáveis e outras experiências que marcam a experiência única que é integrar a Faculdade de Direito da UFPA. Levarei comigo para sempre o que aprendi com cada um.

Aos amigos Carolini Dellavalle, Giovanna Faciola, João Gabriel Soares, Nilton Noronha e Valeska Ferreira, vocês são as minhas maiores inspirações da pós-graduação. A partir de vocês, acredito que a próxima geração de pesquisadores e docentes que vem aí é muito forte e espero muito poder acompanhá-los nessa jornada. Mas não só isso: sabemos que o meio acadêmico pode ser por muitas vezes ser um ambiente competitivo e tóxico. Em vocês, tive um refúgio para falar todas as minhas inseguranças acadêmicas, debater novos temas de pesquisa e comemorar vitórias de modo honesto e amigável. Isso não tem preço.

Ao chefe e também amigo Stanley Botti, sou primeiramente grato pela experiência de estágio que desenvolveu em mim uma capacidade profissional que eu nem sabia que tinha. Foste um mentor atencioso e muito preocupado com o meu aprendizado durante todo o processo. Mais importante que isso, aprendi contigo a ser íntegro e busco levar isso para aspectos da minha vida que vão para muito além da profissão.

À Dafne Fernandez, um outro lindo achado que tive no estágio, é um privilégio poder te ter em minha vida. Nossas energias convergiram desde o início e isso virou uma amizade de apoio mútuo e contínuo. Tua competência, parcimônia e, sobretudo, a tua autenticidade são pontos que me fazem aprender contigo a cada conversa que temos.

Aos meus familiares Armando Jorge, Beatriz, Liége, Lúcia e Lucilene, por mais que em muitos momentos vocês não entendessem o quanto esse curso significou para mim, vocês sempre estiveram lá me apoiando de alguma forma. Essa conquista acaba sendo também de toda a nossa família. Em especial, dedico esse trabalho a Pedro Hamilton, meu irmão, aquele que sempre comemorou minhas vitórias mesmo com as suas muitas ressalvas às Humanidades.

Por fim, minha gratidão eterna à Francisca de Lima Araújo da Silva, minha mãe, meu anjo da guarda, meu suporte e em muito a minha razão de vida. Entrei no curso com a missão de fazer o ensino superior que nunca pudeste fazer e saio dele com uma acadêmica que compartilha comigo o amor pela Filosofia. Sua capacidade sempre esteve para muito além do que o termo “mãe” pode designar. Quem sou hoje é um reflexo de quem és e nossa conexão é para essa e outras vidas, um amor que vai para muito além dessas linhas. Que alegria em te ter como minha parceira de vida.

“A verdadeira violência, a violência que percebi que era indesculpável, é a violência que fazemos com nós mesmos, quando temos medo de ser quem realmente somos”

(Nomi Marks, 2015)

RESUMO

A presente monografia busca investigar de que modo o fenômeno da judicialização da saúde, em que padrões de interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal que colocam em xeque a própria natureza social deste direito, faz ressoar questões envolvendo as dificuldades de implementação dos Direitos Sociais no Brasil. Ambos os pontos refletem um problema sintomático da Constituição de 1988 em servir de efetivo instrumento para as demandas sociais dada a interferência de fatores econômicos, jurídicos e históricos que comprometem a realização desses direitos, questão de consequências para além das demandas levadas ao Poder Judiciário, sendo percebidas também nas muitas e constantes reformas constitucionais pelo Poder Legislativo, atuações que, juntas, resultam na restrição material, na forma da interpretação da Constituição, e formal, na forma do emendamento constitucional de vários dos Direitos Sociais consagrados no pacto constituinte. Considerando fatores jurídicos, filosóficos e políticos, a pesquisa investiga esse complexo panorama discrepância entre o que a Constituição de 1988 pactuou em seu texto e o que é efetivamente protegido, por meio de uma abordagem bibliográfica de caráter qualitativo que tenta escapar do mero estudo empírico ou então do estudo jurídico tipicamente descritivo e rigidamente normativista. Para a compreensão da complexa problemática envolvendo a eficácia dos Direitos Sociais no Brasil, um estudo interdisciplinar deve ser realizado, considerando não só pesquisas teóricas e empíricas sobre o tema no âmbito do Direito Constitucional, como também de estudos em Filosofia Política e Ciência Política.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Supremo Tribunal Federal. Emendamento Constitucional. Direitos Sociais. Efetividade constitucional.

ABSTRACT

This monograph seeks to investigate how the phenomenon of the judicialization of health, in which standards of interpretation by the Supreme Court that call into question the very social nature of this right, raises questions involving the difficulties of implementing Social Rights in Brazil. Both points reflect a symptomatic problem of the 1988 Constitution in serving as an effective instrument for social demands given the interference of economic, legal and historical factors that compromise the realization of these rights, a matter of consequences beyond the demands brought to the Judiciary, being also perceived in the many and constant constitutional reforms by the Legislative Power, actions that, together, result in material restriction, in the form of interpretation of the Constitution, and formal restriction, in the form of constitutional amendment of several of the Social Rights enshrined in the constituent pact. Considering legal, philosophical and political factors, the research investigates this complex discrepancy between what the 1988 Constitution agreed in its text and what is effectively protected, through a bibliographical approach of a qualitative nature that tries to escape from mere empirical study or then from the typically descriptive and rigidly normative legal study. In order to understand the complex issue involving the effectiveness of Social Rights in Brazil, an interdisciplinary study must be carried out, considering not only theoretical and empirical research on the subject within the scope of Constitutional Law, but also studies in Political Philosophy and Political Science.

Keywords: Health Judicialization. Supreme Federal Court. Constitutional Amendment. Social rights. Constitutional effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PARA ALÉM DA PRETENSA NEUTRALIDADE DO DIREITO.....	15
1.1 DIREITO À SAÚDE OU DIREITO À VIDA? A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	16
1.2 A POSSIBILIDADE DE RELEITURA DA NATUREZA DA NORMA CONSTITUCIONAL: A JURISTOCRACIA COMO PRETENSA MUTAÇÃO.....	21
1.3 O SOCIAL NÃO SÓ NO DIREITO, MAS TAMBÉM NA REALIDADE: A NECESSIDADE DE UM PANORAMA INTERDISCIPLINAR SOBRE A SAÚDE E OS DIREITOS SOCIAIS COMO UM TODO.....	24
2 OS DIREITOS SOCIAIS EM PLANO TEÓRICO E O CASO BRASILEIRO.....	27
2.1 OS DIREITOS SOCIAIS EM UM BRASIL DE CIDADANIA FRAGILIZADA: UM BREVE HISTÓRICO.....	27
2.2 OS DIREITOS SOCIAIS ENTRE PARADOXOS DE CONSTRUÇÃO E EFETIVIDADE.....	33
2.3 OS DIREITOS SOCIAIS PRECISAM SER CUMPRIDOS? A DOCTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE E O CONCEITO DE NORMA PROGRAMÁTICA.....	38
3 A CONSTITUINTE DE 1988 AINDA EXISTE? UM REALINHAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROMESSAS NEOLIBERAIS.....	41
3.1 AS CARACTERÍSTICAS DO EMENDAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: FRUSTRAÇÕES COM O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE?.....	41
3.2 AS REIVINDICAÇÕES DO MERCADO GLOBAL E O REALINHAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: POR UM NOVO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE.....	45
3.3 A QUEBRA DO PACTO PELA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES: UMA ANÁLISE DO EMENDAMENTO.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

Um Estado e uma Constituição ordenados não apenas para a garantia dos direitos individuais em uma perspectiva de não interferência, mas também voltado a obrigações positivas de organização, atuação e estabilidade econômicas, além da incorporação, em nível constitucional, da necessidade de atuação estatal em demandas de grupos sociais inteiros, não apenas de indivíduos: essas são as principais ideias do Constitucionalismo Social, que tem nas Constituições Mexicana (1917), Soviética (1918) e de Weimar (1919) seus primeiros e importantes expoentes (CHUEIRI; et al, 2021, p. 109-113)¹.

No Brasil, o Constitucionalismo Social trouxe a figura dos Direitos Sociais às Cartas Magnas a partir do texto de 1934, mesmo que ainda restrita apenas aos avanços na proteção dos direitos dos trabalhadores. Ademais, a Constituição promulgada no governo de Getúlio Vargas continha várias disposições que possibilitavam a atuação do Estado na economia e o condicionamento da liberdade econômica aos princípios de justiça social do texto constitucional (SILVA, 2021, p. 70-72).

Em 1988, o oitavo texto constitucional brasileiro (e apenas o terceiro promulgado pelo país) passa a vigorar, ampliando a ideia de Direitos Sociais pela influência do Constitucionalismo Latino-Americano, que, ao diagnosticar um movimento constitucional brasileiro construído essencialmente nas experiências estadunidense e europeia, assim como o conseqüentemente apagamento físico e simbólico das chamadas identidades divergentes, insurge-se na forma de movimentos sociais e decisões judiciais que afirmam a plurinacionalidade do Estado e a necessidade de superação das desigualdades (CHUEIRI; et al, 2021, p. 129-130).

Desse modo, a Constituição não deve apenas afirmar a ordem estatal e o respeito a determinados direitos, como também possuir um caráter transformador, possibilitando a participação efetiva dos grupos à margem da institucionalidade democrática, exclusão essa que possui conotações não só econômicas, como também sociais, raciais e de gênero.

A partir da Constituição de 1988, os Direitos Sociais materializaram o compromisso do Estado brasileiro de transformação social para fins de mitigação da desigualdade social latente do país. Os meios para promover a igualdade buscada nos objetivos da República Federativa

¹ A Constituição Mexicana deu caráter de fundamentalidade aos direitos trabalhistas, passou a regular a relação entre empregadores e empregados, além de incluir demandas de reforma agrária. A Constituição Soviética aboliu a propriedade privada e diferenciou os titulares de direitos conforme a sua classe social. Por fim, a Constituição de Weimar delimitou os termos da organização econômica do Estado alemão, além de constitucionalizar os direitos sociais enquanto atividades a serem prestadas pelo Estado.

do Brasil, vide art. 3º da Constituição, são encontrados em uma lista de direitos, em que, dentre eles, está incluído o direito à saúde, objeto da presente pesquisa (SILVA, 2021, p. 259-260).

Ao mesmo tempo em que a Carta Magna de 1988 estabelece a mais ampla gama de Direitos Sociais da história, a necessidade de que as garantias previstas no art. 6º da Constituição devam ser lidas conjuntamente com a Ordem Econômica e Financeira (Título VI) e a Ordem Social (Título VIII) da Carta faz com que esses direitos, efetivados progressivamente por meio da constante necessidade de produção legislativa e administrativa de regulamentação de políticas destinadas aos grupos vulneráveis, sejam manejados juridicamente por meio do balanço entre o mínimo existencial e a reserva do possível² (CHUEIRI; et al, 2021, p. 315-317).

No caso específico da saúde, a garantia é prevista de forma breve no artigo 6º da Constituição de 1988 e detalhado nos artigos 196 a 200 do mesmo documento como um direito de acesso universal e igualitário que deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas que objetivem sua promoção, proteção e recuperação, políticas essas que têm no Sistema Único de Saúde o seu maior expoente. Apesar do indiscutível avanço trazido pelo SUS, a falta de infraestrutura, as disparidades regionais e o subfinanciamento são os principais fatores que comprometem um atendimento de qualidade na esfera da saúde (SILVA, 2021, p. 265).

A previsão do direito à saúde no rol do art. 6º na condição de direito social implica em consequências importantíssimas para o ordenamento jurídico brasileiro. A principal delas é a de que, na condição de direito, a saúde, assim como todos os outros direitos sociais, pode ter o seu acesso demandado perante o Poder Judiciário (SILVA, 2021, p. 261).

Especificamente no caso do direito à saúde, a litigância envolvendo esse direito social, que atingiu a marca de 823 mil casos entre 2014 e 2019 (CNJ, 2019), enseja grandes debates acadêmicos acerca do papel e da eficácia da atuação do Poder Judiciário na efetivação desse direito. Por mais que a judicialização de direitos não seja um fenômeno essencialmente negativo em uma democracia, no âmbito do direito à saúde ela limita-se quase que exclusivamente à concessão individual de medicamentos³ e tratamentos médicos, afastando o Direito de debates mais amplos e próprios a um direito social, como as prioridades do SUS e seus problemas com

² O ministro Celso de Mello compreende que, nos casos envolvendo Direitos Sociais constitucionalmente previstas, a destinação governamental dos escassos recursos públicos, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, deve considerar o mínimo existencial, ou seja, as necessidades básicas e intrínsecas a uma vida digna. Simultaneamente, a reserva do possível, a ideia que afasta a responsabilidade estatal em sede de garantias sociais dada a ausência de recursos, por mais que possa ser reconhecida, não pode ser suscitada com vistas a frustrar ou inviabilizar as políticas públicas previstas na Constituição (BRASIL, 2011, p. 3-5).

³ Nesse período, apenas os pedidos envolvendo o fornecimento de medicamentos representaram exatamente 344.053 casos, ou seja, 41,7% de todas as novas demandas levadas ao Judiciário envolvendo a saúde (CNJ, 2019).

subdesempenho e desigualdades sociais persistentes na atenção básica, problemas sentidos sempre pelos mais pobres (FERRAZ, 2019a).

A adstrição de direitos, até mesmo os sociais a demandas estritamente individuais, demonstra um Brasil que ignora as mazelas sociais do país. Além disso, chama atenção para o fato de que os compromissos sociais da Carta de 1988 foram incorporados ao Direito de maneira fragilizada, em um cenário em que as políticas sociais são vistas como muito caras, limitando os serviços públicos a demandas individuais e reduzindo a atuação social do Estado brasileiro ao pauperismo, ou seja, não como uma política de busca por igualdade material, mas sim em pequenas esmolas concedidas aos mais miseráveis (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 77-84). Assim, ao mesmo tempo em que houve a ampliação das liberdades políticas, não se realizou efetivamente a promessa constitucional de uma distribuição substancial do poder econômico, o que terminou por manter a hegemonia do capital e dos privilégios de elite.

Estabelecido este complexo panorama, a presente pesquisa busca investigar de que modo o fenômeno da judicialização da saúde e o debate mais amplo envolvendo as dificuldades de implementação dos Direitos Sociais no Brasil refletem um problema sintomático da Constituição de 1988 em servir de efetivo instrumento para as demandas sociais dada a interferência de fatores econômicos, jurídicos e históricos que comprometem a realização desses direitos, questão de consequências para além das demandas levadas ao Poder Judiciário, sendo percebidas também nas muitas e constantes reformas constitucionais pelo Poder Legislativo, atuações que, juntas, resultam na restrição material de vários dos Direitos Sociais consagrados no pacto constituinte.

Considerando fatores jurídicos, filosóficos e políticos, este trabalho coaduna com a necessidade apontada por Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 99-100) de que pesquisas que tratem de Direito Constitucional no Brasil devam concentrar os seus estudos na discrepância entre o que a Constituição de 1988 pactuou em seu texto e o que é efetivamente protegido, uma vez que a longa lista de Direitos Fundamentais coexistem com constantes e gritantes violações dessas mesmas garantias causadas por omissões e até mesmo ações estatais, marcadas por disparidades de gênero, raça e classe e motivadas por interesses de ganho econômico que fogem por completo do escopo democrático.

Propõe-se, assim, uma abordagem bibliográfica de caráter qualitativo que escape do mero estudo empírico ou então do estudo jurídico tipicamente descritivo e rigidamente normativista. Para a compreensão da complexa problemática envolvendo a eficácia dos Direitos Sociais no Brasil, um estudo interdisciplinar deve ser realizado, considerando não só pesquisas

teóricas e empíricas sobre o tema no âmbito do Direito Constitucional, como também de estudos em Filosofia Política e Ciência Política.

Nesse diapasão, o primeiro capítulo analisará particularmente a judicialização à saúde no Brasil, apontando padrões de interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal que colocam em xeque a própria natureza social deste direito a partir do conceito de juristocracia, além de analisar os dados de proeminentes pesquisas empíricas acerca da questão judicial envolvendo a saúde nas instâncias inferiores. Nesta parte da pesquisa, como forma de ir além dos diagnósticos jurídicos acerca do direito à saúde, serão utilizados também textos que compreendam esta demanda social de maneira interdisciplinar, abrindo a discussão a debates para além da esfera jurídica.

A segunda parte do trabalho privilegiará os fatores histórico-filosóficos pertinentes à efetivação de demandas sociais. Historicamente falando, serão estudados os aspectos que fragilizaram a construção da cidadania no Brasil e como esse problema ressoa na própria percepção dos direitos pelos brasileiros. Essa discussão será complementada pela análise filosófica acerca da construção essencialmente liberal da estrutura de direitos e como isso reflete em uma dificuldade do ordenamento jurídico, em regra, de dar efetividade plena a direitos construídos com base em demandas sociais.

Por fim, o terceiro capítulo considera que a questão de efetividade dos Direitos Sociais, para ser compreendida de fato, deve ir para além do debate filosófico envolvendo a construção dos direitos, em plano teórico, e do ponto jurídico do questionamento das demandas sociais nos Tribunais, em âmbito prático. Por mais que uma gama de problemas já possam ser identificadas por esses dois fatores, a particularidade do caso brasileiro faz necessária a análise de um terceiro fator, este essencialmente político: o emendamento constitucional.

Nesse aspecto, será discutida a capacidade de fatores externos ao debate da constituinte, como a própria globalização e as reivindicações de mercado tão caras ao neoliberalismo, de redirecionarem e até de alterarem os compromissos consagrados no pacto constituinte, resultando em uma Constituição que, após tantas alterações, encontra-se fragilizada demais para cumprir a sua promessa pela redução das desigualdades que marcam a sociedade brasileira.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PARA ALÉM DA PRETENSA NEUTRALIDADE DO DIREITO

A judicialização da saúde pode ser compreendida como o conjunto de ações judiciais envolvendo a concessão de medicamentos, tratamentos e outros benefícios de saúde pública contra o Estado com fundamento no direito à saúde reconhecido pela Constituição da República (FERRAZ, 2019b, p. 2).

Desde a década de 1990, as discussões em âmbito teórico apontam para a aplicabilidade direta do direito à saúde, bem como a sua justiciabilidade na forma das ações individuais (ACCA, 2009, p. 90-92), ideias que foram incorporadas pelo Judiciário brasileiro, que tende a deferir indiscriminadamente, especialmente por meio de liminares e cautelares, as demandas individuais envolvendo à saúde com base apenas na prescrição médica, sem analisar se o pedido foi motivado por falha na prestação estatal ou não (MAGALHÃES; FERREIRA, 2017).

Esse cenário resulta em uma média de 170 mil novas ações contra o Estado (considerando União, Estados e Municípios) na área de saúde pública a cada ano, gerando um custo estimado de R\$ 7 bilhões, sendo que 90% de todos esses casos limitam-se ao fornecimento de medicamentos e de tratamento médico-hospitalar, além de que 75% desse montante é gasto para atender apenas 7,2% das demandas judicializadas. Além disso, a judicialização da saúde possui uma faceta geográfica, de modo que a litigância *per capita* alcança 178 ações a cada 100 mil habitantes na região Sudeste e 103 ações por 100 mil habitantes na região Sul, contrastando com as 40 ações por 100 mil habitantes da Região Nordeste e 26 ações por 100 mil habitantes da Região Norte, refletindo assim históricas desigualdades regionais brasileiras e inferindo que a concessão, por mais que seja indiscriminada, contempla apenas aqueles com condições socioeconômicas de acessar o Judiciário brasileiro⁴ (FERRAZ, 2019b, p. 5-7).

Em síntese, consolidou-se, pela ausência de quaisquer critérios, uma judicialização excessiva com um perfil deferente, desregrado e individualizado (BARROSO, 2008, p. 875-877) que ignora as diretrizes da ANVISA e do SUS e compromete a sustentabilidade de todo o sistema, em vez da correta interpretação de que o direito à saúde, na qualidade de direito e de seguro social, deve ser lido como uma prestação de acesso universal e igualitário, ou seja, como

⁴ Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 7-11) mostra que a judicialização prioriza aqueles que nunca utilizaram o SUS (60%), é baseada em prescrições de médicos particulares (60%) e é peticionada por advogados privados (61%). Ademais, não apenas a judicialização, mas a prestação do direito à saúde em si perpetua uma discriminação institucional, de modo que os efeitos da ausência de políticas públicas serão sentidos com maior intensidade por aqueles que são vítimas dos recortes de classe, raça, gênero e sexo que marcam a construção da sociedade brasileira, evidenciando que mesmo condições biológicas, como doenças e a recente pandemia, serão atravessadas pela dimensão ideológica-cultural do pensamento dominante (BACHA E SILVA; BAHIA, 2021, p. 854).

um direito de todos a acessarem um mesmo conjunto limitado de ações e serviços (FERRAZ, 2019b, p. 32; MAGALHÃES; FERREIRA, 2017).

Essa postura, como será visto a seguir, foi corroborada por um Supremo Tribunal Federal que, por mais que tenha elaborado critérios que apontam para um Estado que não é obrigado a atender todas as pretensões judiciais envolvendo direito sanitário, corroborou e influenciou diretamente na postura deferente das instâncias inferiores.

1.1 DIREITO À SAÚDE OU DIREITO À VIDA? A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O marco inicial de uma interpretação altamente deferente por parte do Supremo Tribunal Federal é a PET 1.246/SC, ação contra o Estado de Santa Catarina referente ao tratamento de transplante de células mioblásticas para a síndrome de Duchene, que causa distrofia muscular. Na oportunidade, o ministro Celso de Mello, o relator do julgado, determinou que o direito à saúde, além de sua natureza universal (inerente a um Direito Social), apresenta “consequência constitucional indissociável do direito à vida” (BRASIL, 1997, p. 3).

Além disso, o relator identifica que nos casos envolvendo a concessão de tratamentos médicos aos particulares, trata-se em verdade de um conflito entre a inviolabilidade e a inalienabilidade do direito à vida, assegurada pelo art. 5º da Constituição, e um interesse financeiro e secundário do Estado. Nessa disputa, razões éticas e jurídicas fazem com que a prerrogativa do “respeito indeclinável à vida” sempre prevaleça (BRASIL, 1997, p. 6-8).

Reconhece-se o mérito desse entendimento jurisprudencial em superar o direito à saúde e os Direitos Sociais como normas de eficácia programática, ou seja, garantias que só teriam aplicabilidade após a edição de lei ordinária (MAGALHÃES, 2021, p. 2), decisão que foi corroborada nos anos que sucederam a ação em vários dos casos envolvendo a concessão de tratamentos para a AIDS⁵.

Entretanto, a interpretação feita pela Suprema Corte brasileira foi para superar o caráter programático do direito à saúde consistiu em utilizar-se do direito à vida para afastar discussões referentes à limitação de recursos típicas de Direitos Sociais Assim, o direito à saúde seria interpretado como uma concessão de um tratamento a um particular, sem quaisquer dimensões de demandas sociais, superando não só a limitação de recursos, mas qualquer outra razão

⁵ Sobre o tema, verificar os seguintes julgados: RE 271.286 e os AGs 232.469, 236.644, 238.328 e 273.042.

suscitada pelo Estado para negar o tratamento, tais como a falta de evidências científicas do tratamento e a falta de aprovação regulatória (FERRAZ, 2019b, p. 10).

Desde então, consolidou-se o entendimento de que a prescrição médica se configura como o único documento necessário para comprovar a necessidade do tratamento requerido, de modo que as instâncias inferiores compreendem que o posicionamento do Supremo indica que não cabe ao Poder Judiciário questionar se o tratamento deve ou não ser adequado, o que resulta em total ausência de critérios a serem avaliados no momento da concessão judicial dos medicamentos (BRASIL, 2009, p. 2).

Poucos anos depois, em 2000, o RE 271.286 reconheceu novamente a dimensão individual do direito à saúde. Porém, por também ser um direito que deve ser garantido a todos, os ministros consideraram que a saúde não poderia ser lida como uma garantia absoluta a todo e qualquer tipo de tratamento, apresentando os primeiros sinais de que a Corte poderia estar fazendo ressalvas ao posicionamento tomado anteriormente (BRASIL, 2000, p. 11-13).

Em 2010, a Corte julgou a STA 175, oportunidade em que o Ministro Gilmar Mendes suscitou novamente a dupla natureza, individual e coletiva, do direito à saúde. Entretanto, reconheceu que a atuação do Poder Judiciário na natureza coletiva do direito implicaria em possíveis conflitos envolvendo a separação de poderes. Desse modo, a atuação judicial deveria restringir-se aos casos concretos, ou seja, às demandas individuais, deixando de lado a solução de problemas estruturais (BRASIL, 2010, p. 5-8).

Acerca das demandas individuais, a STA 175 avançou na fixação de parâmetros expressos que deveriam ser observados pelo Poder Judiciário na concessão individual de tratamentos, tais como: a existência de política pública ou de protocolo do SUS que abarque a prestação de saúde requerida, se a não prestação decorre de omissão legislativa, administrativa ou mesmo de vedação legal, se os medicamentos e tratamentos são experimentais e se os tratamentos são fornecidos pela rede particular de saúde (BRASIL, 2010, p. 24-28).

Mesmo com a formulação de alguns critérios, o Supremo manteve sua postura de privilegiar a natureza individual do direito à saúde, criada em sua própria interpretação acerca desta garantia constitucional. Desse modo, por mais que os critérios definidos apontem para o fato de que o Estado não é um prestador universal da saúde, mantém-se a postura de que o direito à saúde deve ser concretizado desconsiderando os impactos orçamentários da demanda, situação que ainda coloca em xeque a natureza social do direito, ao ignorar a sustentabilidade do sistema público de saúde e o custo-efetividade do fármaco⁶ (MAGALHÃES, 2021, p. 13).

⁶ A sustentabilidade considera que nenhum país possui recursos suficientes para oferecer a toda a população todos os tratamentos aprovados por estudos clínicos. Por outro lado, o custo-efetividade considera que todo sistema de

Ademais, a ineficiência dos poucos argumentos construídos pelo Supremo na STA 175 foi comprovada no RE 566.471⁷, que debateu a possibilidade de o Estado ser obrigado a prover medicamento de alto custo a pacientes sem condições financeiras para tanto, questão já suscitada no julgado de 2010. Realocando a chamada dimensão objetiva do direito à saúde para o campo das políticas públicas, o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, sustenta que a concessão individual pode ser feita uma vez reconhecida a imprescindibilidade do medicamento (a ausência de substituto terapêutico que promova uma condição de existência digna) e a incapacidade financeira de aquisição por parte do requerente (BRASIL, 2020).

Entretanto, a inconsistência dos ministros em determinar um parâmetro objetivo de análise desses dois requisitos, aliada à ausência de enfrentamento do obstáculo acerca no alto deferimento de tratamentos via medida cautelar, faz com que esse Recurso Extraordinário tenda a apresentar uma base pouco sólida para a tomada de decisões posteriores, além de que, na divergência quanto aos requisitos, mantém-se a postura original de que todas as necessidades farmacêuticas, uma vez convertidas em demandas individuais, podem ser concedidas e, conseqüentemente, custeadas pelo Estado, de modo que o reconhecimento da excepcionalidade da concessão pouco interfere na prática judicial deferente (MAGALHÃES, 2021, p. 19).

Esse mesmo ponto foi percebido no julgamento, em 2019, do RE 657.718, que debateu novamente questões já discutidas no STA 175 ao abordar a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA. Na oportunidade, foi determinado que o Estado não deve ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais (que ainda não passaram pelos testes clínicos), além de que os medicamentos sem registro na ANVISA (já com prévia aprovação clínica, mas sem manifestação da agência reguladora brasileira) podem ser concedidos em caráter excepcional, uma vez reconhecida a mora irrazoável da ANVISA (BRASIL, 2019, p. 12-17).

Entretanto, ao se analisar o impacto efetivo dos requisitos estabelecidos neste Recurso Extraordinário nos casos posteriores levados ao STF, evidenciou-se que nos casos que em que a Corte negou a concessão do tratamento, o fez utilizando-se de requisitos processuais,

saúde deve escolher quais os medicamentos e os tratamentos que vai oferecer dentre as várias possibilidades disponíveis no mercado com seu orçamento necessariamente limitado. No Brasil, a análise desses requisitos é feita pelo Ministério da Saúde, com o auxílio da Comissão Nacional de Incorporação das Tecnologias (CONITEC), sem menosprezar a atuação do Poder Legislativo, que aprova o orçamento da saúde e estabelece os limites financeiros dentro do qual as escolhas serão realizadas (FERRAZ, 2019b. p. 13).

⁷ Para Breno Baía Magalhães (2021, p. 18), a necessidade de tornar a julgar a mesma matéria em um curto espaço de tempo, tal como ocorreu na STA 175 e no RE 566.471, se dá por três principais motivos: incerteza quanto aos parâmetros fixados, dada a ausência de debate profundo acerca dos requisitos definidos à época por Gilmar Mendes, peso relativo do voto do relator, de modo que o voto de Gilmar Mendes em 2010 representou apenas a faceta personalista do procedimento de tomada de decisão do STF, não a opinião da Corte de fato sobre o tema e, por fim, o tipo e a natureza do precedente, uma vez que apenas o julgado mais recente, um Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, teria efeitos vinculantes.

enquanto que nos casos em que concedeu a demanda do requerente, retomou-se a mesma argumentação da inafastabilidade do direito à saúde (SILVA; MAGALHÃES, 2021, p. 14-15).

A inaplicabilidade dos requisitos da Corte definidos nos julgados previamente citados pode ser percebido em vários outros julgados ao longo dos anos⁸, além das decisões mais recentes, como a Suspensão de Tutela Antecipada 803, julgada em 19 de julho de 2021, que determinou que a União fornecesse medicamento com base em prescrição médica por considerar, nas palavras do Ministro Luiz Fux, que a consagração do direito à saúde como um dever do Estado envolve propiciar aos mais necessitados tratamentos eficazes, de modo que, na complexa ponderação entre argumentos de ordem financeira e a concretização do direito à saúde, prevalecerá a vida sobre demandas administrativo-econômicas (BRASIL, 2021).

Analisando-se os principais julgados do Supremo quanto ao direito à saúde, evidencia-se que o esforço pela ampliação da concessão de tratamentos de saúde não foi de todo positivo, uma vez que resultou na individualização de demandas sociais, que evita o enfrentamento apropriado do conceito de norma programática pela concessão pontual de determinado direito ao particular, ignorando, assim, as questões estruturais envolvendo a eficácia dos Direitos Sociais previstos constitucionalmente.

Em verdade, consolidou-se uma jurisprudência altamente deferente⁹ que ignora que a sustentabilidade, a equidade e até mesmo a segurança de um sistema público de saúde têm por premissa básica a limitação dos tratamentos ofertados ao público. Construiu-se uma postura judicial que não aplica requisitos consolidados aos casos envolvendo saúde é imprudente ao não desconsiderar as necessárias verificações de segurança e eficácia dos medicamentos; é insustentável ao descartar a priorização feita pelo Ministério da Saúde que considera custo-efetividade e impacto orçamento na definição dos tratamentos utilizado; e, por fim, é iníqua ao ser restrita apenas àqueles que tem acesso ao Judiciário, situação fortemente marcada pela condição socioeconômica do demandante¹⁰ (FERRAZ, 2019b, p. 11-14).

⁸ O STF ignorou as próprias disposições reiteradamente ao deferir tratamentos não fornecidos pelo SUS solicitados por médicos particulares (STA 790, SS 4972, SL 710, ARE 977190) e para procedimentos que, além de não fornecidos pelos SUS, ainda não possuíam registro na ANVISA (SS 4316, SS 4304, SL 815-AgR, STA 790), considerando que a lista do SUS e o registro na ANVISA não são suficientes para impedir o fornecimento de tratamento em caso concreto (MAGALHÃES, 2021, p. 12), atribuindo caráter material de excepcionalidade não à concessão, mas à limitação feita pelos requisitos da Corte.

⁹ Suscitando argumentos bastante semelhantes, Octávio Ferraz (2019b) chama essa postura de “jurisprudência do direito à tudo”, enquanto Breno Baía Magalhães (2021) a intitula de “supremocare”.

¹⁰ Apesar deste ser um ponto bastante suscitado nas pesquisas de Octávio Ferraz e de autores como Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wang, Breno Baía Magalhães (2021, p. 8), ao reunir várias pesquisas empíricas feitas sobre a judicialização da saúde nos estados brasileiros, conclui que existem algumas falhas nos argumentos da elitização: a impossibilidade de aferir de forma segura as condições socioeconômicas dos litigantes pelas informações dispostas nos processos judiciais, o fato de que a contratação de advogados particulares é um argumento deficitário em um país em que a Defensoria Pública está presente somente em menos de 1/3 das comarcas brasileiras, a

Ao mesmo tempo em que se vislumbra alguns poucos esforços da Corte por uma racionalidade da atuação judicial neste tema, a realidade mostra que 1) está sendo debatido não mais o Sistema Único de Saúde, mas sim os poucos casos em que a garantia do direito à saúde, amplamente assegurada não pela Carta Magna, nem por políticas públicas, nem por leis ordinárias, mas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, não será concedida e 2) a natureza de direito à saúde dada pela própria Constituição Federal foi subvertida em prol da caracterização feita pela própria Corte de que a saúde, além de garantia individual e inalienável, baseia-se no conjunto de pleno bem-estar e manutenção biológica da vida¹¹ (MAGALHÃES, 2021, p. 20).

Ao partir de um entendimento que considera a saúde como mero conflito entre a vida e os interesses financeiros do Estado, o Supremo restringe as discussões sociais de um direito a meras tecnicidades orçamentárias e torna impossível elaborar qualquer argumento que se oponha ao direito à vida, em uma postura de defesa do indivíduo que ignora as políticas públicas e os recursos financeiros necessários à sua implementação, de modo que não se pode pensar em racionamento ou limitação de gastos envolvendo a vida e a saúde, pois as finanças podem ser sacrificadas em prol do bem-estar e da sobrevivência do indivíduo, reforçando que, por mais que o STF reconheça um viés coletivo do direito à saúde, o viés individual da garantia sempre sobressairá na análise judicial em embates envolvendo as limitações suscitadas pelo Estado, pela ANVISA e pelo SUS (FERRAZ, 2011, p. 1658-1660; MAGALHÃES, 2021, p. 27).

As consequências desse entendimento podem ser percebidas em todo o Judiciário brasileiro, de modo que as ações individuais, além de apresentarem alto grau de sucesso pela postura deferente encabeçada pela Alta Corte do país, representam a maioria dos casos envolvendo a saúde, atingindo marcas de 85% dos casos, ao mesmo tempo em que as demandas coletivas, além de poucas, restarem-se infrutíferas. Isso é resultado do fato de que nas demandas coletivas, a garantia igualitária de um direito social enfrentaria temas institucionais e econômicos como a interferência do Judiciário em políticas públicas e viabilidade orçamentária sempre serão levantados, enquanto que, nas ações individuais, esses argumentos não seriam razoavelmente considerados quando colocados como opostos a medidas necessárias à proteção

capacidade de pagar um médico particular é questionável dados os valores exorbitantes dos tratamentos que alcançam cifras milionárias, além de que parcela considerável dos requerimentos engloba prestações básicas já incorporadas ao SUS. Esses fatores, juntos, seriam capazes de questionar a tese da elitização sustentada neste trabalho, por mais que ainda valide os outros dois argumentos acerca da postura deferente do Supremo.

¹¹ Esse entendimento, construído no julgamento do RE 271.286, consolida o direito à saúde como prestação individual decorrente do direito à vida, de modo que a própria doutrina se utiliza desse julgado para sustentar que o direito à vida inclui também o “dever positivo de fornecer medicamentos indispensáveis à sobrevivência do doente”, reforçando o seu caráter qualificado de proteger também a vida digna. Nesses casos, como a vida é um valor central do ordenamento jurídico e pressuposto fundamental dos direitos fundamentais, medidas radicais e imediatas são necessárias para a sua proteção (MENDES; GONET BRANCO, 2018, p. 265).

da vida, uma garantia fundamental preponderante no ordenamento brasileiro (MAGALHÃES, 2021, p. 4-5; WANG; FERRAZ, 2014, p. 173; HOFFMAN; BENTES, 2008, p. 117-126).

Não se busca, com os argumentos apresentados, considerar as demandas individuais sobre saúde apenas como uma forma de judicialização ruim¹², mas como um questionamento judicial que, dada a sua forma pontual, mostra-se incapaz de lidar com a inadequada implementação de políticas públicas, o fornecimento deficitário e regionalmente desigual de medicamentos e serviços e outros problemas estruturais da saúde que motivam a grande maioria desses requerentes, questões essas que as ações individuais, concedidas liminarmente e que ignoram os tratamentos já existentes no SUS, em nada solucionam e que a atuação efetiva do Poder Judiciário só ocorreria na forma de ações coletivas (SILVA, 2008, p. 591-593).

Em síntese, evidencia-se que, na busca por conferir efetividade e força jurídica ao direito à saúde em um país que tende a ver os Direitos Sociais como normas de eficácia programática, o Supremo Tribunal Federal forneceu a rápida resposta de converter a saúde em uma garantia individual, mudanças que vão para muito além da mera classificação. Cabe agora investigar como tão significativa alteração pode ser viabilizada.

1.2 A POSSIBILIDADE DE RELEITURA DA NATUREZA DA NORMA CONSTITUCIONAL: A JURISTOCRACIA COMO PRETENSÃO MUTAÇÃO

No universo jurídico, impera a ideia de que a judicialização é, principalmente, uma revolução de direitos, uma reação conjunta dos cidadãos e do Poder Judiciário às evidentes negligências estatais, fazendo com que as Cortes atuem apenas em prol de qualquer tentativa que frustre a eficácia de um direito. Esse argumento, utilizado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 271.286 AgR, colocou o Supremo Tribunal Federal como um órgão que administra a conformidade à Constituição, forçando o Estado, quando necessário, a respeitar os direitos fundamentais (BRASIL, 2000, p. 8-10).

Entretanto, esse respeito à Constituição, implicitamente, atribui à Suprema Corte brasileira um segundo papel: o de definir qual a natureza das garantias fundamentais para o posterior reconhecimento das violações, o que foi visto anteriormente no que tange à saúde.

¹² A ideia de judicialização ruim nos casos envolvendo a saúde foi construída por Octávio Ferraz (2019b, p. 8) como uma forma de definir as demandas individuais relativas à saúde como um impacto orçamentário que cria uma justiça distributiva às avessas pelo desejo de médicos, pacientes e de indústrias farmacêuticas de acessarem tratamentos não fornecidos pelo sistema à luz da segurança, da eficácia e da custo-efetividade da saúde pública. Em oposição a isso, a judicialização boa da saúde seria aquela que questionaria falhas administrativas, corrupção e omissão estatal em garantir saúde aos mais necessitados.

Essa possibilidade é construída pela própria natureza da Constituição brasileira de constitucionalizar políticas públicas e, conseqüentemente, converter-se em instrumento de governo em meio às relações entre os entes federativos e os Três Poderes coloca o STF como um ator que participa diretamente dessas políticas públicas não por uma atuação descabida, mas pela natureza constitucional dessas medidas (ARANTES, 2021, p. 301).

Fatores como a incerteza da Assembleia Constituinte em relação à conjuntura política futura, uma Constituição extensa e fácil de mudar, a ampliação dos agentes legitimados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as inovações da Repercussão Geral e do Efeito Vinculante trazidas pela EC 45/2004 e a criação da ADI, da ADO, da ADC e da ADPF, o STF pode ir muito além da função contramajoritária clássica de legislador negativo, assumindo lugar central no cenário político e social brasileiro, proferindo entendimentos não só sobre políticas públicas, como também sobre competição política, relações entre os poderes, combate à corrupção, além de que, em um país de emendamento permanente, a Corte que guarda a Constituição, seja na forma de decisões plenárias, turmárias ou até mesmo monocráticas, passa a ditar o Direito Constitucional com força cada vez maior (ARANTES, 2021, p. 316-320).

A constitucionalização de direitos e interesses associada à força das cortes constitucionais faz surgir o fenômeno da juristocracia¹³, que designa um domínio orquestrado por elites políticas, econômicas e judiciais empenhadas em assegurar sua hegemonia, preservar sua propriedade e outras garantias e prerrogativas, além de aumentar a sua influência em esfera nacional e internacional. Nesse cenário, a elevação de planos políticos e de uma ampla gama de direitos à esfera constitucional aliada à fortificação da revisão judicial, resulta em uma possibilidade de manutenção da hegemonia dessas elites alheia às oscilações inerentes da democracia (HIRSCHL, 2004, p. 43-49).

Assim, a ocupação pelo Poder Judiciário, que ocorre de forma progressiva desde 1988, de espaços e de narrativas políticas tem transformado a Constituição no que a **Suprema Corte** brasileira entende por norma constitucional, convertendo a supremacia da Carta Magna na predominância do Supremo Tribunal Federal, evidenciando que a disposição intervencionista do Poder Judiciário possui conotação política, percebendo e explicando a centralidade do STF nesse tema (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2018, p. 1780).

¹³ Oscar Vilhena Vieira (2008) utiliza-se desse conceito para chamar de “supremocracia” as alterações do desenho do Supremo Tribunal Federal com os demais poderes e com as instâncias inferiores do Judiciário. Além disso, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro (2018) utilizam-se das ideias de Ran Hirschl para desenvolver o conceito de “ministocracia” apontando para a ampliação da dimensão da atuação individual dos ministros, seja na relevância política da Corte, seja nos estudos sobre o comportamento decisório do Supremo.

A partir do conceito de juristocracia, salta a discussão acerca da possibilidade de mutação constitucional feita pelo Poder Judiciário. Sem enfrentar o custo normal e o curso demorado de emendamento pelo processo legislativo, a alteração constitucional é feita sem qualquer possibilidade de questionamento judicial quanto a sua validade, de modo que a prerrogativa constitucional de guarda da constitucionalidade é convertida em poder político sob a premissa, ocultando a mutação com o véu dos argumentos de que as disposições constitucionais necessitam de constante atualização, além da necessidade de alteração constitucional pelas demandas populares¹⁴ (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2018, p. 1784).

Para além da compatibilidade dessas alterações no que tange à alteração da natureza do direito à saúde, a judicialização da política, das políticas públicas e das relações sociais e a crença no Direito como um conjunto de normas, instituições e atores imparciais que conduzirão o país ao progresso resulta no deslocamento das decisões de natureza política, econômica e social do Executivo e do Legislativo, espaços democráticos, para o Judiciário. Na forma do Supremo Tribunal Federal, o poder de decisão sobre a agenda institucional do Brasil repousa em agentes públicos não submetidos ao controle político e social e que usam de argumentos como a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a proporcionalidade para proferirem decisões políticas e subjetivas, exacerbando o poder judicial, alterando a natureza e viabilizando retrocessos de direitos (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2018, p. 1778-1779).

A partir da juristocracia, ou seja, da alteração da interpretação e, conseqüentemente, da aplicação prática da norma, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se do posto de guardião da Constituição para ganho político, reduzindo significativamente – e quando convém – a força normativa do Pacto de 1988, revelando aí um caráter de usurpação da vontade constituinte (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2018, p. 1782). O Poder Judiciário, que deveria ser o ator que impunha a força constitucional sobre a vontade política dos eleitos, revela-se como um terceiro agente político¹⁵ na disputa decisória brasileira, aspecto que, no caso da saúde, revela-se na

¹⁴ Para Gilberto Bercovici, Enzo Bello e Martonio Montalverne Lima (2019, p. 1783), o caso emblemático de juristocracia reside na questão da prisão em segunda instância definida no HC 126.262. Nesse julgado, por mais que a presunção de inocência seja um direito fundamental e uma cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal considerou que a interpretação literal da Constituição sobre a execução da pena em após decisão colegiada contribuiria para manter viva a sensação de impunidade presente no Brasil por meio do constante protelamento recursal, este socialmente compreendido como restrito aos mais ricos, associando a norma constitucional à impunidade e à corrupção (BRASIL, 2018, p. 234-238). Assim, os autores, ao analisar os efeitos da juristocracia no Brasil, consideram que para conferir efetividade à justiça criminal, relativizou-se nesse HC, por alteração material e judicial, a literalidade de uma garantia fundamental.

¹⁵ Para Gisele Cittadino (2020, p. 76-80), essa prerrogativa política do Supremo Tribunal Federal foi garantida pela própria Assembleia Constituinte ao defini-lo como o órgão responsável pela guarda precípua da Carta Magna, função essa política por natureza uma vez que a Constituição em si não possui um ordenamento valorativamente neutro. O direcionamento constitucional para a realização dos valores constitucionais comunitários, a ampliação dos mecanismos jurídicos de participação popular, o combate às omissões dos poderes públicos e a efetivação do

pretensa mutação constitucional da natureza do direito, de social para individual, para legitimar a concessão indiscriminada de demandas individuais enquanto omite-se em relação às falhas prestacionais do acesso universal e igualitário de um direito social.

1.3 O SOCIAL NÃO SÓ NO DIREITO, MAS TAMBÉM NA REALIDADE: A NECESSIDADE DE UM PANORAMA INTERDISCIPLINAR SOBRE A SAÚDE E OS DIREITOS SOCIAIS COMO UM TODO

A priorização absoluta do direito à saúde, tal qual a feita pelo Supremo Tribunal Federal rememora, aqui na perspectiva de Ronald Dworkin, afirmativas em torno de uma justiça ideal na medicina, designada de princípio do resgate. Segundo este princípio, enquanto a vida e a saúde são os principais bens e todos os demais são de importância menor e devem ser sacrificados em prol deles, o cuidado com a saúde deve ser distribuído sobre a base da igualdade, de modo que uma sociedade marcada pela desigualdade econômica não deve negar assistência à saúde para alguém que dela necessite (DWORKIN, 2008, p. 434).

Este princípio é tão difundido que não se questiona que seu uso, bastante frequente inclusive no caso brasileiro, tem causado mais danos que benefícios, pois não tem sentido gastar tudo em saúde se não se ganha nada, ou quase nada em expectativa de vida. Com base no Princípio do Resgate, o Estado deveria garantir tudo para todos, indistinta e ilimitadamente, como modo de assegurar a saúde integral aos cidadãos e completamente alheio às consequências aos cofres públicos por tal proteção (DWORKIN, 2008, p. 443).

A aplicação do princípio do resgate por parte do Supremo demanda uma abordagem interdisciplinar acerca da saúde, suscitando assim os debates envolvendo a definição de saúde para a Organização Mundial da Saúde (OMS), que consideram a saúde não só como a ausência de doença, mas como uma garantia de dimensões físicas, mentais e sociais (MAGALHÃES, 2021, p. 22). Em outras palavras, não basta apenas a contenção de doenças ou a concessão de

sistema de direitos fundamentais sustenta e legitima a proeminência do Poder Judiciário, que passa a desempenhar um papel político tão relevante no sistema constitucional que pode, inclusive, sobrepor-se ao do Poder Legislativo. Entretanto, nem o advento das inovações da Constituição de 1988 e das emendas seguintes no que tange ao Judiciário, foram capazes de promover efetivamente a conversão de sua representatividade política concreto em um projeto que efetivamente se propusesse a atuar enfaticamente na correção das desigualdades sociais. Isso ocorreu pelo fato de que a Carta Magna nasceu simultaneamente a um Brasil que estava se inserindo no impacto desorganizador e tipicamente neoliberal de transnacionalização dos mercados, que exigiram do país, em vez do cumprimento do pacto constitucional, uma redução severa dos gastos públicos para fins de estabilidade fiscal, o que ensejou em severas consequências sociais na flexibilização de vários direitos, especialmente os Sociais. Nesse cenário, o Poder Judiciário e a própria tradição jurídica brasileira foram construídas e são continuamente interpretadas por um viés lógico-doutrinário privatista, o que reforça ainda mais uma leitura essencialmente individualista dos direitos previstos na Constituição, como no caso da saúde (CITTADINO, 2020, p. 235-238).

tratamentos: a saúde abarca também a visão do ser humano sobre o mundo, sua relação com a natureza e o próximo (BACHA E SILVA; BAHIA, 2021, p. 852).

A OMS (2011, p. 7-10) sustenta que boa parte das doenças, além dos fatores biológicos, é determinada por um conjunto de condições chamada de “determinantes sociais da saúde”, condições que podem ser determinantes estruturais, como a distribuição de renda e fatores discriminatórios de gênero, classe, etnia, deficiência e orientação sexual, determinantes intermediários como as condições de moradia e fatores psicossociais e comportamentais, além da existência de estruturas políticas ou de governança que atuem na predominância de quaisquer elites, e, assim, na manutenção da desigualdade. No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2020, p. 3-8) alerta para o fato de que discriminação, desigualdade, pobreza e violência tornam mais graves a propagação de doenças.

Com algumas ressalvas, o Comitê que acompanha o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, por meio do Comentário Geral nº 14, aponta o direito à saúde não como uma garantia individual à assistência médica, mas também a vários fatores socioeconômicos que, junto com as questões biológicas, devem ser considerado pelo Estado ao empregar seus limitados recursos pela saúde dos indivíduos (MAGALHÃES, 2021, p. 23).

Nesse sentido, a saúde, que deveria ser lida com a precaução de seus impactos sociais quanto à mitigação de desigualdades em um país e de seus impactos socioeconômicos em um orçamento que deve pautar a equidade e a universalidade, termina por sedimentar no Brasil um entendimento orientado pelo STF na forma do princípio do resgate, eminentemente jurídico e que ignora as diretrizes internacionais e subvaloriza as pautas de sustentabilidade dos órgãos nacionais de saúde. A Suprema Corte brasileira termina não garantindo um direito à saúde, mas meramente o fornecimento de um tratamento, interferindo e desacordando das diretrizes dos órgãos com expertise no tema, uma vez que o fornecimento judicial do tratamento não resolve questões estruturais do sistema e sequer promove a assistência completa nos termos sanitários de fato (MAGALHÃES, 2021, p. 24-25).

A ausência de diálogo interdisciplinar do Poder Judiciário, ou seja, para além da esfera do jurídico e alcançando as diretrizes de efetivação do direito à saúde revela ainda outra questão: ignorar o plano social deste direito significa colocar de lado as próprias diferenças sociais de quem acessa esse direito, de modo que o sistema reproduzirá, nos tratamentos abarcados e na própria disponibilidade dos tratamentos, preconceitos raciais, de gênero, de sexualidade e de classe social que historicamente marcam a sociedade brasileira, relegando as piores consequências das políticas a esses grupos (BACHA E SILVA; BAHIA, 2021, p. 845-848).

Com isso, o propósito técnico-pragmático da Constituinte de 1988 de estruturar o direito à saúde sob a égide de um direito social, de uma prestação dada pelo Estado à sociedade, é perdido, uma vez que a prática, ou seja, a interpretação desse direito pelos Tribunais brasileiros, coloca esse direito não como uma prestação à comunidade, mas como uma demanda individual, limitando que a via judicial seja um meio de questionamento dos grupos alocados na margem social quanto às políticas públicas de saúde deficitárias, além dos problemas envolvendo as políticas dos demais Direitos Sociais, limitando assim a possibilidade do Direito de realizar problemas envolvendo desigualdades jurídicas, políticas, sociais e interseccionais (BACHA E SILVA; BAHIA, 2021, p. 853). Assim, a conversão de demandas sociais em individuais pode continuar a desatrelar da judicialização os problemas estruturais da sociedade, fenômeno esse possibilitado não só pela argumentação jurídica, mas também pela construção da cidadania brasileira, em plano sociológico, e pela natureza de um direito, em caráter filosófico.

2 OS DIREITOS SOCIAIS EM PLANO TEÓRICO E O CASO BRASILEIRO

2.1 OS DIREITOS SOCIAIS EM UM BRASIL DE CIDADANIA FRAGILIZADA: UM BREVE HISTÓRICO

Ao discutir acerca do Estado e da concretização dos Direitos Sociais, uma condição intrínseca da investigação é compreender em que tipo de sociedade esse debate se situa, além de identificar-se qual é a postura estatal perante os interesses e as necessidades dos variados grupos sociais (HOLSTON, 2013, p. 60-61). Em outras palavras, em matéria de políticas públicas, é fulcral compreender o comprometimento do Estado para com a cidadania, entendida aqui como o conjunto de direitos que possibilita ao indivíduo participar das decisões público-políticas¹⁶.

Nessa perspectiva, a cidadania apresenta ainda a característica de ser uma identidade social politizada, ou seja, o conceito de cidadania, para além de qualquer esfera jurídica, é uma identidade construída coletivamente em resposta política a determinadas demandas, circunstâncias e conflitos fortemente relacionados com os contextos social e histórico de cada sociedade, o que permite, dada a construção relativa e situacional do termo, que avanços e recuos ocorram na luta pelo reconhecimento de grupos enquanto cidadãos e suas respectivas pautas e que seus contornos sejam próprios de uma determinada comunidade política (BOTELHO; SCHWARCZ, 2012, p. 13).

Esse reconhecimento encontra no Estado um de seus principais agentes, compreendido aqui como a razão política, jurídica e administrativa que exerce influência em determinado território e em determinada população (FOUCAULT, 2010, p. 132). Assim, o Estado é o ente

¹⁶ Por mais que um conceito tenha sido elaborado aqui para fins didático-metodológicos, André Botelho e Lilia Moritz Schwarcz (2012, p. 8-10) ressaltam que não há definição consensual ou mesmo análises históricas definitivas da ideia de cidadania. O termo remonta à Antiguidade (do latim *civitas*) e designa, na civilização grega, os significados de liberdade, igualdade e republicanismo que o acompanham mesmo atualmente. Na política aristotélica, a cidadania, a participação no poder público de decisão coletiva, era legitimamente restrita a um pequeno grupo de homens. A elevação da cidadania de categoria política a um patamar jurídico é de origem romana (do latim *civis*), construída como forma de diferenciar os direitos restritos aos indivíduos membros do Império, tais como ter servos, decidir sobre a paz ou a guerra ou ser eleito nas magistraturas. Na modernidade, a cidadania adquire fundamentos filosóficos modernos no contratualismo de John Locke e Jean-Jacques Rousseau. A noção de “direitos dos homens”, advinda do jusnaturalismo, ressoa em Locke para basear o fim de quaisquer divisões entre servos e senhores, livres ou escravos, enquanto em Rousseau se manifesta em sua influência na elaboração da Declaração Francesa de 1789, que coloca a liberdade individual como condição prévia à vida em comunidade. Por fim, na contemporaneidade, a cidadania continua a crescer no indivíduo enquanto categoria jurídica e existencial, sobrepondo a coletividade por força do capitalismo. Entretanto, cabe destacar que enquanto categoria político-social contemporânea, a cidadania manifesta-se pela luta por direitos civis, sociais e com os movimentos das minorias a partir dos anos 1970, assumindo a faceta difundida por várias Constituições de exercício pleno de direitos, do convívio entre iguais e em sociedade e do respeito e valorização das diferenças.

que controla a dimensão política da vida, inclusive a cidadania, de modo que as demandas sociais só alcançam o patamar de políticas públicas após trâmites específicos na esfera estatal.

No caso específico do Brasil, o contexto histórico remonta a uma colônia de exploração baseada na violência do trabalho escravo dos indígenas nativos e dos negros vindos da África. A condição de colônia frustrou a constituição do Brasil enquanto Estado, limitando o desenvolvimento do país aos moldes patrimonialistas¹⁷ da Coroa Portuguesa, que cerceou as potencialidades políticas e econômicas do território brasileiro. A independência, em 1822, fruto de negociações entre Portugal e Inglaterra¹⁸, reforça a condição do Brasil enquanto país que tem as suas principais decisões políticas excluindo os interesses de grandes grupos sociais, considerando para tanto apenas os interesses de grandes potências da época, como a Inglaterra, e das oligarquias brasileiras, fenômeno que ainda ressoa na política decisória brasileira mesmo nos ares democráticos contemporâneos (CAROLO; MILANI, 2021, p. 8).

A proclamação da República materializa no Brasil uma prática que marca a história no Brasil desde então: a modernização autoritária¹⁹, conceito que analisa as rupturas institucionais

¹⁷ Patrimonialismo é o conceito que determina um vício na relação entre sociedade e Estado que ocorre quando bens públicos são tidos como privados, ou seja, de que o próprio Estado é um bem pessoal pertencente a quem detém o poder. Além de ser um fenômeno que ainda ressoa nas práticas e instituições estatais do Brasil contemporâneo, alerta para o fato de que o Estado brasileiro, mesmo após a Proclamação da República (coisa pública, na acepção do termo), nunca apresentou uma população ativa na vida pública, reflexo da ausência de valores republicanos como o interesse pelo coletivo e a virtude cívica, além do cerceamento da participação na riqueza coletiva na forma da ausência do exercício pleno dos Direitos Sociais. Esses pontos resultam em grupos sociais de cidadania fragilizada e sempre sujeitos a práticas segregacionistas (SCHWARCZ, 2019, p. 64-65). Jessé Souza (2019, p. 65-67) acrescenta que, em verdade, esses grupos jamais tiveram a oportunidade devida de participar da vida pública, uma vez que o patrimonialismo representa um Estado brasileiro construído à luz das experiências estatais europeias, que concebem o território, as riquezas e o fruto do trabalho como pertencentes exclusivamente ao rei e à nobreza, postura essa mantida pelo Brasil pela estratificação social e racial. Mesmo no Brasil pós-independência, o patrimonialismo ainda permaneceu restringindo as decisões sobre a produção de riquezas do país aos senhores de engenho, aos fazendeiros produtores de café e aos grandes latifundiários da época.

¹⁸ Essa mesma interpretação foi feita de maneira pioneira pelo sociólogo e historiador Caio Prado Júnior na obra *Formação do Brasil Contemporâneo*, publicada originalmente em 1942. Além disso, historicamente, o Brasil é visto no cenário internacional pelas suas reservas de recursos e potencialidades, de modo que as nações hegemônicas dispuseram-se a intervir no espaço econômico interno visando a construção de uma economia dependente, ou seja, instalando controles econômicos que operam a partir do fluxo comercial-financeiro sem grandes limitações. Essa transformação do capitalismo ocorre de fora para dentro, o desenvolvimento nacional era induzido pelo exterior e estruturado de maneira a suprir as demandas das nações hegemônicas por novos empreendimentos e a expansão de suas influências no âmbito comercial. Nesse aspecto, a maior quantidade de similaridades estruturais que a economia hegemônica consegue reproduzir na economia periférica determina o sucesso do capitalismo em um país (FERNANDES, 2006, p. 272-277).

¹⁹ Esse conceito, creditado ao filósofo político e professor da Universidade do Contestado Sandro Luíz Bazzanella, frisa que o patrimonialismo impediu um percurso político que legitime um contrato social do Brasil, o que permitiu um Estado e, posteriormente, uma democracia bastante permeáveis aos vários golpes e contragolpes que marcam a história brasileira, sempre apresentados como soluções indispensáveis ao progresso. Para Yara Frateschi (2021, p. 20-22), para além da visão hobbesiana do escape da guerra de todos contra todos e da submissão da vontade dos indivíduos à vontade do governante, a relevância de um contrato social, aqui já em uma perspectiva rousseauísta, está na construção do indivíduo enquanto ser moral e, assim, de uma cidadania que combina a liberdade com o pertencimento à coletividade. Assim, o contrato social possibilitaria não só a satisfação dos interesses privados (Hobbes), mas uma cidadania comprometida com o outro e com a participação política (Rousseau).

brasileiras de 1889 em diante. Essas várias interrupções institucionais, mesmo em suas especificidades, possuem duas similaridades: 1) essas rupturas ocorrem como fruto de acordos entre grupos militares e a elite civil brasileira; 2) a quebra do regime vigente é legitimada, para além de fatores ideológicos, pela necessidade de modernização do Brasil e de sua economia (CAROLO; MILANI, 2021, p. 10). No Brasil de 1889 e nos anos seguintes, a transição da monarquia para a República é conduzida pelos militares e influenciadas por elites patrimonialistas fortemente imbrincadas ao positivismo liberal do “Ordem e Progresso”, que veem mesmo na instabilidade da alteração de regime uma possibilidade de não só manter os seus privilégios já estabelecidos, mas de amplia-los e de constituir novas regalias, alterando o *status quo* não para a redução, mas para a intensificação e legitimação das desigualdades, sistema esse que considera a centralização do poder como forma de eliminar os problemas políticos do país, outrora associados às elites locais.

Assim, a oligarquia rural brasileira comanda o país até os anos 1930, em um projeto de poder marcadamente patrimonialista, concentracionário e autoritário, que tem no voto de cabresto e no coronelismo estratégias indispensáveis ao condicionamento da cidadania pela limitação do voto e por fraudes eleitorais, a restrição de conflitos políticos à esfera regional e o desvio de recursos e direitos dos cidadãos para a efetivação de interesses particulares. Nesse mesmo período, a industrialização do capital urbano se expande de uma maneira informal, algo que, com a regulamentação da livre organização trabalhista em 1907, fez aumentar as associações de trabalhadores e os protestos, mobilizados pelos imigrantes europeus e fortemente reprimidos pelo Estado (SCHWARCZ, 2019, p. 81-89).

A partir dos anos 1930, inserido em um mundo que passa por um processo de modernização, Getúlio Vargas insere-se no cenário político brasileiro como a figura que deve conciliar os interesses oligárquicos do campo até então vigentes com a pressão da ascendente burguesia pelo avanço da industrialização no Brasil. Seu governo, que representa mais uma interrupção da normalidade no governo brasileiro na forma da modernização autoritária, determinou uma massiva intervenção estatal com fins de reestruturar a economia, a sociedade e consolidar um Brasil que dialoga com as exigências dos movimentos trabalhistas por justiça e direitos sociais.

Nessa perspectiva, a cidadania, antes bastante restrita, apresentou alguns sinais de alteração²⁰ de seu significado na forma da afiliação trabalhista nacional, gerando uma

²⁰ Essa alteração ainda se daria de forma tímida, uma vez que embora o governo Vargas apresentasse os direitos trabalhistas como a incorporação definitiva da cidadania e dos Direitos Sociais no Brasil, nem todos os trabalhadores tinham acesso a esses direitos, restrita apenas aos trabalhadores com contratos legais em funções

identificação coletiva na forma da classe trabalhista e uma individual na forma dos direitos que cada membro dessa classe possuía, materializados nos direitos previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), por exemplo, criando uma cidadania social baseada no universo do trabalho urbano (HOLSTON, 2013, p. 245-248).

O período que compreende as décadas de 1940, 1950 e 1960 são marcadas por movimentos pela ampliação de direitos sociais, tais como a educação na forma da alfabetização, além de reivindicações de ordem trabalhista e os anseios pelas reformas de base em âmbito agrário e urbano. Essa movimentação promove certa tensão entre os interesses populares e as pautas das elites burguesas que dominam o Estado brasileiro nesse contexto, conflito esse que irrompe no Golpe Militar de 1964, o que demonstra, mais uma vez, como os resquícios do colonialismo e do patrimonialismo perduram no Estado brasileiro de modo a transformar a democracia, vigente em boa parte dessas três décadas, em uma conveniência que apenas se sustentava pois os interesses burgueses estavam sendo mantidos e os anseios populares concedidos não comprometiam, até então, esses privilégios, marcados por Direitos Trabalhistas corporativos, excludentes e por uma Seguridade Social seletiva (HOLSTON, 2013, p. 220-223).

A ditadura militar, uma aliança do capital industrial interno com o capital externo²¹, os militares e a classe média urbana que capturou o Executivo como forma de conter o avanço do reformismo no Brasil, representado em boa parte pelas demandas de direito à moradia trazidas pelos defensores da Reforma Agrária, que expunha ainda mais a seletividade dos Direitos Sociais concedidos até então, restritos a classes trabalhadores devidamente regularizadas, estas majoritariamente urbanas e de estrato social médio ou elevado. Assim, o regime militar apresenta a sua faceta de modernização autoritária na forma de uma tecnocracia burocrático-autoritária altamente concentradora e internacionalizante que consolida o Estado como um eixo político da burguesia, permitindo a institucionalização da dominação de classe e dos privilégios

regulamentadas, o que excluía de imediato os trabalhadores rurais e parcela significativa de trabalhadores urbanos, de modo que o governo autoritário varguista conseguia controlar o movimento trabalhista reconhecendo como titulares de direitos apenas os sindicatos que seguissem as diretrizes impostas pelo Estado. A seguridade social só viria a ser estendida a todos os brasileiros em 1973, ainda assim com limitações a certas classes trabalhistas e privilégios a outras. Além disso, a cidadania fica, nesse cenário, condicionada à existência de uma relação trabalhista, o que por si só já é um fator de distinção (HOLSTON, 2013, p. 251).

²¹ Nesse período, para além de expansão comercial, o domínio das periferias mostrava-se vital para as nações hegemônicas como forma de evitar o alargamento das fronteiras socialistas. O desenvolvimento, nesse sentido, para além de econômico, passa a ter também um aspecto político. As nações hegemônicas, além de projetos financeiros, industriais e tecnológicos, implantaram nas nações periféricas projetos educacionais e militares, projetos com a função política de elevação do controle das burguesias e do poder dos governos pró-capitalistas. Esses projetos são marcados pela deterioração das estruturas políticas das nações periféricas, colocando em segundo plano a democracia e os Direitos Humanos, vistos como limitadores do desenvolvimento do capitalismo monopolista (FERNANDES, 2006, p. 296-298).

das classes média e alta, enquanto únicas que participaram efetivamente das vantagens proporcionadas pelo desenvolvimento capitalista (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 47-48).

Desse modo, o ente estatal brasileiro limita-se a refletir os interesses sociais e as diretrizes políticas da burguesia que o domina e que tem como objetivo principal uma tentativa desesperada de acompanhar, mesmo em um país marcado por mazelas sociais, os dinamismos econômicos das nações hegemônicas. A classe trabalhadora e suas demandas sociais, nesse contexto, passam a ser o inimigo natural do Estado burguês em sua cruzada pela defesa da ordem e da propriedade e iniciativa privadas (FERNANDES, 2006, p. 307-311).

Entretanto, o assim chamado milagre econômico começa a apresentar inconsistências ainda na década de 1970, com o crescimento das dívidas interna, externa e da inflação. A ditadura militar, para a proposta da modernização autoritária, passa a ser insuficiente, algo que se reflete na própria instabilidade econômica da década de 1980, o que incentiva o retorno das demandas sociais por políticas públicas que tem na Constituição de 1988 o seu principal expoente, que definem o Brasil como um Estado de bem-estar social com as bases de reconhecimento de direitos individuais, sociais e de políticas públicas voltadas aos interesses históricos dos movimentos de classe do país.

Entretanto, os presidentes do período democrático ressaltaram as tensões geradas por essa ampliação de direitos: José Sarney declara que a Constituição inviabilizaria a gestão do país frente aos interesses das elites, Fernando Collor abre o Brasil ao capital estrangeiro como forma de preservar os interesses das oligarquias por modernização mesmo em tempos democráticos, política continuada por várias reformas estruturais no texto constitucional feitas pelo governo Fernando Henrique Cardoso, tentando equilibrar minimamente os interesses econômicos nacionais e globais com a garantia de direitos (CAROLO; MILANI, 2021, p. 13).

Nas gestões seguintes, por mais que seja percebida uma maior propensão para a efetivação de políticas públicas, os Direitos Sociais²² ainda são vistos como uma condição mínima atingida pela população para que os ganhos econômicos possam ser potencializados e consistentes, o que coloca a cidadania brasileira como circunscrita aos interesses do capital, o que ressoa até mesmo na ruptura institucional vista em 2016²³ e nas reformas em matéria

²² Cabe aqui apontar sucintamente que esse ponto da discussão já evidencia certa alteração na natureza dos Direitos Sociais brasileiros. Enquanto que na Era Vargas os Direitos Sociais eram reduzidos às garantias trabalhistas e de seguridade social altamente seletivas, como forma de manter o controle ditatorial sobre essas classes trabalhadoras, os Direitos Sociais trazidos pela Constituição de 1988 não apenas ampliam as garantias dos cidadãos, mas as convertem em objetivos a serem atingidos em prol da redução das desigualdades.

²³ Diferentemente das anteriores apontadas ao longo do texto, a ruptura de 2016, que tem no *impeachment* de Dilma Rousseff o seu principal acontecimento, não ocorreu com uma quebra institucional formal, mas sim um golpe de Estado institucional, um regime que mantém as suas aparências democráticas, mas tem as instituições mudadas em sua essência (BONAVIDES, 2009, p. 19-31). No caso específico de 2016, essa ruptura com a

trabalhista dos anos posteriores, motivadas não só pela crise, mas pela recorrente pauta modernizadora que historicamente flexibiliza a ampla participação popular (CAROLO; MILANI, 2021, p. 15-17).

Esse contexto torna a cidadania como um contínuo e emaranhado conflito entre a democracia e seus compromissos para com a justiça social, de um lado, e os privilégios patrimonialistas históricos que se opõem aos avanços na luta por garantias na defesa de suas benesses. Essa perspectiva, que nem mesmo a Constituição de 1988 conseguiu alterar, torna os direitos um vocábulo pelo qual, simultaneamente, direitos são previstos e desigualdades são legitimadas e tidas como naturais e superáveis em uma perspectiva meritocrata. A cidadania resulta em desordem pois: 1) a previsão de garantias não é algo constante dadas as várias rupturas institucionais, que tornam essas garantias passíveis de revogação, fática ou tácita; 2) os direitos fundamentais previstos nas várias Cartas Magnas ao longo da história brasileira estão sempre condicionados a fatores externos ao pacto constitucional, sejam eles os interesses políticos decorrentes da relação do Brasil com outros países ou mesmo de fatores para além da política, como questões econômicas decorrentes da necessidade de adequação aos moldes do modo capitalista de produção ou os fatores históricos que marcam a construção da sociedade brasileira (HOLSTON, 2013, p. 21-23).

Além disso, a limitação da cidadania às marcas do colonialismo, na Primeira República, às relações de trabalho regulamentadas, na era Vargas, aos interesses burgueses de defesa da iniciativa privada, na ditadura militar, e às conciliações entre garantias fundamentais e interesses da globalização, na redemocratização, cria fatores de distinção ou mesmo finalidades para as quais a vida cidadã deve se embasar, convertendo a cidadania brasileira em uma distribuição legítima de desigualdade, vista como restrita aqueles que atingem certa condição, seja ela de trabalhador regularizado, de comerciante, de profissional com ensino superior, ou mesmo limitada a pessoas de certas etnias e regiões. A condição determinada arbitrariamente pela lei de subcidadania a que são submetidas as pessoas que não atendem a tais status sociais legitimam que essas pessoas não merecem ter direitos, demonstrando ainda a incapacidade da cidadania brasileira em se construir em termos de direito em sentido plural, de grupo,

democracia ocorre pela punção das elites políticas e econômicas pela implementação das medidas neoliberais de alteração estrutural da economia e do próprio Direito, materializadas no “Ponte para o Futuro”, programa apresentado e em partes implementado por Michel Temer, presidente sucessor de Dilma (MASCARO, 2018, p. 70-83). Destaca-se que a convivência de um estado que não aplica as regras da democracia, também chamado de estado de exceção, com o arquétipo formal de um Estado de Direito é perfeitamente possível e sustentável por autores que defendem um constitucionalismo crítico brasileiro, tais como Gilberto Bercovici e Rafael Valim, que parte de análises de autores como Giorgio Agamben para sustentar que a suspensão da ordem jurídica neutraliza a prática democrática e utiliza as suas instituições para reconfigurar silenciosamente a política em ampla escala em prol da implementação das políticas neoliberais (VALIM, 2017, p. 34-40; AGAMBEN, 2004, p. 17-21).

concedendo e limitando direitos, na prática, em categorias individuais (HOLSTON, 2013, p. 329-333).

Essa discussão reforça o fato de que, para além de uma carta fundamental que pactue uma democracia, a cidadania, a participação ativa de cidadãos e cidadãs depende de um *ethos* democrático, ou seja, de uma mentalidade coletiva e socialmente construída que seja condizente com a pluralidade (FRATESCHI, 2021, p. 156), o que não ocorreu no caso brasileiro, que, limitada a garantias formais de direitos alheios às discussões sociais amplas e a concepção dessas garantias em sua forma individual restringe a cidadania mesmo na democracia representativa vigente.

Entretanto, por mais que esse fenômeno possa ser lido historicamente, a restrição da efetividade de direitos à forma individual pode também ser vislumbrada como um fator fulcral da própria construção do direito enquanto tal, ou seja, por mais que esse *ethos* democrático fosse em algum momento alcançado no Brasil, discute-se a possibilidade de a ampliação de discussões sobre justiça social ainda fossem limitadas pela forma como o Direito dá cumprimento às promessas escritas em suas leis, ponto que leva a uma discussão não mais histórica, mas filosófica, no campo próprio da Teoria do Direito.

2.2 OS DIREITOS SOCIAIS ENTRE PARADOXOS DE CONSTRUÇÃO E EFETIVIDADE

Nos Estados Unidos da década de 1990, um ramo das discussões teóricas²⁴ estavam voltadas para as implicações filosóficas e políticas de movimentos antirracistas, feministas e de ampliação da sexualidade, na tentativa de compreender como poderia se dar a superação de um discurso universalista e essencialmente liberal por meio da politização de identidades sociais, o que levava um Direito de pretensões atemporais a ter que se localizar no tempo e em contextos sociais específicos de modo a atender a mobilização emancipatória desses grupos pela mitigação da opressão e da dominação que marcam as organizações sociais contemporâneas (GRETSCHISCHKIN; LIMA E SILVA, 2021, p. 1370-1371).

Inserida nessa mesma discussão de qual deve ser o papel do Direito nas disputas sociais contemporâneas, Nancy Fraser (1988, p. 183) sustenta que levar ao campo jurídico as demandas

²⁴ Essas discussões foram condensadas, no âmbito jurídico, pelo movimento chamado de *Critical Legal Studies*. Apesar das contribuições do movimento para a denúncia das inconsistências da tradição liberal e elitista que marca o Direito, autores como Cornel West (1988, p. 268-270) criticam a incapacidade do movimento de se desassociar de uma visão essencialmente dogmática, algo que, dentre outras consequências, manteria o debate ainda restrito apenas ao universo jurídico, o que distanciaria, cultural, social e historicamente, o movimento de espaços coletivos organizados e igualmente comprometidos a realizar críticas ao Direito e à esfera pública.

de grupos sociais e entendê-los como igualmente importantes aos direitos individuais para fins da autorrealização humana deve ser o passo inicial para o exercício efetivo dos direitos existentes. Imbuída pela tradição marxista, a autora defende que as garantias previstas ainda são limitadas pela forma pretensamente universalista, essencialmente negativa e meramente formal do direito liberal clássico, o que impediria uma postura jurídica ativa no enfrentamento das situações de desigualdade social.

Analisando as problemáticas envolvendo o reconhecimento dos movimentos sociais, Wendy Brown sustenta que o valor político dos direitos, que incorporaria as pautas desses variados grupos, não deve ser lido na forma tradicional de sua forma e conteúdo, mas sim como ferramenta política para que se critique a noção liberal de sujeito, marcada ainda pela pretensa igualdade formal. Além disso, a autora considera que a politização de identidades sociais como força emancipatória da demanda por direitos como uma discussão que mostra a tensão entre o discurso político dos direitos e sua eficácia social e histórica, ou seja, uma leitura genealógica dos direitos entra necessariamente em choque com o caráter universal do idioma jurídico, que, alheio às especificidades históricas e com pretensão de atemporalidade, representa essas identidades sociais não como grupo, mas como indivíduos (BROWN, 1995, p. 96).

Para a autora, o Direito é concebido como um espaço de proteção à liberdade, à propriedade e à privacidade, podendo ser mobilizado na forma de suas entidades abstratas para a defesa dessas garantias individuais²⁵. Esse discurso abstrato é resultado dos elementos constitutivos da sociedade burguesa, que converte o Direito em um agente de naturalização da dinâmica capitalista de competitividade entre os indivíduos. Cria-se uma norma liberal que torna o poder social e o modo de produção do capital como inerentes à natureza humana, fazendo com que a igualdade ilusória promovida pelo domínio estatal sobreponha a realidade desigual e opressora da sociedade, tornando a norma neutra, universal e imune às discussões por mudanças estruturais em prol de minorias (BROWN, 1995, p. 102-105).

Nesse cenário, a efetividade, em plano jurídico, de direitos construídos de maneira politizada, com base em demandas emancipatórias de grupos sociais historicamente excluídos da participação social ampla é constantemente negada em decorrência de um discurso

²⁵ Na própria construção dos direitos como individuais, o jurídico e o próprio Estado deixam de ser vistos como instituições sociais historicamente construídas o que, além de impedir a contestação da dimensão universalista do Direito e transformar a posição em um estrato social como base para a privação de direitos e de cidadania, revela um universo jurídico de caráter despolitizante, ou seja, um efeito pelo qual o caráter constitutivo de uma identidade social e seus marcadores de raça, classe, gênero, etc. são ideologicamente mascarados pelo Direito (BROWN, 2000, p. 475). Em posicionamento similar, Christoph Menke (2020, p. 2-3) sustenta que o momento revolucionário de declaração dos direitos é, paradoxalmente, o primeiro e o último ato político, ou seja, o momento em que a reivindicação política resulta no próprio abandono da esfera política como espaço de reivindicação.

universalista dos direitos que institucionaliza as diferentes situações que as classes ocupam no tecido social, de modo que a pretensa igualdade das garantias fundamentais promove apenas uma emancipação em abstrato e unilateral típica do Direito liberal, que ignora a subjetivação dos grupos sociais e suas respectivas demandas materiais como reflexos dos processos de exploração e expropriação²⁶ das estruturas de poder que formam o tecido social, como próprios efeitos desse poder (BROWN, 1995, p. 119; p. 131-132), ou seja, como se os processos de violência e regulação que excluem esses grupos fossem resultado de uma construção natural da sociedade, como alheios à norma e não, em verdade, como conflitos regulados e mantidos pelo jurídico (GRETSCHISCHKIN; LIMA E SILVA, 2021, p. 1373-1374).

Nessa perspectiva, o surgimento do direito enquanto conquista social e política é paradoxal, pois ao mesmo tempo em que esse direito representa um avanço para determinada causa que se via privada de reconhecimento público em dado momento histórico, a sua aplicação é feita no idioma dos direitos, um discurso essencialmente liberal, de modo que a sua materialização só ingressa no plano jurídico por meio da ótica da demanda individual de um sujeito de direito (GRETSCHISCHKIN; LIMA E SILVA, 2021, p. 1373-1374).

Isso ocorre porque os direitos, por mais que sempre circunscritos em contextos políticos e históricos específicos, fundamentam o caráter liberatório e igualitário necessário à sua eficácia constante e resistente no fato de que o Direito baseia a sua legitimidade no fato de ser universal, atemporal e até mesmo pressuposto, em um discurso que coloca as garantias para além de contextos. Nesse panorama, um direito constitui-se sempre como geral e universal, de modo que há dificuldade para o texto normativo assimilar em plano material um direito que se constrói de maneira politizada com fins emancipatórios, tais como os Direitos Sociais, estes que são fundamentados justamente na diferença de um determinado grupo sobre os demais, demonstrando assim a dificuldade da inscrição da diferença social na linguagem jurídica (BROWN, 1995, p. 97)²⁷.

²⁶ Enquanto a exploração designa um sistema de confisco regulado que tem como seu principal expoente o trabalho sub-remunerado e de garantias precárias, a expropriação expande o capitalismo para além da mais-valia, utilizando eixos de dominação estatais, sociais e ideológicos, tais como as hierarquias de gênero e raça, para cercar a liberdade plena e produzir indivíduos desumanizados e categoricamente ajustados para alocarem-se na margem social e serem mais suscetíveis às demandas do capital (FRASER; JAEGGI, 2020, p. 58).

²⁷ Cabe aqui assumir o ônus argumentativo que é incorporar a uma discussão feita por uma cientista política americana a um trabalho que pretende discutir os Direitos Sociais no Brasil. De fato, a pesquisa de Wendy Brown não projeta por completo as peculiaridades que envolvem as demandas dos grupos sociais brasileiros e de suas especificidades. Essa nunca chegou a ser a pretensão da autora. Por outro lado, busca-se evidenciar com os argumentos da autora como a discussão envolvendo as garantias sociais, por mais que estejam localizadas no tempo e em sociedades específicas, apresentam para além disso uma discussão a-histórica e intrínseca à estrutura de poder do Direito, em seus moldes de legitimação universalista. Com isso, busca-se evidenciar que, mesmo em um cenário ideal de uma democracia de amplo acesso popular, ainda teriam de ser resolvidas questões estruturais do Direito enquanto construção liberal, este incapaz de conceber o fundamento de um direito para além do próprio

Percebido esse entrave, Wendy Brown sustenta que Direitos Sociais jamais serão efetivados de fato se descolados das lutas históricas por emancipação que os precedem, sob pena de que a mera incorporação dessas garantias pelo idioma universal dos direitos resulte, em verdade, na naturalização da desigualdade daquilo de que se tenta libertar (BROWN, 1995, p. 99). Por meio da subordinação das identidades sociais àquilo que o Direito é capaz de abarcar, ocorre a adstrição de possibilidades de reivindicação dos grupos sociais, que poderão fazer contestações aos Direitos Sociais apenas dentro dos limites de uma esfera legal que ignora o que está fora de uma esfera individual (GRETSCHISCHKIN; LIMA E SILVA, 2021, p. 1375).

Consequentemente, cria-se assim um segundo paradoxo: na tentativa de abarcar, pelo vocábulo dos direitos, os grupos construídos de maneira politizada e que remontam intrinsecamente a um contexto social de surgimento, o Direito, em vez de viabilizar a proteção devida desses grupos, termina por limitar suas reivindicações na forma da construção de normas gerais incapazes de abarcar determinadas necessidades sociais, convertendo a conquista social de reconhecimento em uma naturalização que aliena os grupos sociais e naturaliza as relações de opressão que incorrem em desigualdades²⁸ (BROWN, 2000, p. 470).

Isso significa que uma luta baseada nas diferentes posições assumidas em uma estratificação social posta precisam ser capazes de ir além de um Direito essencialmente liberal, uma norma que tem seu caráter emancipatório limitado ao plano individual e que, em plano social, termina por institucionalizar desigualdades, mascarar-las em uma suposta neutralidade do Direito e instrumentalizar sua legitimidade de modo a promover a compreensão de que a reivindicação popular deve ser limitada às garantias dispostas em determinada Constituição e

indivíduo, construção que, mesmo reconhecida toda a sua importância para o Direito que sucedeu a Revolução Francesa, mostra-se incapaz de vislumbrar uma garantia como resultado de uma construção social, ou seja, não como uma prerrogativa para a boa vida do indivíduo, mas como reparação de uma desigualdade social e histórica que é reproduzida pelo próprio aparato jurídico.

²⁸ Wendy Brown (2002, p. 422-423) sustenta ainda, partindo das discussões de gênero, que o efeito reducionista de discursos e ratificador de desigualdades promovido pela unilateralidade do Direito liberal traz consigo um projeto antidemocrático que, ao tornar jurídico as identidades sociais politizadas, restringe o campo de discussão e de contestação popular do reconhecimento dessas identidades à esfera altamente exclusiva e elitista da autoridade judicial. Dessa forma, a emancipação em abstrato, ou seja, a incorporação da demanda social pelo texto de lei, torna iníquo o debate democrático que atacaria as próprias condicionantes de subordinação. Sem essa crítica, não pode se falar em igualdade material de fato. Essa dimensão de um Direito antidemocrático é apresentada também nas leituras que Brown faz sobre o neoliberalismo, ao sustentar que os direitos civis, a partir do processo de economização, foram convertidos em direitos do capital. Nessa lógica, o Direito assume um papel estratégico na reformulação da própria estrutura de direitos com o objetivo de fornecer aos ideais neoliberais um caráter normativo, em um processo que retira do jurídico toda a sua materialidade democrática de resistência às opressões e mantém apenas a sua estrutura formal de poder impositivo, utilizando-se desse aparato para estender os seus ideais para além da esfera estatal, atingindo o social e o próprio indivíduo (BROWN, 2015, p. 149-152).

reduzindo desigualdades históricas de grupos historicamente oprimidos a meras diferenças na sociedade civil (BROWN, 2000, p. 477)²⁹.

Definida a problemática, Wendy Brown sustenta como uma possível saída a desassociação do Direito como afirmação ou garantia de proteção das diferenças, mas sim apenas como um meio permeável as discussões políticas. Busca-se com isso equilibrar a força impositiva da forma jurídica, necessária à igualdade material, com a organização política e a esfera democrática intrínsecas ao reconhecimento de qualquer demanda social. Nesse plano, pela problematização da resolução dos conflitos sociais apenas pela esfera do jurídico, levando-os a um campo *sui generis* entre o jurídico e o político, evita-se que a mera existência de direitos seja confundida com igualdade material e o reconhecimento jurídico com efetiva emancipação (BROWN, 1995, p. 133).

Assim, o debate público deve ser capaz de visualizar o Direito posto apenas como um meio pelo qual a discussão pode ser exposta, mas a política e as reivindicações sociais não devem ser limitadas a ele, reposicionando-o como um dos fatores de criação de perspectivas futuras de organização política pela limitação da norma enquanto garantidora da crítica e não mais como uma letra que determina as diretrizes de reconfiguração do *status quo*³⁰. O Direito deixaria de ter a função garantidora de liberdades individuais e negativas para ser reinventado como um meio para a abertura de espaços de contestação que tornam possíveis a formulação de diagnósticos de tempo das lutas contemporâneas sem, assim, que isso ignore o papel da política e do debate democrático na efetividade de Direitos Sociais. Nessa perspectiva de um jurídico que apenas dá efetividade ao plano democrático de construção das demandas sociais, os direitos estariam garantidos sem que o imaginário político que os cerca seja perdido, ou seja, o Direito deixaria de ser um espaço de restrição das lutas políticas para revelar-se como o centro no qual o debate político seria explorado em todas as suas possibilidades (GRETSCHISCHKIN; LIMA E SILVA, 2021, p. 1382-1384).

Nesse ponto da discussão, busca-se evidenciar que, para além de fatores constitutivos da história de cada sociedade, a luta por reconhecimento cidadania das minorias sociais esbarra

²⁹ Nesse ponto em particular, por mais que a redução de desigualdades históricas seja contornada por uma Constituição que se pretenda transformadora e emancipatória, tal qual a Carta Magna brasileira atual, ainda residiria o fato de que a promessa constitucional pela redução das desigualdades, em muito prevista pelos Direitos Sociais, ainda é limitado pela estrutura essencialmente liberal do Direito, como aqui exposta, além das vertentes interpretativas que particularizam as garantias sociais como forma de dar a elas um caráter programático, de promessa futura, que compromete o próprio alcance redistributivo desses direitos.

³⁰ Busca-se, nesse parágrafo, evidenciar que as discussões envolvendo os direitos social e historicamente construídos foram para além do diagnóstico, apresentando alguns esboços de saídas teóricas para a questão da natureza liberal do Direito. Como tal, uma proposição teórica teria de ser adaptada, especialmente no caso brasileiro, em que, além da estrutura jurídica, há o conflito envolvendo o dirigismo da Constituição de 1988 e as interpretações que comprometem a sua efetividade.

também em aspectos estruturais do próprio Direito, ponto esse explanado pela teoria político-filosófica de Wendy Brown. Entretanto, no caso brasileiro, esses dois pontos poderiam ser superados, em boa parte, pelo constitucionalismo dirigente que marca a Constituição de 1988. Entretanto, o Brasil apresenta uma terceira peculiaridade: a mais longa lista de Direitos Sociais da história brasileira e seu compromisso de abertura do país às demandas sociais foi comprometida pela compreensão de que os Direitos Sociais possuem um plano de eficácia distinto dos demais direitos, condição essa que limitaria o cumprimento sistemático do compromisso brasileiro de redução das desigualdades sociais.

2.3 OS DIREITOS SOCIAIS PRECISAM SER CUMPRIDOS? A DOCTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE E O CONCEITO DE NORMA PROGRAMÁTICA

No Brasil e em outros países que incorporaram o constitucionalismo social, há o debate acerca de possíveis distinções, no plano da efetividade, da parte da Carta Magna que disciplina o seu conteúdo econômico e social. A partir do conceito de norma programática, parte da doutrina sustenta que os Direitos Sociais não constituiriam direitos em si, mas apenas intenções políticas ou ideológicas, o que resulta, na prática, em um distanciamento entre a Constituição e as políticas sociais de ampliação de direitos (BELLO; BERCOVICI; LIMA; 2019, p. 1773).

Por mais que a discussão o preceda, o conceito de norma programática foi desenvolvido pelo constitucionalista italiano Vezio Crisafulli. Inserido no contexto acerca da concretização da Constituição da Itália de 1947, o autor sustenta que os dispositivos sociais da Constituição eram igualmente normas jurídicas, o que levaria à sua aplicação em casos concretos pelos tribunais (CRISAFULLI, 1952a, p. 51-53).

Entretanto, no direito brasileiro e até mesmo no italiano³¹, suas ideias foram aplicadas de maneira completamente oposta: a norma programática passou a ser uma teoria que fundamentava que as normas sociais não possuíam em si nenhum valor concreto, o que bloqueava parte dos compromissos constitucionais pactuados por ambos os países (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1774).

No Brasil, o conceito de norma programática remonta às discussões feitas por José Afonso da Silva (1998, p. 82-85) acerca da aplicabilidade das normas constitucionais. Na

³¹ Em um outro texto que analisava a aplicabilidade dada aos Direitos Sociais previstos na Constituição de 1947, Vezio Crisafulli (1952b, p. 100-101) reconhece que embora o conceito de norma programática tenha sido elaborado para ampliar o campo jurídico para além das normas individuais, a prática demonstrou que o conceito terminou por legitimar a não efetividade direta desses direitos.

oportunidade, o constitucionalista brasileiro classifica as normas brasileiras como de eficácia plena (contém todos os elementos e requisitos para a sua aplicação direta, determinando com precisão qual conduta positiva deve ser seguida), eficácia contida (normas imperativas que limitam o Poder Público que consagram os Direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas) e eficácia limitada (normas que dependem de outras ações, executivas ou legislativas, para que gerem os efeitos desejados pelo legislador constituinte)³², grupo último que abarca os Direitos Sociais, compreendidos pelo autor como normas que representam o equilíbrio que o Estado deve fazer entre fatores econômicos, sociais e éticos para a elaboração dos princípios norteadores e de pontos de partida para as políticas públicas, constituindo-se em vetores de aplicação da lei por apontarem fins sociais e exigências de bem comum.

Esse posicionamento dos Direitos Sociais previstos na Constituição em um nível principiológico influencia a doutrina brasileira da efetividade, uma abordagem teórica do Direito Constitucional brasileiro bastante permeável às discussões europeias e estadunidenses³³. Elaborada pelo atual ministro do STF Luís Roberto Barroso (2005, p. 62-63), sustenta existir uma deficiência na concretização das normas fundamentais, também chamada de frustração constitucional, falha essa que seria suprida apenas por meio da interpretação constitucional e da argumentação jurídica feita pelos atores tradicionais do Poder Judiciário na forma do manejo dos remédios constitucionais e do controle de constitucionalidade.

Essa frustração constitucional seria provocada pela ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, o que daria às Cortes brasileiras como o espaço no qual a efetividade dos direitos fundamentais seria ampliada, uma válvula de escape que permitiria também o controle judicial das políticas públicas (BARROSO, 2005, p. 65).

³² Especificamente nas normas de eficácia limitada, ainda há a distinção entre normas limitadas declaratórias de princípio institutivo, que determinam esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, e as normas limitadas declaratórias de sentido programático, que versam sobre matéria eminentemente ético-social, representando programas de ação social em sua plenitude (SILVA, 1998, p. 86).

³³ Do constitucionalismo alemão, a doutrina brasileira da efetividade incorporou a noção de dignidade da pessoa humana fundada em um individualismo etnocêntrico kantiano que nega a pluralismo jurídico e concepções multinacionais de Estado. Do constitucionalismo estadunidense, foi incorporada a noção de ativismo judicial, ou seja, os posicionamentos de magistrados que exacerbam a sua esfera de atuação jurisdicional enquanto intérpretes da Constituição, formulação que no Brasil representou tanto um canal de decisões que interferem significativamente nos espaços de decisão democrática e podem, contraditoriamente, vir a sustentar tanto posicionamentos progressistas quanto retrógrados em termos de direitos e garantias fundamentais. Assim, a ideia elaborada por Barroso invisibiliza por completo as ideias de direitos fundamentais interculturais da América Latina ou mesmo o novo constitucionalismo latino-americano, as teorias da justiça oriundas do *Ubuntu* e o constitucionalismo transformador da África do Sul (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1779). Por fim, Christian Edward Cyril Lynch e José Vicente Santos de Mendonça (2017) sustentam que a doutrina da efetividade termina por colocar a história constitucional do Brasil, de origens bastante diferentes da Europa e dos Estados Unidos, em segundo plano. Para os autores, a história constitucional brasileira possui valor crítico e potencialidade hermêutica suficientes para a construção de um constitucionalismo consistente.

Realizado tal diagnóstico da situação política brasileira, a solução apresentada pela doutrina da efetividade consiste em afastar as dimensões política, econômica e cultural do Direito enquanto manifestações da realidade social (atualmente apresentada sob as vestes da teoria do neoconstitucionalismo), de modo a consolidar o Direito como o delicado manejo de conceitos instrumentais nos processos judiciais. Assim, as consequências no funcionamento e na estrutura do Estado e, principalmente, a interferência da vida dos cidadãos das decisões proferidas são representadas nas Cortes na forma de dados econômicos genéricos e no argumento amorfo da opinião pública manifestadas em eventos corporativos e em artigos jornalísticos parciais, de modo que o Judiciário brasileiro pode compartimentalizar o cenário político brasileiro e selecionar os problemas que deseja enfrentar. Esse *modus operandi* de interpretação constitucional tem a função de legitimar a prevalência do campo abstrato e formal da normatividade jurídica (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1776), fenômeno que potencializa as circunstâncias históricas de desigualdade no Brasil e as dificuldades teóricas envolvendo o social e o jurídico, tornando mais restrita a incorporação de pautas sociais e seu efetivo cumprimento no Brasil.

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 AINDA EXISTE? UM REALINHAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROMESSAS NEOLIBERAIS

3.1 AS CARACTERÍSTICAS DO EMENDAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: FRUSTRAÇÕES COM O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE?

Uma das discussões recorrentes no âmbito da Teoria da Constituição envolve o emendamento constitucional, ou, de modo específico, o equilíbrio que esses tipos de texto devem ter entre a garantia da estabilidade do texto e das instituições constitucionais e a segurança de sua funcionalidade, compreendida como a sua capacidade de regular os vários conflitos sociais inerentes à comunidade que a Carta busca reger. Entretanto, esse balanço é bastante delicado, uma vez que, de um lado, grandes dificuldades para alterar a Constituição levam os agentes políticos a promover mudanças constitucionais informais e, de outro, alterações constantes no texto ou reformas abrangentes possibilitam a redução da autoridade das normas constitucionais (MAUÉS, 2020, p. 2).

A possibilidade de emendamento constitucional, prevista na ampla maioria das Constituições pelo mundo³⁴, nada mais representa do que a capacidade de o poder constituinte originário reconhecer que o texto pactuado, para que possa permanecer no tempo, precisará adaptar-se às mudanças sociais.

Por mais que fatores externos possam influenciar o texto constitucional, a “sobrevivência” de uma Constituição é, em grande parte, determinada também por fatores endógenos, ou seja, por características interiores ao seu próprio texto. A partir da pesquisa comparada de longo alcance realizada por Elkins, Ginsburg e Melton (2009, p. 74-91), buscou-se entender os fatores que conferiam longevidade às Constituições, três principais características foram identificadas: 1) afirmar processos de elaboração inclusivos em seu texto, o que deve ser refletido no desenho político das instituições; 2) conter regras flexíveis de emendamento; 3) ter o seu texto mais detalhado, abarcando o maior número de tópicos relevantes e possibilitando uma constante renegociação constitucional. Juntas, essas causas

³⁴ Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton (2009, p. 216-217) examinaram todos os textos constitucionais entre 1789 e 2005 e identificaram que, embora toda Constituição tenha sido feita para durar indefinidamente, a mediana de vida das Cartas nesse período foi de apenas 19 anos, mesmo considerando o fato de que 90% desses textos tenham previsto algum tipo de regra de emendamento. Esses autores realizam também o diagnóstico de que as pesquisas de Direito Constitucional acerca das reformas costumam limitar-se a fatores exógenos como forma de justificar as alterações no texto, sem explicar o motivo pelo qual os atores relevantes arcariam com os custos políticos do emendamento, o que leva a necessidade de pensar, para além de causas externas, como o próprio perfil da Constituição, seja em suas regras de alteração ou mesmo na divergência conteúdo pactuado com a vontade dos agentes estatais, interferem na movimentação política para o emendamento.

endógenas revelaram em várias experiências constitucionais o interesse por evitar os árduos custos políticos de uma substituição constitucional.

Considerando os seus fatores endógenos, ou seja, uma compreensão estritamente dogmática do texto, a Constituição Federal de 1988 é apresentada como rígida quanto ao seu emendamento, uma vez que apresenta a) limites processuais de emendamento, a definição dos órgãos competentes para a reforma constitucional e os respectivos procedimentos, materializados na forma de regras precisas sobre a iniciativa da proposta de emenda, a competência do Congresso Nacional para a aprovação de emendas e a vedação de emendas constitucionais nos períodos de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio; b) limites substantivos de reforma constitucional, entendidos como a vedação de alteração de certas partes da Constituição, evidenciado na forma dos parâmetros constitucionais das cláusulas pétreas; c) além dos dois primeiros limites, que definem parâmetros específicos para o Legislativo, o sistema constitucional brasileiro permite o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, o que coloca o Judiciário como um ator na definição de limites da reforma constitucional (MAUÉS, 2020, p. 5-6).

Entretanto, essa rigidez no estabelecimento de limites para a reforma na forma de um procedimento diferenciado de aprovação de um tipo de norma, uma perspectiva essencialmente dogmática da teoria constitucional, contrasta com a realidade demonstrada pela ciência política, que percebe com bastante facilidade as flexibilizações quanto ao quórum de aprovação das emendas. As maiorias qualificadas, na aprovação de emendas constitucionais, possuem a importante função de exigir um amplo consenso para a alteração constitucional, além da ratificação do compromisso constitucional com a legitimidade das reformas constitucionais. Além disso, um quórum qualificado busca impedir que maiorias temporárias, que são alteradas a cada eleição, promovam alterações excessivas no texto constitucional, o que provoca a instabilidade do que está disposto na Constituição (CONTIADES; FOTIADOU, 2017, p. 382-384).

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 inovou ao reduzir o quórum de aprovação de emendas constitucionais³⁵, quando comparada ao texto constitucional anterior, de 2/3 (aproximadamente 67%) para 3/5 (60%) e ao possibilitar uma revisão constitucional por maioria absoluta de votos (50% + 1). Esses recursos alertam para os acordos realizados na

³⁵ Antônio Moreira Maués (2020, p. 7) acrescenta como inovação a ampliação dos limites substantivos à reforma constitucional pela elevação da separação de poderes, do voto direto, universal e secreto e das garantias fundamentais ao nível de cláusulas pétreas. A intenção dos agentes políticos era a de evitar decisões futuras prejudiciais a esses tão importantes valores e interesses, o que motiva a sua proteção em seu núcleo fundamental.

própria Constituinte brasileira (1987-1988), oportunidade em que, uma vez percebida a dificuldade na obtenção de consensos na Assembleia, os agentes políticos, especialmente o grupo político conhecido como Centrão³⁶, ampliaram as possibilidades de reforma na intenção de modificar as partes do texto constitucional que fossem incorporadas de maneira oposta aos seus interesses (MAUÉS; SANTOS, 2008, p. 376-377).

Em análise dos mecanismos de reforma constitucional que possibilitam conciliar a permanência e a reforma constitucional, a Carta Magna de 1988 revela uma política de acordo, esta que permite às elites políticas brasileiras implementarem mudanças dentro dos limites processuais e substantivos estabelecidos no próprio texto graças ao favorecimento da obtenção do consenso necessário às alterações. Assim, a grande quantidade de emendas à Constituição Federal, uma das principais características desse texto, demonstra que, para além das circunstâncias específicas, essas mudanças são possibilitadas endogenamente, pela própria estrutura constitucional, o que caracteriza o texto brasileiro como pragmático, como permeável a mudanças produzidas por acordos políticos altamente compromissados com o respeito à fórmula da emenda (CONTIADES; FOTIADOU, 2013, p. 435-458; MAUÉS, 2020, p. 10-11).

Para além de características que marcam a sua forma de emendamento, outro fator endógeno associado às numerosas alterações constitucionais advém de um ponto que marca todo o texto constitucional de 1988: a constitucionalização de políticas públicas³⁷. Nesse caso, a Carta brasileira não se limita a regular formal e processualmente a democracia, mas sim em ser um texto substantivo, capaz de regular conflitos sociais pelas normas que regulam a distribuição dos recursos brasileiros e pela atribuição de uma vasta lista de direitos aos

³⁶ Na votação realizada na Constituinte em 18 de março de 1988, a proposta que estabelecia o quórum de 2/3 para a aprovação de emendas constitucionais foi derrotada por 230 votos a 166. A proposta foi rejeitada pelos principais partidos do Centrão (PFL e PDS), que se manifestaram favoráveis ao quórum de 3/5 posteriormente.

³⁷ Nesse âmbito, Rogério Bastos Arantes (2021, p. 312-315) sustenta que há uma distinção, no interior dos textos constitucionais, entre dispositivos fundamentais (*polity*), normas que dizem respeito à organização básica do Estado e de suas instituições e os direitos fundamentais de liberdade, participação e proteção material. Por outro lado, existem os dispositivos veiculadores de políticas públicas (*policy*), marcadas por recortes ideológicos específicos e sujeitas às alternâncias de poder. A partir do que o autor chama de Metodologia de Análise Constitucional (MAC), identifica-se que, dos originais 1.627 dispositivos constitucionais, 69,3% dos dispositivos constitucionais (excluídos os ADCTs) são de *polity* e 30,7% de *policy*. Entre 1992 e 2017, 860 dispositivos foram acrescentados à Carta, sendo 20,6% de *polity* e 79,4% de *policy*, o que revela para o autor que a constitucionalização de políticas públicas fez com que as sucessivas maiorias políticas ampliassem as disposições de políticas públicas no texto constitucional para fazer valer os seus interesses específicos e dos acordos celebrados com os demais poderes. Esse cenário, chamado por Arantes de dinâmica constituinte permanente, é visto por perspectivas opostas na doutrina constitucional brasileira: Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 138-142) argumenta que a Constituição teria mantido intactos os seus pilares fundamentais, demonstrando resiliência e capacidade de adaptação mesmo com tantas mudanças, enquanto Enzo Bello, Gilberto Bercovici e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2019, p. 1802) apontam que essas constantes reformas, além de aproximarem excessiva e indevidamente o poder constituinte derivado de sua forma originária, causaram a ruptura da ordem constitucional.

indivíduos e às comunidades, assim como deveres estatais, em âmbito social e econômico, para o cumprimento devido dessas garantias.

Essa característica constitucional causa impacto direto sobre a agenda governamental, de modo que o Legislativo brasileiro passa a governar pela Constituição³⁸, ou seja, promovendo emendas que atendem a projetos bastante específicos de governo, possibilitando a subjugação do Executivo, que não tem poder de veto sobre reformas constitucionais, do Judiciário, pela redução da margem de controle de constitucionalidade das leis, e da Federação, reduzindo as possibilidades dos demais entes federados de desviarem das diretrizes determinadas constitucionalmente pela União (ARANTES, 2021, p. 309-310).

A perspectiva de uma Constituição como instrumento das mudanças sociais é a marca do Constitucionalismo Dirigente. Essa vertente constitucional, que também influenciou as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978) compreende que a Constituição não deve se limitar a garantir ou regular o existente, mas sim revelar-se como um programa para o futuro, fornecendo linhas específicas de atuação política, mesmo que sem excluir esse campo, na pretensão de mudança da realidade pelo Direito. Assim, uma Constituição dirigente é um texto tanto estatal quanto social, inserindo as instituições estatais em um programa de ação para a alteração da sociedade nos termos pactuados na Constituinte (BERCOVICI, 2003, p. 114-123).

O Constitucionalismo Dirigente, sustenta ainda que as normas determinadoras de fins estatais, que na Carta Magna de 1988 estão materializados no programa de transformações políticas e sociais do art. 3º, devem dinamizar o Direito Constitucional, permitindo a abertura do texto para desenvolvimentos futuros que sejam compatíveis com o compromisso de eliminação da realidade social injusta que pressupõe um Estado que usa a sua estrutura econômico-social em um viés transformador, com uma vontade política disposta a implementar o programa constitucional celebrado³⁹ (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1771-1772).

³⁸ Por mais que o Poder Legislativo concentre a maior parte das iniciativas a emendas constitucionais do ponto de vista formal, Celina Souza (2018, p. 809-810) demonstra que essas alterações à Constituição têm sido pautadas pela agenda de reformas do Executivo, com raras exceções. Assim, a maior participação dos legisladores na proposição de emendas não quer dizer que essas emendas não tiveram o apoio do Executivo, que acabou por aproveitar boa parte dessas emendas para promover sua agenda de governo, por meio de acordos institucionais que modificam essas Emendas Constitucionais ainda em sua fase propositiva.

³⁹ Cabe aqui fazer a ressalva de que mesmo os defensores do constitucionalismo dirigente alertam para o fato de que essa teoria projeta na sociedade a ilusão do instrumentalismo constitucional, ou seja, o constitucionalismo dirigente é uma teoria da constituição tão voltada à supremacia do texto que criou uma Constituição autossuficiente, que resolve todas as questões sociais, políticas e jurídicas apenas pela mera aplicação da Carta Magna. Nessa perspectiva, a mudança da realidade social e das desigualdades inerentes é restrita aos dispositivos constitucionais, ignorando a dimensão do Estado enquanto governo e das decisões políticas como um todo. Assim, o constitucionalismo dirigente, por mais que seja uma teoria jurídica forte, tem um substrato incipiente em termos de teoria estatal e política, criando o paradoxo de que, ao mesmo em que a teoria dirigente afasta a política e o Estado, as diretrizes de seu constitucionalismo são efetivadas sumariamente por esses dois campos (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1773).

Ademais, em divergências doutrinárias, constitucionalistas como Marcelo Neves (2018, p. 408-413) atualizam o debate suscitado por Carl Schmitt na Constituição de Weimar para sustentar que o Constitucionalismo Dirigente teria um viés totalitário por tentar amarrar a sociedade na forma de um governo adstrito à Constituição, cerceando assim o processo de decisão política das gerações seguintes. Por outro lado, autores como Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massoneto (2006, p. 72-73) refutam essa crítica ao apontar que o argumento conservador aponta apenas os dispositivos relativos às políticas públicas como antipolíticos, além de que a solução apontada pelos conservadores reside no mesmo autoritarismo que tanto criticam, já que sua proposta reside em tornar constitucionais políticas de ajuste e estabilização fiscal, medidas de liberalização da economia e de supremacia do orçamento sobre as despesas sociais. Como será visto a seguir, não se busca nessa crítica, que marca o processo de emendamento no Brasil, abolir o constitucionalismo dirigente, mas sim reorientá-lo.

3.2 AS REIVINDICAÇÕES DO MERCADO GLOBAL E O REALINHAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: A FORMA DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE INVERTIDO

Para Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 15-16), os sistemas constitucionais, fulcrais no processo de emancipação sociopolítica, de segurança jurídica e de expansão da democracia nos dois últimos séculos, são constantemente pressionados por um cenário internacional de (re)configuração bastante dinâmica. Esse processo é chamado de realinhamento constitucional, um movimento simultâneo e dialógico em que a internacionalização do Direito Constitucional, na forma do cosmopolitismo ético, trazido pelo advento de um sistema universal de Direitos Humanos⁴⁰, influencia e é influenciada pela constitucionalização de demandas políticas e

⁴⁰ A pretensão universalista do constitucionalismo não é um fenômeno recente: remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, oportunidade em que, no contexto de uma sociedade secularizada e emancipada, ocorre o abandono de um “sistema de valores sociais, espirituais e religiosos” para estabelecer, a qualquer sociedade, o mínimo de direitos na forma de uma Constituição. Nessa perspectiva, os Direitos Humanos, definidos como as garantias inalienáveis e irredutíveis passam a ter em na racionalidade de um homem abstrato sua fundamentação e seu objetivo, invocadas para proteger os indivíduos da soberania estatal e de possíveis arbitrariedades advindas de mudanças no consenso social (ARENDETT, 2012, p. 395-405). Essa perspectiva de ordem jurídico-constitucional baseada em uma abstração enfrentou críticas por parte de Edmund Burke (1982, p. 47-49), que atestou como ilusória a racionalidade oriunda do contrato social, de modo que nenhum grupo social poderia deliberadamente desprezar a experiência histórica que baseia os acordos, convenções e direitos de uma sociedade política estável, além do jovem Karl Marx (2010, p. 45-48), que argumenta que a separação das esferas pública e privada feita pela Constituição Francesa, em vez de favorecer a cidadania e a garantia de direitos, impossibilitaria ações estatais com vistas a suprimir a desigualdade material, uma vez que a igualdade sustenta pelo aparato legal termina por legitimar a supremacia da proteção da propriedade e da exploração do mercado.

jurídicas internacionais por meio da globalização econômica, com suas demandas pela flexibilização de leis com vistas a permitir a livre circulação e atuação do capital⁴¹.

No caso do cosmopolitismo ético, o desencantamento moral provocado pelos horrores do holocausto, dos campos soviéticos de trabalho forçado e dos danos causados pela bomba atômica levam os Direitos Humanos, no pós-II Guerra Mundial, a um forte processo de internacionalização que tem na Declaração Universal de Direitos Humanos, no âmbito das Nações Unidas, o seu principal expoente. O objetivo aqui não era o de estabelecer o efeito vinculante de um tratado internacional, mas sim de servir como paradigma moral para o estabelecimento de um horizonte em que a relação Estado-cidadão fosse analisada por um olhar externo ao do próprio ente estatal. O sucesso da Declaração enquanto marco na comunidade internacional foi evidenciado em várias das Constituições dos países do continente africano que incorporaram as concepções de Direitos Humanos da Declaração, além das Cartas latino-americanas, que assumiram, no fim do século XX, compromissos com as diretrizes globais nas várias Reconstitucionalizações ocorridas⁴² (VIEIRA, 1999, p. 29-30).

O sistema global avança, em 1966, com a adoção da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, materializando o amplo acesso à cidadania aos indivíduos, iniciativa liberal-democrata já reconhecida por várias das Cartas nacionais desde o século anterior, o que, em grande parte, possibilitou que as garantias dessa Convenção tivessem eficácia imediata. Por outro lado, um pouco antes naquele mesmo ano, foi adotada a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que passou a determinar obrigações positivas dos Estados pela redução das desigualdades, esta que, por outro lado, teve suas normas consideradas como programáticas (ou progressivas, na literalidade do art. 2º da Convenção), o que acaba por dilatar no tempo o seu efetivo cumprimento (VIEIRA, 1999, p. 32).

Esse mesmo sistema foi reproduzido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Com a criação da Comissão Interamericana em 1959 e da Convenção Americana de Direitos

⁴¹ Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 21-28) elenca ainda um terceiro fator de análise: o constitucionalismo regional, definido pela alteração dos sistemas constitucionais em decorrência da forma da integração econômica na forma dos blocos regionais, fenômeno que demanda também uma reconstrução política e jurídica desses países. Por mais que outros blocos econômicos sejam suscitados pelo autor, dentre eles o Mercosul, Vieira considera essas instituições ainda de caráter embrionário para que fossem analisadas de fato pelo constitucionalismo regional, o que o leva a voltar o seu estudo para a União Europeia. Avanços como a constituição de uma moeda única, prerrogativa antes atribuída aos Estados soberanos, demonstram que o bloco europeu apresenta avanços institucionais para a constituição de uma nova entidade política, característica ímpar quanto aos demais blocos econômicos no globo. Nesse sentido, a escolha metodológica de analisar diretamente as questões envolvendo o caso brasileiro faz com que, no presente trabalho, o constitucionalismo regional não seja aprofundado.

⁴² No caso específico da Constituição Brasileira de 1988, há a ampliação da lista de direitos originalmente pactuados na Carta a partir da prerrogativa prevista no art. 5º, §2º do texto constitucional, que envolve a incorporação, em mesmo plano hierárquico, das garantias fundamentais assumidas pelo Brasil no âmbito dos tratados internacionais.

Humanos em 1969 (com entrada em vigor em 1978), os direitos civis e políticos, essencialmente individuais, foram tidos como eficácia imediata, enquanto que os direitos sociais e econômicos foram classificados como progressivos ou programáticos, nos termos do artigo 26 da Convenção Americana. Na forma da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para os Estados que aceitam a sua jurisdição, ocorre a possibilidade de revisão judicial dos ordenamentos jurídicos nacionais em face da Convenção, além de que a estabilização dos regimes democráticos evidencia uma maior integração entre as normas da Convenção e as respectivas Constituições americanas (VIEIRA, 1999, p. 34-35).

Assim, agora na atual forma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, evidencia-se o fenômeno dialógico do realinhamento constitucional, dada a capacidade desses sistemas internacionais de direitos de reproduzirem, nos termos bastante específicos das Convenções as quais os Estados são signatários, do modelo vinculante das normas constitucionais, ou seja, a internacionalização do Direito Constitucional no que tange a parâmetros de Direitos Humanos nas relações entre as nações e no controle internacional das ações dos Estados. Além disso, o Direito Internacional passa, simultaneamente, a influenciar as várias Constituições nacionais do fim do século XX, de modo que a experiência americana demonstra que o realinhamento constitucional amplia a eficácia dos sistemas de proteção de Direitos Humanos, por mais que reproduza, em ambas as esferas, a contradição entre avanços significativos dos direitos civis e a exclusão material das reivindicações de ordem econômica e social, fenômeno que possibilita a ampliação da globalização econômica, que ataca justamente esse segundo grupo de direitos (VIEIRA, 1999, p. 37-38).

O impacto do neoliberalismo⁴³ no constitucionalismo contemporâneo é chamado de globalização econômica. Ao contrário da perspectiva de fortalecimento de direitos vista no cosmopolitismo ético, esse fenômeno consiste em uma série de reformas político-econômicas que visam lançar os países em um cenário de competição internacional em que o sucesso nessa disputa é determinado pela supressão das conquistas sociais em nome da ampliação de políticas monetárias, medidas que apresentaram efeitos mais graves em países como o Brasil, em que a desigualdade é latente. Além disso, a política neoliberal entra em choque com a escolha política da Constituição de 1988, marcada pelas obrigações positivas do Estado para com a desigualdade

⁴³ O neoliberalismo é compreendido aqui como uma racionalidade política que evidencia um estágio capitalista que está “para além de uma política econômica e do fortalecimento do capital”, consolidando os princípios econômicos como norteadores das ações e institutos estatais. As políticas neoliberais são amplamente associadas, dentre várias outras, às medidas de privatização dos serviços públicos e processos de flexibilização, deslegalização e precarização dos Direitos Sociais (BROWN, 2019, p. 28-31).

social, o que demanda controle estatal da economia na forma de órgãos públicos e agentes econômicos diretos (VIEIRA, 1999, p. 39)⁴⁴.

Em um momento de declínio do keynesianismo no fim da década de 1970, momento em que a crise do petróleo resultou na combinação de alta inflação (aumento significativo dos preços) e de desemprego elevado, iniciando a era da estagflação (redução ou crescimento nulo do PIB dos países) (NUNES, 2010, p. 426), o neoliberalismo passa a ser aplicado pelos Estados nacionais na forma da financeirização do Estado de Direito e de políticas que incentivam a redução do Estado Social por meio da privatização e da financeirização das políticas públicas⁴⁵.

Partindo da compreensão de que o caráter distributivo da política pública é um atentado à liberdade individual prevista nas constituições, o Estado não é responsável por questões de justiça social, mas sim por garantir que o Direito seja cumprido, aqui já em uma perspectiva de que a lei possui a função de garantir a existência do mercado (FRIEDMAN, 2014, p. 199-204).

O método neoliberal de solução de crises defendido pelo Consenso de Washington e as instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial sustentam que os países, em especial as nações em desenvolvimento, devem limitar o seu aspecto intervencionista e regulador em nome da austeridade fiscal, promovendo o equilíbrio orçamentário e a estabilidade financeira dos Estados. Essa medida, que cria condições propícias para a expansão do mercado global, possibilita a abertura das economias internas dos países em desenvolvimento para as multi e transnacionais, de modo que as reformas pautadas na retração das políticas sociais são legitimadas sob uma retórica de desenvolvimento econômico como garantidor da prosperidade (OLIVEIRA, 2010, p. 175-176).

No caso brasileiro da Constituição de 1988, o conflito latente entre uma constituição dirigente, de fins e objetivos específicos para o Estado e a sociedade, e o novo padrão sistêmico de acumulação imposto pelo neoliberalismo faz surgir um novo fenômeno: o da Constituição

⁴⁴ Por mais que Oscar Vilhena Vieira faça o alerta acerca de um realinhamento constitucional influenciado pelo neoliberalismo no fim do século XX, trabalhos posteriores do autor, como o escrito com Ana Paula Moreira Barbosa, indicam que sua compreensão é alterada de maneira significativa, de maneira a compreender a Constituição de 1988 como resiliente, ou seja, um texto que demonstra enorme capacidade de adaptação, de modo que a grande maioria das muitas emendas constitucionais não teria atingido o cerne da Carta Magna, de modo que o sistema político e a carta de direitos encontram-se basicamente preservados. Os fatores que parecem ter contribuído para a resiliência da Constituição de 1988, segundo os autores, seriam a amplitude e o detalhamento do texto e a conjugação de um duplo patamar de rigidez constitucional, com critérios hiper-restritos para a proteção do cerne do texto, por meio do art. 60, § 4º, e critérios bastante flexíveis para a alteração dos demais dispositivos da Constituição (VIEIRA; BARBOSA, 2018, p. 387-388)

⁴⁵ O neoliberalismo enquanto modelo econômico e social foi visto primeiramente no governo ditatorial chileno de Augusto Pinochet (1974-1990). Em seguida, foi aplicado no Reino Unido de Margaret Thatcher (1979-1990) e nos Estados Unidos de Ronald Reagan (1981-1989), todos esses governos pautados em um quadro institucional de forte direito de propriedade e expansão do comércio e do livre mercado (VERBICARO, 2020, p. 113).

Dirigente Invertida, que consiste na fragmentação da ordem econômico-financeira⁴⁶ para que o Direito Financeiro e a rigidez de seus instrumentos prevaleçam sobre a vontade constitucional. Nesse caso, ocorre a inflexão de toda a construção do Direito Financeiro oriunda do pós-II Guerra, visto um campo que se articula com o Direito Econômico para afirmar o papel do Estado no domínio econômico, planejando e financiando a economia nos moldes de um Estado Social. Influenciada pelo neoliberalismo, a Constituição dirigente invertida sustenta a separação da economia e das finanças públicas, a abstenção do Estado em domínio econômico e uma pretensa neutralidade financeira, materializada na forma da expansão da Constituição Financeira e no esvaziamento, formal ou material da Constituição Econômica (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 58-59).

A Constituição Financeira inscrita na Carta Magna de 1988 está envolta ao contexto da perseguição por um maior controle e transparência dos gastos públicos. Nessa perspectiva, a Constituição brasileira assegura, em seu art. 165, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), estas que abarcam não só o Orçamento da União, mas também os Orçamentos Fiscal, Monetário, da Previdência Social e das Empresas Estatais. Esse processo choca-se com as medidas tomadas ao longo da década de 1990 com a privatização dos bancos estaduais e a consolidação da atividade monetária no Banco Central, culminando, nos anos 2000, com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n° 101/2000), estas que representam que todo o ideal dirigente da Carta Magna de 1988, que a Constituição Financeira deveria dar suporte, esgotou-se no controle dos gastos públicos. Em outras palavras, a prática constitucional consolidou a Constituição Financeira como de lógica monetária neutra, meramente processual e totalmente separada dos compromissos sociais assumidos pela Constituição Econômica, o que resulta em um intervencionismo estatal na economia bastante limitado e a conversão das normas sociais e econômicas, que determinam obrigações positivas ao Estado inclusive em âmbito econômico, em essencialmente programáticas, não imediatamente concretizáveis, bloqueando a efetividade completa da Constituição (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 63-67).

O orçamento público, nesse cenário, abandona a função precípua atribuída constitucionalmente de garantir direitos, individuais e sociais, e de prestar serviços públicos

⁴⁶ Enquanto o Direito Financeiro define como serão gerenciadas as finanças estatais, ou seja, as formas de captação e gerenciamento das receitas estatais para a aplicação em suas despesas, o Direito Econômico é o campo que atua na regulação do modo de produção capitalista enquanto forma de produção de riquezas de um país. Nesse sentido, partindo da premissa de que o capitalismo explora indiscriminadamente visando o lucro, esse campo jurídico trabalha para que a lógica do mercado, essencialmente individual e meritocrata, não comprometa os objetivos constitucionais de igualdade material e de mitigação das desigualdades.

para a maioria da população. Motivado pela necessidade neoliberal de garantir a remuneração e a sobrevivência do próprio capital, o orçamento público volta-se, no constitucionalismo dirigente invertido, à garantia econômica e jurídica do capital privado, alocando os recursos estatais para a acumulação em esfera financeira. Em países como o Brasil, que assumem o constitucionalismo dirigente como forma de alterar significativamente a realidade social, essa mudança na função do orçamento significa subordinar as políticas públicas à estabilização monetária. Ademais, a pretensão de mera tecnicidade dos instrumentos financeiros atende ao interesse de excluir o orçamento da esfera de deliberação pública, tornando as políticas monetárias brasileiras ainda mais permeáveis aos interesses privados das elites e das demandas externas do capital global, diminuindo os riscos de se investir no Brasil às custas das ordens econômica e social da Constituição (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 69-71).

Assim, no caso das nações em desenvolvimento, a entrada das medidas neoliberais atende à globalização econômica, ou seja, a uma necessidade de adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais às expectativas dos detentores da riqueza mundial (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 77). Ademais, o caso brasileiro apresenta ainda a peculiaridade do perfil da Carta Magna de 1988, uma constituição rígida que expandiu sua margem jurídica para temas antes deixados para a legislação ordinária como forma de vincular a atuação dos futuros governantes do país.

Isso não viria a ser um problema se a escolha política de efervescência democrática fosse o único objetivo da Constituição, quando, em verdade, a Constituinte de 1987-1988 é reflexo de um compromisso maximizador em que um processo de barganha foi feito para que cada setor organizado tivesse os seus interesses constitucionalizados, o que impede que a Constituição tenha um único viés (VIEIRA, 1999, p. 40-41). A combinação entre rigidez constitucional e uma longa lista de assuntos constitucionalizados resulta em um texto de propósitos conflitantes e que envelhece rapidamente, o que provoca o seu constante emendamento, alterações essas que, com o vácuo entre finanças e economia deixado pelos conflitos internos ao texto, abriu oportunidade para que os ditames neoliberais fossem incorporados na forma de emendas que alteram o supostamente neutro orçamento⁴⁷.

⁴⁷ Longe de ser o argumento final, porém um sinal dessa tendência de alterações no orçamento como forma de alteração da vontade constitucional pode ser demonstrado a partir do estudo empírico realizado por Antônio Moreira Maués (2020, p. 13-21). Na oportunidade, o autor divide as emendas constitucionais aprovadas entre 1992 e 2017 pela preponderância de determinados títulos da Constituição, classificando-as em cinco grupos: Direitos Fundamentais (Título II), Organização e Defesa do Estado (Títulos III e V), Organização dos Poderes (Título IV), Tributação e Orçamento (Título VI), Ordem Econômica (Título VII) e Ordem Social (Título VIII). O resultado foi bastante expressivo: das 99 emendas constitucionais aprovadas durante um período de mais de duas décadas e meia (resultando em uma taxa de aproximadamente 3,3 emendas ao ano, se contar a partir de 1988), 41 delas versavam sobre tributação e orçamento. Além disso, Antônio Maués destaca que mesmo em matérias como

3.3 A QUEBRA DO PACTO PELA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES: UMA ANÁLISE DO EMENDAMENTO

As reformas neoliberais à Constituição, que visam alterar as diretrizes do Estado brasileiro a fim de compatibilizá-las com a lógica do mercado internacional, atuaram com características bastante específicas: flexibilização da Administração Pública, reorganização do sistema previdenciário, reforma no Poder Judiciário, redefinição do conceito de empresa nacional, permissão do fim dos monopólios estatais e garantia de um amplo processo de privatização (VIEIRA, 1999, p. 42), convertendo o texto constitucional e o Direito Público como um todo em grandes reguladores das finanças, buscando assim adstringir as questões econômicas tão caras ao dirigismo constitucional.

Essas alterações são feitas na forma de emendas à Constituição por dois principais motivos: a) o caminho das reformas constitucionais busca blindar as alterações feitas de possíveis mudanças políticas; b) na sociedade brasileira pós-1988, os conflitos distributivos são constantemente processados pela Constituição, o que leva a constantes reformas e a própria instabilidade do texto constitucional (MAUÉS, 2020, p. 22).

As reformas neoliberais à Constituição têm no governo de Fernando Henrique Cardoso o seu primeiro expoente⁴⁸. Com o objetivo de reduzir a atuação econômica do Estado, no ano de 1995, foram alteradas as questões envolvendo as empresas de capital nacional e os monopólios: a EC 5 permite que empresas privadas explorem, a partir da autorização dos Estados membros, a exploração de serviços de gás canalizado, ao passo em que a EC 9 possibilitou o mesmo fenômeno no âmbito das telecomunicações e do petróleo. Assim, por mais que o monopólio estatal nessas atividades estivesse formalmente mantido, empresas privadas puderam passar a ser contratadas para realizar serviços antes restritos às estatais. Ademais, a EC 6 retirou da Carta Magna o art. 171 da Constituição, que disciplinava o conceito de empresa

organização dos poderes (19 emendas) e organização do estado (17 emendas), temas que juntos somam 36 emendas, as alterações estavam longe de ter o mesmo impacto sobre a ordem constitucional do que as mudanças em âmbito orçamentário.

⁴⁸ Historicamente, as reformas de cunho neoliberal foram iniciadas no Governo de Fernando Collor de Mello, entretanto, o caminho escolhido nesse governo foi o das medidas provisórias. A partir desse método, o resultado foi muitas dessas reformas terem sido contestadas perante o Poder Judiciário, demonstrando que as Cortes, seja o STF ou os tribunais e juízes inferiores, seriam um empecilho para futuras reformas. A resposta a esse entrave foi a Emenda Constitucional nº 3, instaurando a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), de modo que a declaração de constitucionalidade de um dispositivo feita pelo Supremo Tribunal Federal vincula as instâncias inferiores, reduzindo-se o campo de atuação do Poder Judiciário nas reformas do governo, ajustando a atuação do sistema judiciário brasileiro às demandas por eficiência e segurança jurídica, o que diminuiria o chamado “Custo Brasil”, que designa as dificuldades estruturais, burocráticas, trabalhistas e econômicas que atrapalham o crescimento do país que influenciam negativamente o ambiente financeiro do país e a captação de investidores internacionais (ARANTES, 2021, p. 301; VIEIRA, 1999, p. 42-43).

brasileira de capital nacional, eliminando a possibilidade de tratamento privilegiado deste grupo de empresas sobre as multinacionais. Por fim, a EC 8 permitiu, no âmbito das telecomunicações, um amplo processo de privatização, retirando as empresas nacionais desse âmbito e substituindo-as por empresas privadas nacionais e internacionais (VIEIRA, 1999, p. 43).

Além disso, outra marca do governo FHC foi a da reforma da Administração Pública a partir da EC 19/1998, com vistas a flexibilizar a administração na forma da redução dos custos com pessoal, sob o fundamento de que uma reforma administrativa não servia apenas para remover práticas patrimonialistas de um modelo burocrático clássico, mas também para tornar os servidores mais baratos e de melhor qualidade. Também chamada de reforma gerencial, as mudanças propostas pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira⁴⁹ fizeram com que a administração abandonasse o controle de procedimentos para ser pautada no controle de resultados. Inaugurava-se assim o princípio da eficiência, que permitiu também a separação da Administração Pública, que formula as políticas públicas, das agências reguladoras, que fiscalizam a prestação dos serviços públicos com base em critérios técnicos, reforçando a compreensão de empresas estatais como centros privilegiados e antiquados de poder (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1785).

No mesmo ano, a EC 20 reconfigurou o sistema previdenciário brasileiro, sendo determinado que o regime previdenciário seria de caráter contributivo e seriam observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial, vinculado o valor previdenciário pago à contribuição feita, além do estabelecimento de idade mínima para a aposentadoria. A motivação para essas alterações era que, à época da emenda, o Brasil vivia um rombo bilionário provocado pela alteração demográfica brasileira⁵⁰, que, no período de criação do plano, nos anos 1950, era de 8 ativos para cada 1 inativo e passou a ser de 2 ativos para 1 inativo no fim da década de 1990 (VIEIRA, 1999, p. 44).

⁴⁹ Bresser Pereira (2011, p. 87-93) defende que o repasse de atividades estatais para a iniciativa privada consiste em uma republicação do próprio Estado, partindo da premissa de que a tarefa principal do ente estatal é o controle do funcionamento do mercado. As agências reguladoras, em sua visão, seriam um meio de atribuir ao legislador público a mesma autonomia que o administrador privado possui.

⁵⁰ Destaca-se que esse mesmo argumento do aumento da sobrevida do brasileiro, que incide diretamente na proporção de ativos e inativos, aliado ao aumento da taxa de desemprego e o consequente desequilíbrio entre beneficiários e contribuintes das contas previdenciárias provocou as ECs 41/03 47/05 e 70/12, além de, 21 anos depois, resultarem em uma nova Reforma da Previdência na forma da EC 103/19, proposta pelo governo de Jair Bolsonaro, que promoveu alterações na idade mínima de aposentadoria, no cálculo de benefícios, na forma das contribuições beneficiárias, além da instauração do regime de capitalização pura. Todas essas mudanças, apesar de seu impacto social significativo, ainda apresentam dificuldades em solucionar desigualdades entre setores do funcionalismo público, entre contribuidores urbanos e rurais, entre pensionistas homens e mulheres, entre trabalhadores submetidos ou não a agentes nocivos, além dos questionamentos pertinentes à própria vedação do retrocesso e ao direito fundamental à previdência (ANAMATRA, 2020).

As reformas regulatórias da década de 1990 demonstram que argumentos imbuídos de pretensa neutralidade técnica motivaram parcela significativa das Emendas Constitucionais daquele período, o que significou uma forte redução do espaço decisório da política no campo financeiro. Em outras palavras, a tecnocracia imposta pela lógica de mercado ganha espaço e importância na Constituição sem nenhuma forma de controle político ou social, uma vez que são defendidas pelo governo como mudanças meramente processuais e imparciais, estas que, materialmente, restringem as atividades estatais a um mínimo ditado pelo mercado (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1787).

Assim, como se a gestão de finanças de um país não tivesse fins políticos ou sociais, os interesses de mercado passaram a prevalecer sobre a política democrática, com medidas que alteram significativamente as demandas sociais brasileiras sendo justificadas por análises de custo-benefício e de eficiência econômica. A partir dos anos 1990, a experiência brasileira demonstra que a atuação do Estado no domínio econômico não apenas regula mercados, como também os cria⁵¹, decisão essa que 1) é reflexo de escolhas políticas de governo baseadas em uma estratégia neoliberal de desenvolvimento nacional que consegue despolitizar o Direito Financeiro, desatrelando suas decisões jurídicas de seus reflexos políticos e econômicos (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1786).

Por mais que um volume emblemático de mudanças tenha ocorrido no governo de Fernando Henrique Cardoso, as três gestões seguintes já encerradas, de Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Michel Temer, mantiveram taxas consideráveis de emendamento constitucional na área de tributação e orçamento, panorama que, para Antônio Moreira Maués (2020, p. 23), relaciona-se diretamente a situação econômica do país, de modo que o aumento do Produto Interno Bruto entre o período de 2007-2014 fez diminuir as alterações constitucionais, condição alterada pela crise econômica que assola o Brasil de 2015 em diante, fazendo elevar as taxas de emendamento⁵².

⁵¹ Na teoria neoliberal, a intervenção do Estado tem como função principal desenvolver o mercado concorrencial, ajustando as medidas estatais de maneira a potencializar esse desenvolvimento. Nesse sentido, o neoliberalismo entende que o mercado não é um dado natural, mas sim uma construção social e política na qual a iniciativa privada, submetida à concorrência, ocorre pautada na liberdade (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 80). Sendo o mercado algo construído, cabe ao neoliberalismo projetar o Estado não mais como um agente de funções negativas para com o mercado, mas como um ente que atua ativamente para manter viva a estrutura mercadológica (FOUCAULT, 2010, p. 121-123). O objetivo aqui é fazer do neoliberalismo um regime que reformula o Estado de Direito para legitimar a doutrina neoliberal e as intervenções jurídico-estatais pró-mercado dela decorrentes.

⁵² As médias anuais de emendamento constitucional na área de tributação e orçamento entre 2007 e 2014 são de 1,50 (governo Lula 2, de 2007 a 2010) e de 1,25 (governo Dilma 1, de 2011 a 2014). A partir da crise econômica, as taxas anuais de emendamento sobem para os índices de 3,00 (governo Dilma 2, de 2015 a 2016) e 2,00 (governo Temer, analisado de 2016 até 2017).

Entre 2002 a 2015, ocorre um aumento de mais de três pontos percentuais (de 12,6% para 15,7%) dos gastos sociais em relação ao PIB, com destaque para os gastos em educação, cultura, assistência social e previdência, o que demonstra certa constância no âmbito dos gastos sociais e um conseqüente fortalecimento da democracia na forma da melhora das condições de vida da população (percebida na recrudescimento do coeficiente de GINI em 0,07 pontos) e da redução da desigualdade de renda entre ricos e pobres, demonstrando que um contexto econômico favorável possibilitou um consenso entre o equilíbrio fiscal estabelecido pelas várias reformas feitas anteriormente e a ampliação dos gastos sociais, demonstrando uma atuação constitucional em prol da solução do conflito distributivo mesmo com as amarras das políticas fiscais. Entretanto, em 2015, a crise econômica afeta o Dívida Bruta do Governo alcança 65,5% de um PIB que regrediu em 3,7% naquele ano, o que levou o PMDB, que viria a tomar o controle do Executivo com o golpe institucional que retirou Dilma Rousseff do poder, a lançar o “Ponte para o Futuro”, uma política de redução dos gastos sociais que demonstra que, em tempos de crise, a manutenção da ordem financeira sobrepõe qualquer demanda social (MAUÉS, 2020, p. 24-25).

No campo orçamentário-tributário desses três governos, as emendas constitucionais concentraram-se em dois pontos específicos: a) o controle dos gastos públicos pela desvinculação de receitas e redução dos gastos públicos, realizados por meio da contínua prorrogação da Desvinculação de Receitas da União (originalmente Fundo de Estabilização Fiscal na forma de EC 10/96, depois convertida em DRU pela EC 27/00 e continuamente renovada pelas ECs 42/03, 56/07, 68/11 e 93/16); b) o financiamento das políticas sociais, com emendas que alteraram a disposição de recursos da educação (ECs 14/96, 53/06 e 59/09), da saúde (ECs 29/00 e 86/15) e da erradicação da pobreza (ECs 31/00 e 67/10), além da prorrogação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) (originalmente EC 12/96, renovada pelas ECs 21/99, 37/02 e 42/03) (MAUÉS, 2020, p. 22).

Esses dois critérios do emendamento constitucional vão convergir na Emenda Constitucional 95, de 2016, a mais importante reforma ocorrida na gestão de Michel Temer, medida que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para criar o teto de gastos, ou seja, as despesas primárias federais, que incluem saúde e educação, serão limitadas aos gastos do exercício anterior corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), o que impede que essas despesas tenham aumento real em um novo regime fiscal que estará em vigor por 20 anos (MAUÉS, 2020, p. 26-27).

Medida ausente nas Constituições dos demais países, a EC 95/16 foi justificada pela necessidade de recomposição das finanças do governo federal em decorrência da grave

econômica vivida pelo Brasil. Entretanto, essa justificativa contrasta com dois pontos que marcaram a gestão Temer: 1) a prioridade do governo federal em alocar recursos para a amortização de dívidas públicas e privadas em detrimento de gastos sociais, imprescindíveis em uma crise financeira, mas que demonstram um alinhamento com as reivindicações neoliberais de mercado em prol da competitividade das empresas brasileiras; 2) o gasto de R\$ 32,1 bilhões em emendas parlamentares com vistas a manter Michel Temer no poder em meio a ameaças de *impeachment* (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1798-1799).

Assim, a escolha alegadamente técnica pelo teto de gastos busca encobrir, em verdade, a seletividade política pela não concretização dos Direitos Sociais, oportunidade em que se demonstra a separação completa do ajuste fiscal e da política monetária da Constituição Financeira e das políticas distributivas e desenvolvimentistas da Constituição Econômica, assim como o sucesso da constitucionalização da globalização econômica. Esses fatores confirmam o Constitucionalismo Dirigente Invertido no Brasil, caracterizado por uma tecnocracia neoliberal restringe o campo de atuação da própria democracia, convertendo-a em mera formalidade⁵³. As alterações posteriores, como as Reformas Trabalhista (Lei nº 13.465/2017 e da Previdência (EC 103/19) apenas confirmam que os Direitos Sociais estão fortemente adstritos ao que a economia (leia-se o neoliberalismo) pode comportar.

⁵³ No Estado neoliberal, a vontade política não é mais exprimida pela democracia, mas sim por uma tecnocracia com a expertise política e econômica necessárias a assegurar um Estado comprometido unicamente com a busca da liberdade necessária à busca dos fins individuais, atingidos unicamente pela via econômica (BROWN, 2019, p. 98-101). Ademais, a intervenção neoliberal na democracia consiste na fragmentação do sistema democrático em seu aspecto formal, na forma do procedimento democrático, e, no seu aspecto material, representado pelos compromissos com os Direitos Humanos inerentes ao regime democrático. Desse modo, o neoliberalismo desmonta a democracia e usa a estrutura do regime para efetivar um projeto de poder (BROWN, 2015, p. 35-41).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que a Constituição Federal de 1988 seja bastante clara ao definir o direito à saúde como uma garantia social, a realidade da concessão judicial nesse tema é marcada pela dificuldade da interpretação jurídica, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em caracterizar o acesso à saúde enquanto direito social, de modo que a Suprema Corte brasileira tende a analisar tal direito como individual e decorrente do direito à vida. Essa tese apresenta a consequência primeira de, já que as concessões estatais no âmbito à saúde são feitas por políticas públicas, de caráter social, decisões tratando a saúde como direito individual fazem que, para a área jurídica e para além dela, existam entraves acerca do conteúdo material desse direito, dificuldade essa que irá ressoar na própria fixação de parâmetros judiciais de concessão, algo que o STF, por mais que tente definir, apresenta dificuldade em aplicar.

Ademais, a concessão de medicamentos pelo Judiciário é problemática uma vez que esse Poder não lida com as consequências técnicas, financeiras ou econômicas de suas decisões, estas que tendem a desrespeitar procedimentos complexos de segurança e eficácia dos tratamentos, além da alocação dos já escassos recursos da saúde, comprometendo a sustentabilidade do sistema. Há também a questão de que essa indefinição compromete diretamente a universalidade do Sistema Único de Saúde, uma vez que as concessões individuais advindas do Judiciário comprometem a saúde enquanto política pública igualitária ao considerarem características individuais dos demandantes como base para concederem tratamentos não previstos a todos os brasileiros, consolidando uma jurisprudência que amplia a saúde àqueles que acessam o Judiciário, reforçando distinções sociais e raciais históricas que protegem determinadas vidas e exterminam outras no país.

Demonstra-se uma postura do Judiciário que pouco respeita os parâmetros definidos pelos próprios órgãos de saúde nacionais e internacionais, de modo que a interpretação jurídica pouco ou nem considera os parâmetros técnicos envolvendo o SUS nas suas várias concessões individuais, assim como as definições do próprio Direito que analisem a saúde para além da demanda particular, mas sim como uma questão social. Assim, uma parte do problema poderia ser resolvida ou mesmo melhor compreendida se uma análise interdisciplinar, fosse realizada.

Nesse âmbito, ainda há de se lidar com duas questões: 1) as demandas levadas ao Judiciário em matéria de saúde são feitas na forma individual; 2) o cerne do problema envolvendo a saúde consiste, sobretudo, na alteração da natureza de um Direito Constitucional apenas por decisões reiteradas do Poder Judiciário, sem nenhuma alteração formal no tema. Ambas as questões convergem em um ponto: são discussões que não se limitam ao campo da

saúde, mas sim são sintomáticas no que tange à compreensão e à efetividade dos Direitos Sociais como um todo.

Um estudo dessa dimensão abarca uma histórica brasileira em que os longos anos do Brasil enquanto colônia, de uma construção enquanto Império e República que pouco teve a participação popular e o forte patrimonialismo que abarca todos esses períodos resultaram em uma construção de cidadania incipiente, de modo que a compreensão da população em geral dos direitos ainda limita-se a vê-los como simplesmente outorgados pelo poder soberano, de modo que os Direitos Sociais, que baseiam-se em conquistas oriundas de reivindicação popular, saem do campo de visão dos brasileiros e naturalizam a longa lista de privilégios que distinguem os vários grupos sociais até hoje.

Para além da constituição da sociedade brasileira, a efetividade dos Direitos Sociais enfrenta dificuldades no próprio funcionamento da máquina jurídica, esta que, essencialmente liberal, não consegue incorporar demandas sociais integralmente ao corpo da lei, convertendo essas pautas em várias concessões particulares, processo que compromete e pode até mesmo inverter o longo processo de luta desses grupos sociais pelo reconhecimento jurídico. Essa compreensão ressoa na própria prática jurídica brasileira, que distingue os Direitos Individuais dos Sociais ao dar aos primeiros eficácia imediata e aos últimos o caráter de norma programática, de regulamentação posterior, com compromissos que podem dilatar-se no tempo.

Entretanto, condicionar todos esses fatores, que comprometem a própria aplicabilidade do texto constitucional, às decisões questionáveis do Poder Judiciário seria não analisar o problema completamente. Nesse sentido, cabe identificar que a Constituição Federal de 1988 apresenta a particularidade de, além de apontar a estrutura do Estado, das instituições e dos direitos mínimos a serem observados pelo Brasil, determinar a política governamental, na forma da constitucionalização das políticas públicas, ponto que coloca todos os Três Poderes como capazes de determinar os rumos dos Direitos Sociais no Brasil.

Esse campo de estudo fornece de imediato o que estudos que se limitam à interpretação judicial tendem a não considerar: a Constituição, de forma alheia ao Poder Judiciário, mudou com o tempo, de modo que a própria tarefa de interpretar a Carta Magna apresenta respostas diferentes a depender do tempo. Assim, o emendamento constitucional revela-se como um outro fator de análise nessa pesquisa, uma vez que a promessa constitucional de 1988, na qual reside o argumento de que os Direitos Sociais devem ser cumpridos de modo igualitário e imediato, foi comprometida por uma série de emendas constitucionais.

O fenômeno do emendamento, por sua vez, possui duas dimensões: uma endógena, que representa uma dificuldade desde a Constituinte em se obter um único caminho para o texto

constitucional, o que foi “resolvido” por tornar a Constituição bastante permeável a novos acordos institucionais, o que altera significativamente as disposições do texto, e outra exógena, compreendida pelo contexto do capitalismo global na qual a Constituição se insere, de modo que o seu caráter dirigente e de forte intervenção estatal entra em choque com a necessidade neoliberal de ampliar as condições de mercado, vertente essa que considera os Direitos Sociais como extremamente caros e reflexos de uma concepção que um país que pretende se modernizar e se globalizar não pode mais sustentar.

Nessa perspectiva, o emendamento atuou para que vários acordos institucionais alterassem o texto e o adequassem às demandas nacionais e internacionais de mercado, promovendo um verdadeiro realinhamento constitucional que separou a Constituição Financeira da Constituição Econômica, promovendo uma forte adstrição à concretização das demandas sociais na forma das políticas públicas.

O estudo realizado por essa pesquisa, ao tentar compreender a judicialização da saúde como um reflexo de problemas históricos e institucionais envolvendo a eficácia dos Direitos Sociais no Brasil, busca ampliar o campo de estudo do Direito Constitucional pela compreensão de que fenômenos como a formação do Estado brasileiro, o emendamento constitucional, a interpretação judicial e a relação dialógica entre política e Direito, seja nesse tema ou em outros, não devem ser fenômenos lidos separadamente ao se investigar fatores estruturais que comprometem a construção de uma sociedade brasileira realmente voltada à mitigação das desigualdades sociais.

O diagnóstico aqui apresentado não busca ser definitivo ou mesmo estanque, mas sim integrar um ainda não majoritário, porém importantíssimo debate que consiste em pesquisas de Direito Constitucional que integrem diferentes dimensões da esfera social, política e jurídica a partir da compreensão de que um Direito comprometido de fato em realizar os ditames de um hoje severamente prejudicado pacto constitucional reconhece a sua incapacidade de solucionar os gigantescos problemas que assolam a sociedade brasileira apenas pela força da norma. Assim, os estudos e a própria atuação constitucional devem ser pautados em diálogos interdisciplinares, de modo que a ciência jurídica se posicione não mais como protagonista, mas como um lugar no qual as outras ciências, o debate amplamente público e as demandas das várias minorias sociais brasileiras possam ser incorporadas e efetivadas como diretrizes norteadoras de uma comunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCA, Thiago dos Santos. *Uma análise da doutrina brasileira dos Direitos Sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006*. 2009. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.336*. 18 mar. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752289423&prcID=5877943#>. Acesso em: 09 out. 2021

ARANTES, Rogério Bastos. STF e Constituição policy-oriented. *Suprema: revista de estudos constitucionais*. Brasília, v. 1, n. 1, p. 299-342, jan./jul. 2021

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia? O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018

BACHA E SILVA; Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes. Direito à saúde, jurisdição constitucional e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 830-860, 2021

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo III, 2005, p. 61-77

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; et al. *Teoria da Constituição: Ensaio sobre o lugar da política no texto constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. Cidadania e direitos: aproximações e relações. In: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Cidadania, um projeto em construção*. São Paulo: Claro Enigma, 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 1.114.613*. AI 1.114.613. ESTADO DE MINAS GERAIS. Relator: Ministro Campbell Marques. 08 de maio de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=5083777&tipo_documento=documento&num_registro=200802436250&data=20090508&formato=PDF. Acesso em: 16 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão do Tribunal Pleno no Agravo Regimental na Petição 1.246*. PET 1.246 AgR. ESTADO DE SANTA CATARINA. Relator: Ministro Celso de Mello. 10 de abril de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325774>. Acesso em: 15 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão do Tribunal Pleno no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286*. RE 271.286 AgR. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. Relator: Ministro Celso de Mello. 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 15 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão do Tribunal Pleno no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175*. STA 175 AgR. UNIÃO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 de março de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 15 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão da Segunda Turma em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 639.337*. ARE 639.337 AgR. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 09 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão do Tribunal Pleno no Habeas Corpus 152.752*. HC 152.752. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA. Relator: Ministro Edson Fachin. 04 de abril de 2018. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão do Tribunal Pleno em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 657.718*. RE 657.718. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Relator: Ministro Marco Aurélio. 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751246393>. Acesso em: 11 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão do Tribunal Pleno no Recurso Extraordinário 566.471*. RE 566.471. ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 01 de setembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 16 set. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática em Suspensão de Tutela Provisória 803*. STP 803. UNIÃO. Relator: Ministro Luiz Fux. 19 de julho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6220257>. Acesso em: 17 set. 2021

BROWN, Wendy. *States of injury: power and freedom in late modernity*. Princeton: Princeton University Press, 1995

BROWN, Wendy. Revaluing Critique: A Response to Kenneth Baynes. *Political Theory*, v. 28, n. 4, p. 469-479, 2000

BROWN, Wendy. Suffering the paradoxes of rights. In: BROWN, Wendy; HALLEY, Janet Elizabeth. (Ed.). *Left legalism / left critique*. Durham: Duke University Press, 2002, p. 420-434

BROWN, Wendy. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. New York: Zone Books, 2017

BROWN, Wendy. *Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982

CAROLO, Deise Thais Natsume; MILANI, Maria Luiza. Aspectos constitutivos do Estado brasileiro: análises com Dr. Sandro Luiz Bazzanela. *Profanações*, Mafra, v. 8, Seção Entrevistas, p. 1-18, 2021

CHUEIRI, Vera Karam de; et al. *Fundamentos de Direito Constitucional: novos horizontes brasileiros*. Salvador: Editora Juspodivm, 2021

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 5. ed. Andradina: Meraki, 2020

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução nº 1/2020: Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*. Aprovada em 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: painel demanda por classe e assunto, saúde*. 2019. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 13 set. 2021

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Models of constitutional change. In: CONTIADES, Xenophon (Ed.). *Engineering constitutional change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA*. London: Routledge, 2013, p. 417-468

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. The emergence of comparative constitutional amendment as a new discipline: towards of a paradigm shift. In: ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (Ed.). *The foundations and traditions of constitutional amendment*. Oxford: Hart, 2017, p. 369-388

CRISAFULLI, Vezio. Le norme programmatiche della Costituzione. In: CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milano: Giuffrè, 1952a, p. 51-83

CRISAFULLI, Vezio. L'art 21 della Costituzione e l'Equivoco delle Norme Programmatiche. In: CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milano: Giuffrè, 1952b, p. 99-111

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão de Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norte Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2008

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009

FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, p. 1643-1668, 2011.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Diagnóstico inadequado, tratamento ineficaz e perigoso: STF precisa corrigir o rumo da judicialização da saúde no Brasil. *Jota*, 22 mai. 2019a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diagnostico-inadequado-tratamento-ineficaz-e-perigoso-22052019>. Acesso em: 14 set. 2021

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, e1934, p. 1-39, set./dez. 2019b

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*. Lisboa: Edições 70, 2010

FRASER, Nancy. Struggle over needs: outline of a socialist-feminist critical theory of late capitalist political culture. In: FRASER, Nancy. (Ed.) *Unruly practices: power, discourse and gender in contemporary social theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989, p. 161-191.

FRASER, Nancy; JAEGGI, Rahel. *Capitalismo em debate: uma conversa na teoria crítica*. São Paulo: Boitempo, 2020

FRATESCHI, Yara. *Liberdade, cidadania e ethos democrático: estudos anti-hobbesianos*. São Paulo: Alameda, 2021

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Barueri: LTC, 2014

GRETSCHISCHKIN, Felipe Chiegarato; LIMA E SILVA, Gustavo Frota. O paradoxo como política: uma proposta de atualização da crítica dos direitos de Wendy Brown. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1368-1389, 2021

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004

HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel (Org.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 100-146

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017

MAGALHÃES, Breno Baía. *Os parâmetros para a judicialização de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS: uma análise da progenia da STA 175 no RE 566.471 e a capacidade deliberativa do STF*. p. 1-34, 2021, no prelo

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Vanessa Rocha. STF e os parâmetros para a judicialização da saúde: para concretizar o direito à saúde, qualquer reivindicação, a qualquer custo, será garantida. *Jota*, 15 jan. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-15012017>. Acesso em: 14 set. 2021

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010

MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018

MAUÉS, Antônio Moreira. 30 anos de Constituição, 30 anos de Reforma Constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, e1941, p. 1-30, jan./abr. 2020

MAUÉS, Antônio Moreira; SANTOS, Élide Lauris dos. Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 349-387, jul./dez. 2008

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MENKE, Christoph. *Critique of rights*. Cambridge: Polity Press, 2020

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018

NUNES, Antônio José Avelãs. Neoliberalismo e direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, p. 423-462, 2003

OLIVEIRA, Bruno José Oliveira. Políticas Sociais, Neoliberalismo e Direitos Humanos no Brasil. *Educere et Educare*, Cascavel, v. 5, n. 9, p. 175-183, jan./jun. 2010

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Diminuindo diferenças: a prática das políticas sobre determinantes sociais da saúde. *Conferência Mundial sobre determinantes sociais da*

saúde. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: https://www.who.int/sdhconference/discussion_paper/Discussion_Paper_PT.pdf. Acesso em: 20 set. 2021

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a Reforma Gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011

SAAD FILHO, Alfredo; MORAIS, Lecio. *Brasil: Neoliberalismo versus democracia*. São Paulo: Boitempo, 2018

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

SILVA, Paulo Henrique Araújo da; MAGALHÃES, Breno Baía. *A aplicação do precedente RE 657.718 no STF: respostas procedimentais coerentes sobre medicamentos não registrados pela ANVISA*. p. 1-17, 2021, no prelo

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599

SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights*. p. 1-19, 2011. Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 15 set. 2021

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021

SOUZA, Celina. Regras e Contexto: as reformas da Constituição de 1988. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 791-823, 2008

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019

VALIM, Rafael. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017

VERBICARO, Loiane Prado. Pandemia e o colapso do Neoliberalismo. In: VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane Prado (Orgs.). *Tensões de uma sociedade em crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 113-123

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 15-49

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA; Ana Paula Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. *Novos Estudos Cebrap*, v. 7, n. 3, p. 375-393, set./dez. 2018

WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Atendendo os mais necessitados? Acesso À Justiça e o Papel dos Defensores e Promotores Públicos no Litígio sobre Direito à Saúde a cidade de São Paulo. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 167-189, 2013

WEST, Cornel. Reassessing the Critical Legal Studies Movement. *Loyola Law Review*, v. 34, p. 265-275, 1988