

1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais estão contidos no conteúdo de grande parte das constituições nacionais. A partir da Segunda Guerra Mundial, ganharam bastante ênfase nas constituições da Europa Ocidental e, depois da queda do Muro de Berlim, tornaram-se relevantes nas constituições da Europa Oriental (CHRISTIANSEN, 2008).

Contudo, os direitos sociais ganharam ainda mais importância no contexto mundial a partir de 1966, com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), e conseguiram uma nova ênfase em 2010, com o Protocolo Opcional ao PIDESC. Essa relevância mundial permitiu que muitos países adotassem os direitos sociais na própria Constituição, o que fez com que esses direitos entrassem numa nova fase de maior segurança na sua execução (PEERENBOOM, 2011).

Relacionando-se este contexto à realidade brasileira, entende-se que, com a Constituição de 1988, a política social é recebida como nunca antes houvera sido, tais direitos aparecem amplamente mencionados a partir de diferentes frentes como: educação, saúde, assistência, previdência social, trabalho, segurança, lazer, maternidade, entre outros (VIEIRA, 1997). Esta Constituição prenuncia a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, com o propósito de aniquilação da pobreza e de desigualdades, através de instrumentos inovadores de ordem social e econômica. Ao contrário de suas antecessoras, não se resume a aglomerar de outros povos ou fadada ao passado, ela possui consciência popular, sendo conhecida e estudada como nenhuma outra (SILVA, 2013).

Apesar disso, a implementação de todas essas diretrizes presentes na Constituição de 1988 permanece comedida. As propostas democráticas de integração e emancipação dão lugar à exclusão social, intensificada pela grande desigualdade vigente. Segundo o ranking mundial do Índice Gini do ano de 2020, o Brasil é considerado o 7º país mais desigual do planeta dentre 150 nações analisadas (DEGENHARD, 2020).

O Relatório Global de Desenvolvimento de 2019 do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) aponta, por meio de inquéritos realizados, que os 10 % mais ricos no Brasil arrecadaram pouco mais de 40% do rendimento total em 2015, o que pode chegar a mais de 55%, se forem consideradas todas as formas de rendimentos que não foram abarcadas pelos inquéritos. Os dados e indicadores apontados ressaltam não somente a precária garantia dos direitos sociais, mas também evidenciam quão débil é a democracia e a justiça social no Brasil.

O judiciário tem desenvolvido um papel atuante no Brasil, na tentativa de assegurar alguns direitos sociais. Isso tem impulsionado muitos teóricos a legitimar ou a questionar tal postura, ao relacioná-la aos princípios e valores democráticos previstos na Constituição de 1988. Escopo semelhante tem realizado o judiciário sul-africano, que, ao contrário do brasileiro, tem se destacado por lograr êxito na redução da exclusão social na África do Sul, país mais desigual do mundo, conforme o Índice Gini (DEGENHARD, 2020).

Comparar o contexto de implementação de direitos sociais a partir da atuação judicial no Brasil e na África do Sul é a proposta central deste texto. De modo específico, pretende-se: traçar o contexto da elaboração da Constituição de 1988 e as prerrogativas que ratificam a atuação do judiciário na execução de direitos sociais; e levantar as principais falhas na concretização deles pelo judiciário brasileiro comparando-se às estratégias adotadas pela África do Sul.

Por fim, a metodologia deste trabalho centra-se num procedimento metodológico de revisão bibliográfica e documental, já que será elaborado por meio de outros materiais já disponibilizados, como livros e artigos científicos. O método escolhido é o observacional, a pesquisa é aplicada quanto à natureza, e é exploratória quanto aos objetivos.

2 A NATUREZA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição de 1988 consagra, em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988). Esse modelo de Estado abarca a concretização de valores democráticos a partir da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa, além de prezar pela transformação do *status quo* (SILVA, 1988). Consoante Hartmann (2011), os direitos sociais são um conjunto heterogêneo, atinente à transformação do meio a partir da diminuição das desigualdades. Não obstante, o Brasil enfrenta muitos problemas na implementação desses direitos, estando a igualdade longe de ser concretizada.

Para entender mais acerca da dificuldade do Estado brasileiro na concretização dos anseios pré-estabelecidos na Carta Política brasileira, é importante trazer uma breve diferenciação entre as constituições conservadoras e aspirantes. Segundo Saffon e García-Villegas (2011) as constituições conservadoras são aquelas que partem de uma revolução, cuja consequência imediata é a modificação de bases estruturais no contexto político e social, ao colocar em prática condições basilares de progresso social e estabilidade das instituições.

Nesse sentido, os direitos sociais são normas programáticas que são executadas pelo legislativo e pelo executivo. Logo, o principal objetivo desse tipo de Constituição, é proteger o que fora conquistado, de modo que, suas aspirações, para além do que já fora conseguido, são pequenas.

Já as constituições aspiracionais, normalmente, não parte de um contexto revolucionário, mas de um acordo situacional, o que a torna apenas um símbolo, sendo provável que os atores políticos não se sintam dispostos a permanecer cumprindo o que fora acordado. Assim, toda a expectativa recai ao Direito Constitucional, através do uso de reformas à Carta Magna, para a realização de grandiosas mudanças na estrutura social, já que há um grande descontentamento com o que está vigente, o que gera uma proteção muito aquém aos direitos sociais. Dessa maneira, é comum, nesse cenário, a participação do um judiciário forte que atue na defesa desses direitos e na exigência de um legislativo e de um executivo que também os ampare (SAFFON *et al*, 2011).

Diante do que fora exposto, é possível afirmar que a natureza da Constituição de 1988 é aspiracional. Apesar de este país passar por um longo período ditatorial, entre abril de 1964 e março de 1985, a Constituição de 1988 se formou a partir de uma congruência de anseios de diferentes setores sociais. É importante ressaltar que “não se trata, por suposto, da Constituição, da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias” (BARROSO, 2005, p.36).

O constituinte tinha como principal objetivo a instauração da democracia, o que, por si só, já foi muito significativo. Assim, destacou como princípios basilares do Estado que se formava: a justiça social, a igualdade e a proteção aos direitos fundamentais (SANTIAGO, 2019). Segundo Arrantes e Couto (2019):

[a Constituição de 1988 foi] discutida, redigida e votada por um método bastante descentralizado e participativo, mas envolta num ambiente de incerteza sobre o futuro da política democrática. [...]. Em um ranking de 2016, a Constituição brasileira era a terceira maior em número de palavras, entre 190 países pesquisados, ficando pouco atrás da Nigéria (de 1999) e da primeira e extensíssima Constituição da Índia (de 1949). Em quantidade de direitos, ocupa décima posição, ficando atrás das mais jovens do equador (de 2008), da Bolívia (de 2009) e de Angola (de 2010), mas também de casos peculiares como México (de 1917) e Portugal (1976). [...]. A Constituição brasileira não é apenas extensa e pródiga em direitos. Ao cobrir uma infinidade de temas e problemas, a Constituição de 1988 acabou por constitucionalizar políticas públicas, para além do arcabouço institucional básico do regime democrático brasileiro. (ARANTES *et al*, 2019, p. 18)

Segundo Saffon e García-Villegas (2011), como as constituições aspiracionais trazem em si um conjunto de matérias que deveriam ser reguladas pelo legislador, inclusive direitos sociais, acaba por gerar um grande incômodo em setores da sociedade que acreditam que, por a Constituição determinar gastos estatais, há interferências na economia e entraves no desenvolvimento econômico. Além de gerar desconforto em setores da sociedade que acreditam que a Constituição deveria garantir os direitos que prevê.

O anseio por grandes mudanças se faz presente. O conteúdo da Constituição, em alguns casos, soa até contraditório, tendo regramentos de base neoliberal e outros de base socialdemocrata, gerando insatisfações em ambos os grupos. Além disso, aqueles que fizeram parte do poder constituinte não mantiveram o compromisso com a Constituição, gerando um grande déficit na garantia dos direitos sociais.

Há também elementos institucionais, que mudam os temas da agenda do legislativo, que atrapalham a tomada de decisões ao subordinar a matéria e a escolha das decisões. Do mesmo modo, o modelo presidencialista condiciona a construção de coalizões, o que decorre nas múltiplas tentativas de acordos de agenda, de pautas e de verbas, que impedem institucionalmente políticas públicas apropriadas e serviços públicos satisfatórios (SCHIER *et al.*, 2018). Diante de todas as dificuldades apresentadas, os direitos sociais acabam dependendo da atuação do judiciário para serem implementados.

Isso faz com que o Brasil seja um dos países cujo judiciário tem o papel mais atuante na proteção dos direitos sociais. Conforme Sarmiento (2008), antes da atuação do judiciário, a Constituição tinha um papel meramente simbólico. Nessa nova fase, as decisões judiciais são determinantes na materialização dos direitos sociais que passam a ser destinados aos jurisdicionados.

Não obstante, muito tem se discutido acerca das problemáticas envolvendo essa postura protagonista do judiciário na efetivação dos direitos sociais. Consoante Christiansen (2008), muitos teóricos do Direito Constitucional, a nível mundial, têm explanado a não justiciabilidade desses direitos, sendo a aplicação deles pelos tribunais não desejável, principalmente, por questões de legitimidade e competência dos juízes.

Quanto à legitimidade do judiciário na implementação dos direitos sociais, muitos destacam que esse não é seu papel, por invadir a tripartição dos poderes e a democracia. Contudo, o próprio poder constituinte originário previu o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em caso de lesão ou ameaça de direito (SARMENTO, 2008). Logo, em caso de inércia dos outros poderes, o judiciário deve atuar. Inclusive, quando ele age e

consegue efetivar os direitos sociais, abre espaço para o exercício da própria cidadania (HARTMANN, 2011).

Além disso, cabe enfatizar que as instituições que deveriam ser representativas do povo, não o representam, ao contrário, geram grande insatisfação popular (SARMENTO, 2008). Isso acontece porque a democracia exige participação do povo, através do exercício pleno da cidadania, que não se resume à votação. Conforme Soares:

A cidadania ativa no Estado democrático de direito pressupõe um cidadão político, apto a fazer valer suas reivindicações perante os governantes, que devem arcar com as responsabilidades por seus atos. Essa nova cidadania, erigida pelo novo paradigma, consiste na capacidade de participar no exercício do poder político e da gestão dos negócios da comunidade (SOARES, 2017, p. 307).

Quanto à competência, os problemas remetem-se à falta de informações, de perícia, de aptidão, de traquejo, de recursos, de instrumentos (PEERENBOOM, 2011), e de equipes especializadas de assessoria (ao contrário do legislativo a possuem), além de não se poder ter uma visão adequada do conjunto de pessoas que dependem da efetivação de determinado direito social (SARMENTO, 2008). Nesse sentido, Christiansen:

Essas alegadas falhas incluem limitações processuais, especialmente preocupações sobre a adequação de qualquer reclamante em particular para representar a classe geral de pessoas afetadas; problemas de informação, incluindo a ausência de apuração de fatos especializada e imparcial disponível em um ambiente legislativo; e dificuldades relacionadas com remédios, particularmente onde a gama limitada de remédios judiciais seria inadequada ou politicamente inadequada (CHRISTIENSEN, 2008, p. 374, tradução nossa).

Contudo, o próprio Peerenboom (2011) ressalta que a África do Sul conseguiu lidar com o problema de informação com a participação do *amicus curiae*, com a convocação das partes para enviarem relatórios ou fatos, com o convite de especialistas para serem testemunhas ou até com a realização de audiências públicas. Essas estratégias já vêm sendo adotadas pelo Brasil, o que minimiza tal crítica.

A conclusão a que se chega a partir desse tópico é: o modo como foi e é (através das emendas constitucionais) construída a Constituição de 1988 é determinante na maneira como os direitos sociais são implementados. Ademais, não se pode ignorar o papel importante dos tribunais na efetivação desses direitos, nem tampouco alegar que a Constituição vigente não prevê ou proíbe a atuação do judiciário na execução deles em caso de inércia dos outros poderes.

3 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: COMPARANDO O CONTEXTO BRASILEIRO AO EXEMPLO SUL-AFRICANO

Com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988, vários direitos sociais não previstos anteriormente, foram inseridos sob o pálio constitucional, alargando a concepção de cidadania e o rol de garantias aos cidadãos brasileiros (CASTRO; RIBEIRO, s.d.). Aliado a isso, há o fenômeno da constitucionalização do direito, que se intensificou nessa Constituição de redemocratização, irradiando a interpretação constitucional a todos os ramos, criando mais do que um sistema jurídico, mas uma forma de “olhar” o direito (BARROSO, 2005).

A promulgação da Carta Magna de 1988 foi uma verdadeira mudança de paradigma, uma vez que adotou uma postura dissonante com a tendência internacional liberal do final do século XX (CASTRO; RIBEIRO, s.d.). Enquanto a comunidade internacional tentava reforçar os pilares e aspectos de um liberalismo econômico, depois do fracasso dos Estados Sociais pós-guerras (MAULAZ, 2020), o Brasil insistiu uma Constituição analítica, extensa, e, nas palavras de Barroso (2005), até prolixa.

Pelo momento social e histórico que o país atravessava, e pela postura dissonante mencionada, ainda durante a Assembleia Constituinte já se noticiavam as reações conservadoras ao alargamento de direitos sociais propostos pelo texto constitucional (CASTRO; RIBEIRO, s.d.). A mídia teve um papel fundamental na disseminação da reação conservadora à Constituição:

Desse modo, esta pesquisa corroborou a hipótese de que a grande imprensa permaneceu como ator político/ideológico que fez o contra movimento (Polanyi, 2000) diante da inserção de direitos sociais, no caso o PBF. Embora haja matizes de narrativas e histórias causais nos periódicos analisados, a reiteração de argumentos intransigentes contra a inclusão de direitos sociais remonta à Assembleia Constituinte nos anos 1980 (Fonseca, 2005), reproduzindo reiteradamente as teses conservadoras elencadas por Hirschman (1985), que examinou, nos séculos XIX e XX, narrativas e discursos advindos do pensamento liberal/conservador. Como demonstrado, avanços sociais são, para a mídia brasileira, “fúteis”, “perversos” ou “ameaçadores”: enquadramento que ignora deliberadamente a dinâmica capitalista em períodos e lugares distintos. (LEITE; FONSECA; HOLANDA, 2019, p. 894)

De um lado, a manutenção das políticas públicas sociais pelo texto constitucional se mostra como uma resistência aos avanços do neoliberalismo (CASTRO; RIBEIRO, s.d.), por outro, há que se ressaltar a politização da Constituição, de forma que os líderes políticos

fazem constar suas políticas de governo no texto constitucional, como uma estratégia para dificultar a alteração por seus sucessores (LIMA; VASCONCELOS, 2019).

O caráter personalista com que foram feitas as políticas públicas não resultou em um aperfeiçoamento das instituições, pois preconizaram um desenvolvimento econômico que se desassociou da distribuição de renda. A possibilidade de acesso a bens de consumo, amplamente estendida durante os sucessivos governos do Partido dos Trabalhadores (PT), transformou as pessoas em consumidoras, não em cidadãs (BOULOS, 2015). Desta forma, a reação negativa às políticas públicas e à vastidão das garantias sociais constitucionais não foi uma exclusividade das elites e das parcelas conservadoras, mas também de dependentes dos programas sociais, que não se enxergam ou se reconhecem nessas condições. Como preconiza Monteiro (2020), a pauta da inclusão social suscita polêmicas na vida pública brasileira há muito tempo, e continua movendo paixões até os dias de hoje.

A natureza e as particularidades dos direitos sociais trazem algumas discussões acerca das implicações da implementação desses direitos pelos tribunais. Segundo Sarmiento (2008), os direitos sociais são direitos subjetivos *prima facie*. Isso quer dizer que eles não são direitos subjetivos em definitivo, visto que não há a existência de um dever incondicional do Estado de sanar qualquer necessidade referente a um Direito Social. Sendo assim, deve ser observada a escassez de recursos estatais, as diferentes maneiras de execução e o que deve ser privilegiado pelo legislador. Esses direitos têm natureza principiológica, ou seja, podem estar imersos numa ponderação com outros direitos antes de ser estabelecida a sua execução, sendo plenamente justificáveis. Diante da sua natureza, é necessária a presença de *standards* que deem base e restrinjam a ponderação, para que ela não seja transformada num puro decisionismo sem fundamento.

Esse autor ainda traz que esses direitos se fundamentam através do mínimo existencial, isto é, o acesso às condições materiais necessárias a uma vida digna, que deve ser analisado a partir do caso concreto, mas também há a adjudicação dos direitos que possam extrapolar essa justificativa. Todavia, esse mínimo existencial está sujeito à reserva do possível. Isso significa que é preciso que se tenha recursos econômicos necessários à execução do direito (de maneira que o Estado possa arcar com o custo aplicado em um caso individual, mesmo se ele fosse direcionado a todos os tutelados, evitando a quebra do princípio da igualdade), além de previsão orçamentária.

Schier e Schier (2018) também acrescentam outra condição à reserva do possível: “o limite da prestação do razoável”. Isto quer dizer que não se pode exigir do Estado a prestação

de assistência a uma pessoa que não mereça o benefício. Esses autores mencionam também a proibição ao retrocesso social quanto à execução desses direitos, ressaltam o ônus do Estado de comprovar a ausência de recursos para a implementação dessas garantias e a demonstração estatal quanto à eficiência das políticas públicas realizadas, a fim de que se possa evitar a justificativa de implementação baseada pura e simplesmente na reserva do possível.

Os direitos sociais são ainda obrigações positivas, que demandam gastos ao Estado, e se contrapõem às obrigações negativas que somente proíbem determinadas ações estatais ou do cidadão. Christiansen (2008) explica que essa é a razão para que a judicialidade das obrigações negativas seja abertamente aceita pelos estudiosos do tema, ao contrário da execução judicial das obrigações positivas. Peerenboom (2011) traz um contraponto a isso, ao afirmar que os Direitos Civis e Políticos, que são de obrigações negativas, também geram gastos ao Estado, tais como: a ocorrência de eleições, o capital destinado ao judiciário e à assistência jurídica. Logo, os custos ao Estado não podem ser argumentos determinantes na não implementação dos direitos sociais pelos tribunais.

Independentemente dessas questões, é válido destacar que o Brasil é um país de renda média, ou seja, os seus recursos são deficientes. Isso quer dizer que há um limite quanto à implementação desses direitos, não sendo possível que eles sejam garantidos em máximo grau. Dessa forma, quando o Estado tem que seguir as determinações judiciais, deixa de atender outras necessidades igualmente legítimas (SARMENTO, 2008).

Quanto ao perfil das decisões realizadas pelos tribunais brasileiros, pode-se destacar que as decisões são mais favoráveis quando proferidas em demandas individuais, demandas coletivas, em geral são indeferidas, porque assustam os juízes, ao parecer que o valor a ser custeado pelo Estado é muito maior. Todavia, se as demandas individuais fossem pensadas de modo a serem implementadas a todos os tutelados pelos direitos sociais, eles não seriam destinados à maioria dos demandantes. Isso acaba por enfraquecer o princípio da igualdade que é um dos norteadores dos direitos sociais (SARMENTO, 2008).

Cabe enfatizar que o acesso à justiça não é universal no Brasil, ao contrário, a classe baixa, que mais precisa da proteção dos direitos sociais, acaba por demandar muito pouco por eles. É notável que indivíduos pertencentes à a classe média são os grandes privilegiados do deferimento judicial à execução desses direitos pelo Estado, o que gera uma grande desigualdade quanto ao acesso à assistência social, ficando a população menos abastecida sem qualquer amparo. Portanto, o propósito do ativismo judicial de alcançar a igualdade material fica totalmente fragilizado (SARMENTO, 2008). Nessa toada, Schier e Schier expõem:

O quadro jurisprudencial brasileiro, portanto, pode trazer o risco do que se pode chamar de “liberalização”, ou de “elitização” dos direitos sociais, eis que a constante concessão de provimentos judiciais no campo dos direitos sociais prestacionais, envolvendo o mínimo existencial, eventualmente pode direcionar o direcionamento dos recursos públicos (i) ou para uma elite (econômica ou cultural) que tem acesso ao Poder Judiciário, (ii) ou criar uma preferência para a satisfação dos direitos sociais de forma individualizada, eis que a quase unanimidade das demandas individuais, e não coletivas. Trata-se de um problema que impõe reflexão mais séria e coloca dilemas sobre a forma de realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais: se mediante políticas públicas ou pela via judicial; se restrita às opções do legislador ou também vinculada a decisões concretas do Judiciário (SCHIER *et al*, 2018, p. 78).

Há ainda que se considerar o impasse de se firmar uma cultura de precedentes no Brasil. Isso não se refere apenas à diferentes instâncias, mas a instâncias que estão sob o mesmo âmbito. Nesse sentido, Lima e Vasconcelos (2019) explanam que os magistrados não conseguem vincular decisões de seus semelhantes ou até as suas próprias decisões outrora proferidas, e acrescentam a lentidão do judiciário que acaba por prejudicar ainda mais aquele que precisa e por proteger o Estado.

Streck (2019) enfatiza que as sentenças se fundamentam em princípios e direitos constitucionais implícitos sempre que possível, de modo que o respaldo jurídico é genérico, podendo ser aplicado a qualquer outra situação, revelando-se apenas o arbítrio do juiz, o que decorre na sucessiva mudança das decisões e não garante a segurança jurídica.

Lima e Vasconcelos (2019) ressaltam ainda a problemática atuação do judiciário na saúde, na educação e nos benefícios previdenciários. O SUS (Sistema Único de Saúde) é demandado em pelo menos 40 mil novas ações por ano, que propõem medicamentos ou tratamentos de baixo custo-efetividade, que não estão presentes nas políticas de saúde ou entram em confronto com os protocolos dos ambulatórios ou com as normativas do SUS. São ações individuais com grande porcentagem de vitórias e que chegaram a exigir 1 bilhão aos cofres públicos federais em 2005, o que representa um aumento de 1300 % num período de sete anos. Explicam ainda que essas ações são muito comuns contra as Secretarias de Saúde, sendo que a taxa de condenação é de 50%, o que vinculam de 1,5% a 8% do orçamento relacionado à Saúde dos estados.

Segundo esses autores, a educação também é outra matéria que gera muitas ações judiciais, por meio da solicitação de vagas de creches públicas, e que, infelizmente, acaba decorrendo em um meio de “furar a fila”. Outra questão apontada como sendo de grande demanda de ações judiciais é a permissão de benefícios previdenciários, sendo que 16% das

aposentadorias urbanas e 30% das rurais foram conseguidas através desse meio. Por fim, foi citada a atuação do STF (Supremo Tribunal Federal), que, em 2013, flexibilizou as regras referentes aos beneficiários, o que decorreu num aumento orçamentário considerável. Com o decreto 8805/2016, uma nova regra foi lançada. Contudo, a divergência entre as duas regras tem gerado uma série de disputas judiciais.

Todas as questões mencionadas trazem em voga a falta de coordenação do judiciário brasileiro na implementação de políticas públicas sociais. Desse modo, esse trabalho se propõe a trazer algumas sugestões, através de uma comparação com as características positivas da concretização dos direitos sociais pela África do Sul.

A África do Sul tem um grande índice de desigualdade oriunda do período do apartheid, regime de segregação racial que deu ensejo a uma grande subjugação social. Esse período que vigorou por 46 anos, terminou a partir de 1994 por meio de eleições democráticas, com a vitória do Congresso Nacional Africano (Partido de Nelson Mandela). Contudo, o apartheid sucedeu não somente numa contenção aos Direitos Cívicos e Políticos, mas também em ausência de direitos sociais (PEERENBOOM, 2011).

Diante desse cenário, foram feitas várias reformas políticas e institucionais, a começar pela presença de direitos sociais na nova Constituição sul-africana, de 1997, bem como pela sua judicialidade, que foi decidida em processo em que foi discutida todas as problemáticas envolvendo essa questão. Esse país também julgou muitos casos e forma hoje uma jurisprudência concisa e universal, que vai de encontro a atuações ruins do judiciário (CHRISTIANSEN, 2008). A adoção de uma jurisprudência abrangente e coerente no Brasil, minimizaria os problemas desse país quanto à segurança jurídica. Inclusive, Peerenboom (2011) enfatiza a importância de o tribunal construir e ser mais assertivo na aplicação de uma jurisprudência de igualdade.

Outra dinâmica dos tribunais sul-africanos que é bastante interessante é a resposta que eles dão ao governo quanto aos programas e ações governamentais, sendo claros a respeito do que precisa ser melhorado e exigindo as mudanças necessárias (CHRISTIANSEN, 2008). No Brasil, não há a concretização desse papel pelo judiciário. Peerenboom (2011) explica a importância de o judiciário querer proteger os direitos sociais de maneira ampla e não restarem apenas centrados em cumprir metas de execução desses direitos judicialmente.

Os tribunais sul-africanos têm alguns limites que são determinados às decisões dos tribunais. Os exemplos mais relevantes são: esquivar-se de julgar casos de demandas individuais (o tribunal concedeu deferimento em apenas um atípico caso de ação individual) e

evitar adotar fundamentações não previstas (CHRISTIANSEN, 2008). Confrontando-se com a realidade brasileira, as demandas individuais são as mais julgadas positivamente, o que acaba por gerar uma desigualdade quanto ao benefício e um alto gasto estatal, as fundamentações são a partir de princípios que não estão expressamente previstos, gerando insegurança jurídica (SARMENTO, 2008).

A África do Sul criou um modelo de implementação dos direitos sociais que pode ser adotado por outros países, que partiu de uma análise das principais críticas acerca do tema e montou uma jurisprudência que explanava e abria espaço para elas. Vejamos:

Esse modelo é "incorporação diferenciada" porque diferencia entre críticas válidas e inválidas da adjudicação de direitos sociais e, em seguida, incorpora as preocupações legítimas em uma jurisprudência que difere da jurisprudência de direitos políticos apenas quando necessário para acomodar as preocupações remanescentes. O resultado é um modelo exportável para adjudicação de direitos sociais: uma jurisprudência específica do país que acomoda questões de justiciabilidade válidas por meio de processos apropriados internamente. Cada etapa desse processo deve ser adaptada ao país específico por seus tribunais. [...]. Um tribunal diferente interpretando uma nova constituição ou uma constituição recém-emendada que inclui direitos de bem-estar social como disposições aplicáveis pode avaliar a gama de argumentos históricos contra a adjudicação de direitos socioeconômicos, descartar aqueles argumentos que são inválidos ou inadequados na cultura constitucional particular daquele país e então elaborar uma jurisprudência de direitos sociais que aborde expressamente as demais preocupações legítimas. (CHRISTIANSEN, 2008, p. 388-389, tradução nossa)

Contudo, apesar de a África do Sul ter pontos importantes que, se incorporados pelo judiciário brasileiro, diminuiria alguns problemas como outrora mencionado, é importante entender que o judiciário não deve atuar como protagonista único exclusivo e responsável por toda a expectativa e por todos os anseios sociais (SARMENTO, 2008). Isso porque a implementação dos direitos sociais através dos magistrados não é o bastante para que se possa alcançar a justiça social, a igualdade e a transformação do *status quo*, uma vez que eles não têm recursos para impor que o governo obedeça a sua vontade.

Assim, para se conseguir a materialização dos direitos sociais, são necessários mecanismos fora do que está previsto, como: apoio da comunidade e dos poderes executivo e legislativos, além de atores estatais que estejam comprometidos com a Constituição, adotando um constitucionalismo militante e, por fim, a atuação progressiva do judiciário em prol desses direitos (SAFFON *et al*, 2011), de modo que adote uma postura prudente, cautelosa e motivada (HARTMANN, 2011).

Apesar disso, não se pode deixar de assegurar a importância da execução judicial dos direitos sociais que, segundo Christiansen (2008), conseguem: corrigir o descumprimento a direitos; intimidar o governo a agir, diante da possibilidade de execução judicial; ratificar processos extrajudiciais, através do apoio a movimentos sociais ou ONGs, por exemplo; e confirmar valores constitucionais para a alteração do *status quo*, através da menção aos compromissos dos atores governamentais.

Portanto, pode-se notar que a aplicação dos direitos sociais no Brasil está fadada ao fracasso por conta de uma série de posturas que são adotadas pelos atores estatais. O judiciário não só pode, como deve ser assertivo na execução desses direitos, em caso de inércia dos demais poderes, mas ainda precisa se corrigir em vários aspectos, a fim de que esses direitos possam ser concretizados de modo mais efetivo e sem intensificar mais desigualdades.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou demonstrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem natureza aspiracional, destacando as suas principais características e como isso relaciona-se à uma ineficaz atuação dos poderes – Legislativo e Executivo, considerando a insuficiência da atuação destes atores na consecução dos direitos sociais. Isso faz com que o Judiciário tenha um papel de destaque na busca pela efetivação desses direitos, e isso se dá de maneira questionável, ao privilegiar as decisões em demandas individuais, em detrimento das coletivas, desrespeitando o princípio da igualdade; além de não haver uma cultura de precedentes, tampouco uma ordenação jurisprudencial, o que acarreta insegurança jurídica; e, por fim, há uma exígua participação comunitária, o que vai de encontro com os princípios democráticos.

No entanto, embora ocorra de uma maneira deficitária e carente de reformulação, a atuação do judiciário brasileiro na execução dos direitos sociais é uma prerrogativa constitucional, com o condão de fortalecer a atuação democrática, sendo um mecanismo importante quando do desrespeito às garantias, em razão da exequibilidade dos direitos sociais. Se aplicados de modo eficiente, esses direitos podem fomentar a cidadania ativa, que já é tão diminuta frente à fragilidade democrática do país.

O modelo de adjudicação sul-africano tem muito a ensinar ao Brasil, ao prever uma jurisprudência unificada, que consegue abarcar a maior parte dos problemas sociais, ao deferir

sentenças favoráveis a ações coletivas e não a ações individuais, ao fundamentar as decisões, ao utilizar o judiciário como um ente que pode cobrar melhorias da efetivação dos serviços sociais e ao fortalecer grupos sociais e a própria comunidade, por meio do incentivo a ações extrajudiciais, além de dar a relevância necessária ao valores presentes na Constituição.

Pode-se aferir pela necessidade de uma articulação entre os poderes, de forma que o Judiciário mantenha a sua relevância e pertinência na salvaguarda de direitos sociais, mas sem olvidar a importância da atuação dos demais poderes, fazendo com que haja, de fato, um sistema de proteção integrado, interdependente e eficaz.

Nesse sentido, ressalta-se a necessidade de uma ativa participação da comunidade, por meio da fiscalização dos representantes quanto à implementação dos direitos, de modo que eles se sintam impelidos a cumprirem o seu papel.

Por fim, o judiciário precisa adotar uma postura engajada em construir precedentes que possam garantir a segurança jurídica, além de desenvolverem um papel atuante de acompanhamento da efetivação das políticas sociais.

REFERÊNCIAS

- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. *In*: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (Orgs.). **A carta**: para entender a constituição brasileira. São Paulo: Todavia, 2019, p. 13-52.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **R. Dir. Adm.** Rio de Janeiro, 240: 1-42, abr/jun 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.
- BOULOS, Guilherme. **De Que Lado Você Está?** Reflexões sobre a Conjuntura Política e Urbana no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As Políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**, s.d. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4353>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.
- CHRISTIANSEN, Eric Charles. Using Constitutional Adjudication to Remedy Socio-Economic Injustice: comparative lessons from South Africa. **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, vol. 13, p. 369-405, 2008. Disponível em: <https://cutt.ly/XkyXvXv>. Acesso em: 31 jan. 2021.
- DEGENHARD, J. Ranking of the Gini index by country 2020. Statista, [S.l.], 12 out. 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/forecasts/1171540/gini-index-by-country>. Acesso em: 29 jan. 2021
- HARTMANN, Michéle Chalbaud Biscaia. Ativismo Judicial e a concretização de prestações sociais. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l], v. 9, n. 9, 2011. Disponível: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/54>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- LEITE, Cristiane Kerches da Silva; FONSECA, Francisco César Pinto da; HOLANDA, Bruna de Moraes. Imagens e narrativas do Bolsa Família: análise da retórica da grande imprensa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 5, p. 879-898, set. 2019. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122019000500879&lng=en&nrm=iso. Acesso em 16 dez. 2020.
- LIMA, Rafael Bellem de; VASCONCELOS, Natália Pires de. O sistema de justiça brasileiro: Atores, atuação e consequências do arranjo constitucional. *In*: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (Orgs.). **A carta**: para entender a constituição brasileira. São Paulo: Todavia, 2019, p. 83-116.
- MAULAZ, Ralph Batista de. Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano

15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17368>. Acesso em: 21 dez. 2020.

MONTEIRO, Pedro Meira. The “Cordial Man”: a latin american concept in the brazilian essay. **Rev. Bras. Lit. Comp.**, Niterói, v. 22, n. 41, p. 27-36, dez. 2020. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2596-304X2020000300027&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15 dez. 2020.

PEERENBOOM, Randall. Economic and Social Rights: The Role of Courts in China. **San Diego International Law Journal**, vol. 12, p. 303-332, 2011. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/ilj/vol12/iss2/3>. Acesso em: 26 jan. 2021.

RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO 2019- Além do rendimento, além das médias, além do presente: Desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI. Nova Iorque: PUND, 2019. I eISBN: 978-92-1-004502-5. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/2019-report/download>. Acesso em: 27 mar. 2021.

SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. **Estud. Socio-Juríd.**, Bogotá (Colombia), vol. 13, n. 1, p. 75-107, janeiro-junho de 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/733/73318918004.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado democrático de Direito: Uma utopia possível? **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [S.l.], v.43, p.01-19, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/57764>. Acesso em: 15 jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018.

SILVA, José Afonso. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A Gênese do Texto da Constituição de 1988**. Vol. 1. Brasília: Senado Federal, 2013, p. xxix-xxvii.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito administrativo**, n. 173, p. 15-34, jul./set. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>. Acesso em: 16 jan. 2021.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 5. ed. [S.l.]: Arraes Editores, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**. Florianópolis [SC]: Tirant to Blanch, 2019.

VIEIRA, Evaldo Amaro. Políticas sociais e direitos sociais no Brasil. **Comunicação & Educação**, São Paulo, vol. 91, p. 13-17, mai./ago. 1997. Disponíveis em:
<https://www.revistas.usp.br/comueduc/article/view/36299/39019>. Acesso em: 29 jan. 2021.