

Direitos sociais e a falácia do nirvana

DANIEL WEI LIANG WANG

Pós-Doutor e Doutor em Direito pela *London School of Economics and Political Science* (Inglaterra). Mestre em Filosofia e Políticas Públicas pela *London School of Economics and Political Science* (Inglaterra). Mestre em Direito (USP). Professor de Direito na *Queen Mary, University of London* (Inglaterra).

**TRADUÇÃO: VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO¹ E
CAMILA ALMEIDA PORFIRO²**

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *Semelhanças estruturais entre direitos sociais e direitos civis* • 3 *As deficiências do processo político e da Administração* • 4 *Idealizando o que os tribunais são e o que eles podem se tornar* • 5 *Uma visão idealizada dos tribunais* • 6 *Reformando os tribunais e o processo judicial* • 7 *Conclusão* • 8 *Referências*.

RESUMO: Parte importante da literatura jurídica defende a proteção judicial de direitos sociais com base em três argumentos. Primeiro, tanto os direitos sociais quanto os direitos civis têm custos e sua proteção judicial pode demandar prestações positivas dispendiosas. Segundo, a maior capacidade institucional e legitimidade democrática do Legislativo ou da Administração para lidar com questões de alocação de recursos é exagerada. Terceiro, o Judiciário pode ser reformado para se tornar mais inclusivo e informado e, assim, promover deliberação e participação em políticas sociais. Este artigo analisa estes três argumentos e conclui que eles criam uma *falácia do nirvana* ao contrapor, de um lado, uma caracterização distópica da Administração Pública e do processo democrático e, de outro, uma descrição idealizada da natureza do Judiciário e de suas potencialidades.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais • Judiciário • Pobreza • Democracia • Instituições.

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). *E-mail:* vsarauj19@gmail.com.

2 Mestranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. *E-mail:* cporfiro@hotmail.com.

Social rights and the fallacy of nirvana

CONTENTS: 1 Introduction • 2 Structural similarity between social rights and civil rights • 3 The shortcomings of the political process and of the Administration • 4 Idealizing what courts are and what they can become • 5 An idealized view of courts • 6 Reforming courts and the judicial process • 7 Conclusion • 8 References.

ABSTRACT: An important part of the legal scholarship builds on three arguments to advocate the judicial protection of social rights. The first is that social rights and civil rights are structurally similar in the sense that they may all create costly positive duties. Second, that the superior institutional capacity and democratic legitimacy of legislatures and bureaucracies to deal with issues of resource allocation in relation to courts are overstated. The third is that courts and the judicial process can be reformed to be more inclusive and informed. This article analyses these three arguments and concludes that a case for social rights adjudication grounded on them creates a *nirvana fallacy*, opposing a dystopian characterisation of bureaucracies and of the democratic process to an idealised view of what courts are and what they can become.

KEYWORDS: Social Rights • Courts • Poverty • Democracy • Institutions.

Derechos sociales y la falacia del nirvana

CONTENIDO: 1 *Introducción* • 2 *Similitudes estructurales entre derechos sociales y derechos civiles* • 3 *Las debilidades del proceso político y de la Administración* • 4 *Idealizando lo que los tribunales son y lo que pueden venir a ser* • 5 *Una visión idealizada de los tribunales* • 6 *Reformando los tribunales y el proceso judicial* • 7 *Conclusión* • 8 *Referencias*.

RESUMEN: Una parte importante de la literatura jurídica defiende la protección judicial de los derechos sociales basada en tres argumentos. Primero, tanto los derechos sociales cuanto los derechos civiles son costosos y su protección judicial puede necesitar de prestaciones positivas que también son costosas. Segundo, la mayor capacidad institucional y legitimidad democrática del Legislativo o de la Administración para llevar a cabo cuestiones para asignación de recursos es exagerada. Tercero, el Judiciario puede ser cambiado para ser más inclusivo e informado y, de esa manera, promover deliberación y participación en las políticas sociales. Este artículo analiza estos tres argumentos y concluye que ellos crean una *falacia del nirvana* al contrarrestar, de un lado, una caracterización distópica de la Administración Pública y del proceso democrático y, del otro lado, una descripción idealizada de la naturaleza del Judiciario y de sus potencialidades.

PALABRAS CLAVE: Derechos Sociales • Judiciario • Pobreza • Democracia • Instituciones.

1 Introdução

A incorporação de direitos sociais em diversas constituições e a expansão do controle judicial sobre políticas públicas que no passado eram deixadas à inteira discricionariedade de legisladores e gestores públicos têm estimulado uma crescente literatura sobre a proteção judicial de direitos sociais. No centro do debate, está a questão se os tribunais, ao utilizarem a linguagem dos direitos sociais (como o direito à moradia, à saúde e à educação) para compelir governos a atenderem necessidades sociais, podem induzir mudanças que reduzam a desigualdade, a pobreza e a carência de serviços públicos.

A literatura que busca responder tal questão pode ser dividida em dois ramos, que, na ausência de termos melhores, chamaremos de *empírico* e *normativo*. O ramo empírico foca na análise empírica da chamada judicialização dos direitos sociais e examina o perfil social dos litigantes, os tipos de benefícios e serviços pleiteados, a resposta dos tribunais a tais demandas e o impacto desses litígios sobre políticas públicas³. O ramo normativo, por sua vez, analisa principalmente a capacidade institucional e a legitimidade democrática do Judiciário para fazer ou intervir em decisões alocativas complexas em matéria de políticas sociais. Apesar de apresentarem abordagens visivelmente diferentes e de utilizarem métodos de pesquisa e materiais distintos, os dois ramos se sobrepõem em alguma medida e um se beneficia dos trabalhos produzidos pelo outro.

No ramo normativo, há duas principais (e não mutuamente excludentes) formas de se responder às objeções normalmente feitas à proteção judicial dos direitos sociais. A primeira forma tenta conciliar a proteção judicial desses direitos com a limitada capacidade institucional e legitimidade democrática dos tribunais. Nesse

³ A versão original deste artigo em inglês foi publicada em WANG, Daniel. Social rights and the nirvana fallacy. *Public Law*, Jul: 482-499, 2018. O autor agradece a Conor Gearty, Thomas Poole, Paul Hunt, Jeff King, Octávio Ferraz, Virgílio Afonso da Silva, Thana Campos, Francisco Urbina e aos dois revisores anônimos da *Public Law* por seus comentários em versões anteriores deste artigo.

V., e.g., Daniel Brinks e Varun Gauri, *The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights* (World Bank, 2012), Policy Research Working Paper 5999; Alicia Eli Yamin e Siri Gloppen (org.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011); Varun Gauri e Daniel Brinks (org.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010); Octavio Ferraz, "Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil" (2011) 89 *South Texas Law Review* 1643; Cesar Rodriguez-Garavito, "Beyond the Courtroom: the Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America" (2011) 89 *Texas Law Review* 1669; Jeff King, "Two Ironies about American Exceptionalism over Social Rights" (2014) 12(3) *I.J.C.L.* 572.

sentido, são propostos métodos dialógicos e formas *fracas* de controle jurisdicional sobre políticas públicas (DIXON, 2007, p. 391) ou uma abordagem *incremental* pelo Judiciário que geraria apenas pequenas mudanças no *status quo* (KING, 2012). Essa forma de resposta justificaria somente intervenções judiciais que deixem aos governos uma margem ampla de discricionariedade nas decisões sobre políticas públicas com impacto distributivo, que demandam um processo democrático e *expertise* técnica e administrativa para responder à pluralidade de interesses e às vicissitudes das circunstâncias.

A segunda forma contesta a suposta falta de capacidade e legitimidade das Cortes em comparação com Executivo e Legislativo para tomar decisões alocativas em políticas públicas. Esta resposta, que a princípio poderia abrir o caminho para uma atuação mais incisiva dos tribunais, é construída com base em três argumentos. O primeiro sustenta que os direitos sociais e os direitos civis e políticos (doravante, direitos civis) possuem estruturas similares: todos têm custos e sua respectiva judicialização pode demandar prestações positivas dispendiosas por parte do Estado. Assim, não haveria motivos para objeções quanto à capacidade institucional e à legitimidade das Cortes especificadamente no campo dos direitos sociais. O segundo argumento aduz que a crença na superior capacidade institucional e legitimidade democrática do Legislativo ou da Administração Pública, em comparação com o Judiciário, para lidar com questões de alocação de recursos é exagerada devido às inúmeras deficiências dos processos políticos e administrativos. Por fim, o terceiro argumento sustenta que os tribunais e o processo judicial podem ser reformados para se tornarem mais inclusivos e informados e, assim, compensarem algumas das deficiências no funcionamento das democracias representativas e da burocracia estatal, que acabam negligenciando alguns grupos sociais e certas políticas públicas.

Este artigo analisa esses três argumentos e conclui que eles criam uma *falácia do nirvana* (a falácia de comparar o estado real de algo com alternativas idealizadas) ao contrapor, de um lado, uma caracterização distópica da Administração Pública e do processo democrático e, de outro, uma descrição idealizada do que o Judiciário é e do que ele pode ser. Portanto, uma defesa da proteção judicial de direitos sociais com base nestes argumentos tem sustentação frágil. Este artigo não deve ser lido como um argumento contrário a toda e qualquer forma de proteção judicial de direitos sociais, mas como uma crítica a argumentos específicos que aparecem no debate acadêmico de forma mais ou menos explícita. Ele deve ser lido também como um convite à elaboração de análises institucionais mais rigorosas nos debates sobre

direitos sociais. Por fim, o artigo também não argumenta contra políticas sociais ou políticas redistributivas. Não se deve confundir o ceticismo em relação a alguns argumentos que fundamentam a proteção judicial de direitos sociais com uma postura contrária a estes direitos. Pessoas que concordam com os mesmos objetivos podem muito bem discordar sobre qual instituição reúne as melhores condições para concretizá-los (KOMESAR, 1997, p. 94-95).

2 Semelhanças estruturais entre direitos sociais e direitos civis

Um argumento comum contra a proteção judicial dos direitos sociais parte da ideia de que estes, diferentemente dos direitos civis, exigem prestações positivas dispendiosas por parte do Estado. Assim, sua judicialização faz com que os tribunais decidam sobre a alocação de recursos escassos com amplo impacto distributivo sem que o Judiciário tenha capacidade institucional ou legitimidade para tanto. Os direitos civis, por outro lado, exigiriam somente prestações negativas do Estado (deveres de não interferência) e, portanto, poderiam ser protegidos pelos tribunais sem suscitar as mesmas objeções relacionadas à alocação de recursos.

Uma resposta comum a esta distinção entre direitos positivos custosos e direitos negativos sem custos é que todos os direitos criam deveres de respeitar, proteger e realizar para o Estado – e todos esses deveres geram custos. Por exemplo, o direito à saúde cria um dever para o Estado de fornecer serviços de saúde, mas também cria o dever de respeitar a saúde dos cidadãos como, por exemplo, não discriminar certos grupos sociais no acesso aos cuidados de saúde e o de não torturar. Além disso, o direito à saúde também gera o dever para o Estado de proteção dos cidadãos contra terceiros por meio de políticas de vigilância sanitária e de regulamentação das profissões da saúde. Da mesma forma, os direitos civis também podem apenas ser protegidos por instituições e políticas públicas custosas. Por exemplo, o direito de voto depende da existência e do bom funcionamento de órgãos eleitorais, e o direito à propriedade requer a existência de uma força policial e de instituições judiciais que protejam proprietários contra infratores.

O silogismo pode ser construído da seguinte maneira: se não é possível traçar distinções claras entre os direitos sociais e os direitos civis, pois todos geram obrigações dispendiosas, e se não há objeções de natureza financeira à atuação dos tribunais em casos envolvendo direitos civis, então não deve haver nenhuma objeção específica à judicialização de direitos sociais com base em argumentos de custo. Como destacado por Bilchitz, “os deveres dos tribunais em casos envolvendo direitos

socioeconômicos não diferem muito daqueles existentes em casos envolvendo direitos civis e políticos” (BILCHITZ, 2007, p. 130).

O problema desse argumento é que, mesmo que a proteção de qualquer direito tenha custos e que qualquer forma de proteção judicial pode ter um impacto alocativo, a tutela de direitos civis, em um caso concreto, nem sempre resulta em cortes, intervindo diretamente em decisões alocativas discricionárias (KING, 2007). Na maioria dos casos envolvendo direitos civis, as decisões alocativas para sua proteção ocorrem no âmbito político (por exemplo, quanto será gasto no sistema judiciário, em agências reguladoras ou em força policial), mas a sua imposição pelos tribunais não necessariamente envolve uma decisão alocativa com impacto distributivo significativo. Por exemplo, a concretização do direito ao *habeas corpus* pressupõe a existência de dispendiosos órgãos de Justiça. Contudo, não se espera que uma decisão que conceda um *habeas corpus* a um preso afete negativamente o mesmo direito dos demais. Por outro lado, quando a tutela judicial de direitos civis resulta em tribunais fazendo decisões alocativas, a tutela dos direitos civis suscitará as mesmas preocupações relativas à capacidade institucional e legitimidade das Cortes que normalmente aparecem em discussões sobre direitos sociais.

O caso da *International Trader's Ferry*⁴ ilustra bem a ideia de que os dilemas enfrentados pelos tribunais em casos envolvendo direitos sociais também podem emergir em casos relacionados a direitos civis. Nesse caso, uma empresa de exportação de gado teve sua atividade comercial ameaçada por um grupo de defensores dos direitos dos animais. Para proteger a propriedade da empresa e a integridade física dos seus funcionários, a polícia concordou em escoltar os caminhões durante dois dias por semana até o porto por onde a carga era exportada. A empresa, no entanto, esperava ter tal proteção durante cinco dias por semana e, assim, ajuizou uma ação contra o Estado. Esse caso envolveu a proteção de vários direitos civis (por exemplo, propriedade, integridade física e vida), porém, o fato de a força policial ser um recurso escasso fez com que as questões de justiça distributiva, capacidade institucional e legitimidade democrática do Judiciário para alocar recursos escassos fossem tão relevantes aqui quanto nos casos em que se espera que as Cortes decidam se um novo tratamento de saúde deve ser fornecido a um paciente ou se moradias populares devem ser construídas para uma determinada comunidade.

Assim, é correto afirmar que tanto a proteção dos direitos sociais quanto a de direitos civis envolvem custos e sua tutela judicial pode, ocasionalmente, gerar

⁴ *International Trader's Ferry* [1998] All E.R. (D) 568.

obrigações positivas dispendiosas ou resultar na alocação de recursos pelos tribunais. No entanto, isso não diminui a preocupação com a capacidade institucional e legitimidade das Cortes para intervirem em decisões alocativas discricionárias em casos envolvendo direitos sociais. Na verdade, tal cenário somente demonstra que as mesmas objeções também podem emergir na proteção de direitos civis (HOLMES; SUSTEIN, 2000, p. 94-95). Em conclusão, destacar as semelhanças estruturais entre direitos sociais e direitos civis não ajuda a responder a questão sobre *se, quando e como* as Cortes devem proteger os direitos sociais (FREDMAN, 2008, p. 100).

Vale também ressaltar que, como será discutido mais adiante neste artigo, muitos dos que argumentam que os direitos sociais não são estruturalmente diferentes dos direitos civis também sugerem reformas no processo judicial para compensar a falta de capacidade institucional e de legitimidade democrática das Cortes. Assim, eles estão de alguma forma admitindo que a tutela judicial de direitos sociais exige dos tribunais um papel significativamente diverso daquele desempenhado na proteção de direitos civis.

3 As deficiências do processo político e da Administração

As objeções relativas à falta de capacidade institucional e de legitimidade democrática das Cortes também são contestadas com análises que buscam comparar o Judiciário com visões mais realistas do funcionamento da democracia representativa e da burocracia estatal, que comumente passam longe dos valores democráticos ideais e da competência administrativa esperada. Isso tornaria o argumento a favor da proteção dos direitos sociais ainda mais forte porque não só os sistemas político e administrativo são imperfeitos, como as Cortes poderiam corrigir essas imperfeições.

Contudo, esse argumento tende a ser construído por meio de uma comparação entre como os sistemas democráticos e os órgãos administrativos funcionam (listando todas as suas imperfeições) e como as Cortes deveriam funcionar (listando todas as suas virtudes e mostrando como suas limitações podem ser superadas por meio de reformas). Esse tipo de argumentação é falho porque se desconsidera o fato de que a comparação entre instituições é sempre uma escolha entre alternativas altamente imperfeitas (KOMESAR, 1997, p. 5). E a falha pode ser parcialmente explicada pelo fato de que muitos trabalhos na área de direitos sociais, apesar de tentarem incorporar elementos interdisciplinares em sua análise, negligenciam estudos que já testaram e refutaram muitas das premissas que eles simplesmente assumem como verdadeiras.

A crítica ao sistema político (e à representação democrática, em particular) feita por parte da literatura sobre direitos sociais vem de duas perspectivas opostas. Alguns afirmam que a democracia representativa tende a se tornar uma *tiranía da maioria* e, portanto, não consegue incluir e ser sensível às minorias marginalizadas. Sob essa ótica, não há incentivos para que as maiorias priorizem demandas por direitos de minorias, pois políticos preocupados com as eleições tenderão a evitar questões impopulares e polêmicas⁵. Por uma perspectiva oposta, critica-se a democracia representativa argumentando que os representantes políticos são apenas parcialmente responsivos ao seu eleitorado. Governos, de acordo com esse argumento, na verdade são produtos da *barganha*, da negociação e da captura por parte de grupos de interesse, líderes partidários e lobistas. Assim, as demandas de minorias organizadas, ricas e poderosas são as que tendem a prevalecer⁶.

Essas duas visões paradoxalmente opostas sobre os motivos para o mau funcionamento das instituições representativas mostram uma compreensão incompleta do sistema democrático. As democracias estão submetidas a duas tensões opostas: a sobre-representação de interesses concentrados (viés minoritário) e a sobre-representação de interesses gerais e dispersos (viés majoritário). As maiorias, devido ao seu maior número, podem contrabalançar a força de grupos minoritários. Já as minorias podem se opor às maiorias quando são mais afetadas ou possuem interesses especiais e concentrados em algumas questões (KOMESAR, 1997, p. 54). Qualquer tentativa de reduzir um viés irá aumentar o outro e esse *trade-off* não é evidência de um mau funcionamento do sistema representativo. Alguns autores sustentariam até que tais mecanismos são, na verdade, uma das virtudes do sistema representativo em termos de flexibilidade e de proteção contra o domínio hegemônico da maioria ou de uma minoria⁷.

É possível argumentar, no entanto, que não importa qual viés prevaleça, ele sempre será contrário aos pobres e marginalizados. Essa é uma preocupação frequente entre aqueles que defendem a judicialização dos direitos sociais e é um argumento utilizado para legitimar a intervenção das Cortes nesta seara, porque a judicialização protegeria os interesses dos grupos mais necessitados contra

5 Nolan, *Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts* (2011), Cap. 4; Mantouvalou, "In Support of Legalisation" in *Debating Social Rights* (2010), p. 113; Bilchitz, *Poverty and Human Rights* (2007), p. 125.

6 Fredman, *Human Rights Transformed* (2008), p. 35, 111; Liebenberg, *Socio-economic Rights* (2010), p. 34-35.

7 Komesar, *Imperfect Alternatives* (1997), p. 220. Cf. Pierre Rosanvallon, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

negociatas e vicissitudes do processo político⁸. No entanto, se uma abordagem mais realista das democracias e da representação política é necessária para uma análise comparativa, então esta virada realista deve ser aprofundada a fim de trazer evidências empíricas necessárias para fundamentar as suposições sobre a relação entre democracia e pobreza.

É verdade que muitas democracias falharam no combate contra pobreza e privações sociais. No entanto, algumas democracias têm feito um trabalho melhor do que outras no enfrentamento desses problemas e é importante entender as razões pelas quais algumas democracias são bem-sucedidas enquanto outras falham. Existem tantas teorias para explicar por que democracias falham em reduzir a pobreza que simplesmente listar todas já ultrapassaria o escopo deste artigo⁹. No entanto, existem duas teorias que são particularmente importantes para o debate sobre a tutela judicial dos direitos sociais.

A primeira teoria sustenta que as democracias falham em realizar os direitos sociais se os tribunais não protegem esses direitos. Pelas razões já mencionadas, a intervenção dos tribunais seria necessária porque as democracias seriam incapazes de dar voz aos pobres e aos marginalizados. Contudo, o problema dessa teoria é que ela contradiz a história dos estados de bem-estar social europeus, que foram criados com base na política partidária e no processo democrático (PRZEWORSKI, 1986). Mesmo nos casos de democracias jovens e, em particular, da América Latina, a vitória eleitoral de partidos que representam e são apoiados por setores menos privilegiados da sociedade é uma forte variável para explicar a criação de políticas públicas que contribuem para a redução da pobreza e da extrema pobreza¹⁰.

8 V., e.g., Mantouvalou, "In Support of Legalisation" in *Debating Social Rights* (2010), p. 113, 124-125; Langford, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory". In: *Social Rights Jurisprudence* (2008), p. 33.

9 Daron Acemoglu *et al.*, "Democracy, Redistribution and Inequality" in A. Atkinson e F. Bourguignon (org.), *Handbook of Income Distribution* (Amsterdam: Elsevier, 2015), p. 1885-996; Ian Shapiro, *The State of Democratic Theory* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2006), Cap. 5; Philip Keefer e Stuti Khemani, "Democracy, Public Expenditures, and the Poor: Understanding Political Incentives for Providing Public Services" (2005) 20 *World Bank Research Observer* 1; Adam Przeworski, *Democracy and the Limits of Self-Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), Cap. 4; Ellen M. Immergut e Tarik Abou-Chadi, "Political and Institutional Determinants of Social Legislation: The Role of Veto Points, Veto Players, and Electoral Pressure" (2010), *BGSS Working Paper Series*.

10 Jennifer Pribble, *Welfare and Party Politics in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013); Jennifer Pribble, Evelyne Huber e John D. Stephens, "Politics, Policies, and Poverty in Latin America" (2009) 41 *Comparative Politics* 387.

Langford cita o Brasil como um exemplo de como a representação política pode deixar de atender às necessidades de grupos socialmente desfavorecidos e, para ele, foi justamente isso que levou à judicialização dos direitos sociais no país (LANGFORD, 2008, p. 33). Esse argumento, contudo, ignora a importância da extensão de políticas públicas voltadas para os pobres e miseráveis desde o início do século XXI, no Brasil, e do apoio maciço desses grupos para a eleição do Partido dos Trabalhadores por quatro eleições sucessivas contra uma oposição apoiada principalmente pelas classes médias e altas (SINGER, 2009). As políticas públicas que desempenham um papel direto na redução da pobreza e da miséria na população brasileira, aos níveis mais baixos da história¹¹, não foram produzidas pela judicialização dos direitos sociais e, pelo menos no caso do direito à saúde, a judicialização pode estar até mesmo prejudicando os pobres (FERRAZ, 2011).

Análises quantitativas com diversos países não encontraram correlação entre, por um lado, a constitucionalização e a justiciabilidade dos direitos sociais e, por outro, a abrangência e a qualidade das políticas públicas de bem-estar social. O impacto da constitucionalização de direitos sociais judicializáveis em diferentes países sobre a redução da desigualdade e da melhoria do índice de desenvolvimento humano é *realmente insignificante*¹².

Em suma, os sistemas democráticos não são uma garantia de que a pobreza será reduzida e de que as necessidades sociais serão satisfeitas. No entanto, a ausência de proteção judicial dos direitos sociais também não é um obstáculo para que as democracias ofereçam uma proteção decente ao bem-estar social da população.

Seria possível argumentar que, embora os sistemas democráticos sejam capazes de proteger os mais pobres e de reduzir carências sociais sem que sejam necessários proteção judicial e direitos sociais, talvez as democracias consigam realizar melhor essa tarefa quando há instituições como tribunais para corrigi-los quando falham. Isso nos leva à segunda teoria que explica por que algumas democracias falham com

11 Marcelo Neri, "Income Policies, Income Distribution, and the Distribution of Opportunities in Brazil" in Lael Brainard e Leonardo Martinez-Diaz (org.), *Brazil as an Economic Superpower?: Understanding Brazil's Changing Role in the Global Economy* (The Brookings Institution, 2009); Davide Rasella *et al.*, "Effect of a conditional cash transfer programme on childhood mortality: a nationwide analysis of Brazilian municipalities" (2013) 382 (9886) *The Lancet* 57.

12 Ran Hirschl e Evan Rosevear, "Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-Economic Rights & Political Realities" in T. Campbell, K.D. Ewing e A. Tomkins (org.), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 207-228; Hirschl, "The Nordic counternarrative: Democracy, human development and judicial review" (2011) 9(2) *I.J.C.L.* 449, 457. Cf. Christian Bjørnskov e Jacob Mchangama, "Do Social Rights Affect Social Outcomes?" (2015) *American Journal of Political Science*.

a população mais pobre: a redistribuição é mais difícil quando o arranjo institucional cria um maior número de pontos de veto, o que pode prejudicar e retardar políticas de bem-estar social abrangentes e inovadoras destinadas a atenuar as desigualdades econômicas (SHAPIRO, 2006, p. 109).

Um ponto de veto pode ser definido como uma arena institucional dotada de poder jurisdicional e utilizada por atores políticos para derrubar leis ou políticas que ameacem seus interesses ou objetivos¹³. Os pontos de veto incluem, por exemplo, o legislativo bicameral, os sistemas federalistas e o controle jurisdicional. Para se ter uma visão mais realista do papel dos tribunais nas democracias, é necessário observar o que as Cortes são – pontos de veto¹⁴ – em vez de focar naquilo que alguns acadêmicos gostariam que elas fizessem – ser uma voz institucional para os pobres; estimular o processo político; diminuir a negligência, a inércia e os vieses de governos; incentivar a deliberação, *accountability* e a responsividade; ser uma alternativa para escapar de outros pontos de veto; ou catalisar a energia política necessária para mudanças. Todos os pontos de veto, incluindo os tribunais, podem exercer essas funções, mas é importante considerar o impacto real dessas arenas institucionais nas políticas sociais e nas políticas redistributivas.

A teoria de que os pontos de veto restringem o desenvolvimento de políticas públicas abrangentes encontrou terreno sólido no trabalho clássico de Ellen Immergut. Segundo ela, a existência de pontos de veto acessíveis a certos grupos de interesse – especialmente a classe médica – explica por que governos eleitos falharam na implementação de sistemas universais de saúde, ainda que vissem tal política como “uma expressão vívida de seus perfis ideológicos distintos e como um meio eficaz de obter votos” (IMMERGUT, 1992, p. 1). O caso *Chaoulli*¹⁵, em que a Suprema Corte do Canadá derrubou legislação da província do Quebec que bania o seguro médico privado e abriu o caminho para um sistema de saúde menos igualitário, é outro exemplo de como grupos com interesses concentrados conseguem utilizar

13 Ellen Immergut, *Health Politics: Interests and Institutions in Western Europe* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992); Ellen Immergut, “Institutional Constraints on Policy” in Michael Moran, M. Rein, e R.E. Goodin, *The Oxford Handbook of Public Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2008); Mathew Taylor, “Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian (2006) 38(3) *Comparative Politics* 337, 338.

14 V. Taylor, “Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian” (2006) 38 (3) *Comparative Politics* 337; Mathew Taylor, *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil* (Stanford: Stanford University Press, 2008).

15 *Chaoulli v. Quebec* [2005] 1 S.C.R. 791; 2005 SCC 35.

um ponto de veto contra uma política universal. Nesse caso, o ponto de veto era a corte e o grupo interessado estava utilizando a linguagem dos direitos.

Lijphart conduziu um estudo incluindo diversas democracias no mundo e encontrou uma correlação negativa entre a quantidade de pontos de veto e políticas de bem-estar social abrangentes (LIJPHART, 1999). Shapiro, baseando-se em extensa literatura sobre o funcionamento de pontos de veto, conclui que eles limitam a capacidade institucional dos governos de distribuir recursos (SHAPIRO, 2006, p. 110). Em suma, a noção de que os pontos de veto operam como verdadeiros obstáculos para a estruturação de Estados sociais mais generosos parece já estar bem consolidada na literatura da ciência política (ABOU-CHADI; IMMERGUT, 2010, p. 9).

Cada ponto de veto é uma nova arena para os quais múltiplos recursos precisam ser mobilizados. Dessa forma, se os tribunais forem usados como pontos de veto, não será suficiente mobilizar recursos apenas nas esferas política e administrativa (por meio de *lobby*, passeatas, votações etc.). Será necessário, também, defender os mesmos interesses na esfera judicial, o que exige recursos completamente diferentes. O fato de uma voz negligenciada ter sido ouvida nos tribunais não garante que aqueles que já foram ouvidos (em nível administrativo ou legislativo) sejam ouvidos novamente, ou que suas vozes receberão o devido peso. Ainda que os vetos possam ser derrubados por governos, isso sempre envolverá custos de transação, o que reduz a capacidade governamental de implementar políticas públicas e de aprová-las. Aqueles que propõem mudanças sociais terão de ser habilidosos e engenhosos e com suficientes recursos para vencerem batalhas em arenas muito diferentes.

A associação entre a existência de pontos de veto e o custo mais alto para a implementação de políticas públicas, portanto, não deve ser negligenciada. Especialmente no caso de bens comuns, como políticas públicas universais (em que os benefícios são vastos, porém dispersos), os possíveis beneficiários podem nem saber que foram afetados por um ponto de veto ou podem não ter os recursos ou incentivos necessários para reagir. Esta é uma regra geral sobre o uso de pontos de veto que também se aplica aos tribunais¹⁶.

Cabe questionar se os tribunais, ao julgar demandas relacionadas a direitos sociais, poderiam ser analisados como instituições com poder de veto (*veto players*), uma vez que, em muitos casos, eles não estão formalmente bloqueando uma

16 V. Komesar, *Imperfect Alternatives* (1997), p. 129; Taylor, "Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian" (2006) 38(3) *Comparative Politics* 337; Einer Elhauge, "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?" (1991) 101 *Yale L.J.* 31, 77.

decisão, mas determinando uma ação do Estado. No entanto, em um contexto de recursos limitados e de interesses e necessidades conflitantes, qualquer decisão que ordene que o governo faça algo terá custos de oportunidade e, indiretamente, vetará a possibilidade de um uso alternativo dos mesmos recursos. Portanto, quando os tribunais forçam a mobilização de recursos para o atendimento de uma necessidade, eles vetam, pelo menos até certo ponto, a definição de prioridades anteriormente planejadas por quem originariamente tem a competência para tomar tais decisões.

O efeito dos pontos de veto é, obviamente, duplo. Os governos que enfrentam pontos de veto terão mais dificuldade em promulgar leis e políticas violadoras de direitos, mas, por outro lado, também encontrarão maiores dificuldades para mudá-las ou para criar leis e políticas protetoras de direitos¹⁷. Esse *trade-off* precisa ser seriamente considerado nos debates sobre a judicialização dos direitos sociais antes que se chegue à conclusão de que o imperativo de reduzir a pobreza e carências sociais seja uma justificativa para dar aos tribunais o poder de tomar ou interferir em decisões relacionadas à alocação de recursos em políticas sociais.

Em conclusão, para justificar a proteção judicial dos direitos sociais é necessário mais do que simplesmente argumentar que o processo político falha em produzir os resultados almejados. É necessário demonstrar que há algo diferente nos tribunais e na judicialização que os torna menos vulneráveis aos problemas identificados no processo político.

4 Idealizando o que os tribunais são e o que eles podem se tornar

Ao comparar as instituições, é um erro metodológico confrontar a forma como uma instituição realmente trabalha com o modo como outra instituição deveria ou poderia trabalhar. Isso é o que Vermeule chamou de *institucionalismo assimétrico* – uma *análise pseudoinstitucional* que compara, de um lado, a descrição dos problemas de uma instituição e, de outro, uma visão idealizada de outra – que cria a falácia do nirvana (VERMEULE, 2006, p. 17). Isso, porém, é o que parte da literatura em direitos sociais faz para justificar um papel mais proativo dos tribunais na proteção dos direitos sociais: eles não apenas apresentam os problemas e as limitações do processo democrático, como também idealizam o que os tribunais e os juízes são e o que podem ser.

17 V. Mark Tushnet, “The Political Institutions of Rights Protection” in *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays* (2011), p. 302; Judy Fudge, “The Canadian Charter of Rights: Recognition, Redistribution, and the Imperialism of the Courts” in *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays* (2011), p. 357.

5 Uma visão idealizada dos tribunais

Muitos defensores da judicialização de direitos sociais apresentam os tribunais, em oposição aos políticos, como instituições imunes a interesses econômicos, sociais, políticos e partidários, resistentes às pressões da mídia e da opinião pública e isentas de preconceitos pessoais. Os juízes seriam, portanto, movidos por seu dever profissional e compromisso com os direitos humanos, atuando sempre de forma imparcial e tomando decisões baseadas em princípios jurídicos e legítimas razões públicas¹⁸. Como afirma Bilchitz, “a exata definição de um exercício adequado do poder judicial é aquela em que a lei é aplicada ‘imparcialmente, sem medo, sem favorecimentos ou sem preconceitos’” (BILCHITZ, 2007, p. 126). Nessa esteira, não surpreende que tal imagem dos tribunais leve a conclusões como a de que eles são *agências beneficentes* (NOLAN, 2011, p. 182) capazes de proteger os direitos dos indivíduos menos aptos a influenciar o sistema político.

No entanto, da mesma forma que declarações amplas sobre o sistema democrático não passam por um escrutínio mais rigoroso que leve em consideração a variedade de sistemas democráticos e as nuances de seu funcionamento, esta descrição de como tribunais e juízes deveriam ou poderiam trabalhar não combina com uma análise de como os órgãos judiciais realmente tomam suas decisões e de todas as limitações que possuem.

A crença de que a atitude dos juízes é mais favorável à proteção dos direitos humanos, de grupos marginalizados ou de valores altruístas sustenta-se, na verdade, na preferência individual de cada magistrado. Não havendo nenhuma evidência de que sua formação jurídica ou seu papel institucional o torne mais comprometido com esses grupos e valores do que os legisladores ou burocratas em geral¹⁹. Certamente, seria possível mencionar casos em que os tribunais realmente protegeram grupos que não estavam recebendo igual consideração de governos eleitos, mas também há evidências consistentes de que os tribunais, de maneira geral, não apenas deixam de fornecer a proteção adequada a esses grupos contra leis ou políticas opressivas, mas

18 V., e.g., Fredman, *Human Rights Transformed* (2008), p. 105; Bilchitz, *Poverty and Human Rights* (2007), p. 121-126; Nolan, *Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts* (2011), p. 182, Mantouvalou, in *Support of Legalisation* in *Debating Social Rights* (2010), p. 113, 125.

19 V. Tushnet, “The Political Institutions of Rights Protection” in *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays* (2011), p. 306-307; Vermeule, *Judging Under Uncertainty* (2006), p. 258; Elhauge, “Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?”, (1991) 101 *Yale L.J.* 31; Jeremy Waldron, “Judges as moral reasoners”(2009) 7(1) *I.J.C.L.* 2; Paul du Gay, “Bureaucracy and Liberty” in Paul du Gay (ed.), *The Values of Bureaucracy* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

também contribuem para piorar sua situação bloqueando reformas redistributivas propostas pela política democrática²⁰.

Os juízes possuem certo nível de autonomia garantido por normas institucionais, mas isso não significa que eles estejam imunes a valores sociais e, em particular, a valores do meio profissional e da classe média alta da qual pertencem²¹; a vieses relacionados a suas preferências ideológicas e políticas²²; ou a considerações estratégicas quanto à forma como suas decisões serão recebidas por políticos, por colegas de profissão, pela comunidade jurídica e pelo público em geral (HIRSCHL, 2013). A ideia de que os tribunais são forças contramajoritárias também é refutada por pesquisas que demonstram que as Cortes, pelo menos a longo prazo, tendem a refletir na opinião pública ou a defender a agenda das elites políticas²³.

Além disso, não é evidente que os tribunais, ao julgarem questões relacionadas a direitos sociais, realmente tomem decisões melhor fundamentadas e mais ponderadas. Especialmente em casos envolvendo direitos sociais e escolhas trágicas, os tribunais podem estar sob enorme pressão por parte da opinião pública, das manchetes dos jornais e das partes em um processo. Tudo isso faz com que os juízes possam ter dificuldade em ponderar adequadamente as necessidades de um indivíduo ou grupo identificado no processo com as necessidades de outras parcelas da população que competem pelos mesmos recursos escassos, mas aparecem apenas como estatísticas. Os tribunais não conseguem ter amplo conhecimento das

20 V. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press, 2007).

21 John Ely, *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980), p. 58-59. V. tb. Lawrence M. Friedman, "Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act" in John N. Drobak (org.), *Norms and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p. 150.

22 Joshua Ferguson *et al.*, "Behind the Mask of Method: Political Orientation and Constitutional Interpretive Preferences" (2008) 32 *Law and Human Behavior* 502; Friedman, "Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act" in *Norms and the Law* (2006), p. 156.

23 V., e.g., Vermeule, *Judging Under Uncertainty* (2006), p. 259; Mark Tushnet, "Scepticism about judicial review: a perspective from the United States" in *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays* (2011); David Landau, "The Reality of Social Rights Enforcement" (2012) 53 *Harvard Int. L.J.* 402, 403; Mark Graber, "Review: Constitutional Politics and Constitutional Theory: a Misunderstood and Neglected Relationship" (2002) 27(2) *Law & Social Inquiry* 309; Robert Dahl, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker" (1957) 6 *Journal of Public Law* 279; Lucas Powe, *The Warren Court and American Politics* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000); Lee Epstein e Andrew Martin, "Does Public Opinion Influence the Supreme Court? Possibly Yes (But We're Not Sure Why)" (2012) 13 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 263.

outras necessidades sociais que serão afetados por suas decisões e nem podem ser responsabilizados pelo não atendimento delas (WANG, 2013).

Há, ainda, evidências que contradizem a ideia de que os tribunais sempre decidem por meio de deliberação, orientados por princípios e apresentando fundamentação cuidadosa, em oposição a políticos, que decidem com base na agregação de votos que resultam de barganhas, disputas e interesses pessoais²⁴. Essa visão do processo decisório em tribunais depende das características individuais de juízes que verdadeiramente se envolvem com pontos de vista opostos e estão abertos a mudar de ideia quando apresentados a bons argumentos. No entanto, os magistrados, assim como os políticos, tendem a ser pessoas com opiniões fortes, especialmente nos tribunais constitucionais onde suas indicações são, ao menos em parte, baseadas nas suas convicções a respeito de determinados temas (SEN, 2013). Se o incentivo para que os juízes forneçam uma boa motivação para as suas decisões é o desejo de fazer um bom trabalho (tendo em vista que não há ninguém para puni-los caso falhem), o mesmo pode ser dito a respeito dos legisladores “dispostos a ouvir as reclamações dos eleitores e a explicar publicamente, em boletins, em discursos ou em quaisquer outras plataformas, os motivos que os levam a fazer o que fazem” (TUSHNET, 2009, p. 48). Esse raciocínio também pode ser estendido aos gestores públicos que agem de acordo com um *ethos do serviço público* que abarca, em sua essência, valores como legitimidade, justiça e imparcialidade (DU GAY, 2005).

A comparação entre tribunais e gestores públicos na Administração também é, em regra, imprecisa. Alguns autores argumentam que as decisões tomadas pelo Poder Executivo enfrentam uma barreira menos séria ao controle jurisdicional do que aquelas tomadas pelo Legislativo, que têm sua legitimidade firmemente baseada na representação e na participação política (NOLAN, 2011, p. 101). Essa ideia seria aplicável, especialmente, a países onde os Poderes Executivo e Legislativo são separados e onde as decisões administrativas são tomadas por burocratas não eleitos. Esse argumento, no entanto, não convence sem uma análise mais aprofundada. As decisões da Administração Pública podem ter uma legitimidade democrática *de cima para baixo* na medida em que o Poder Executivo é comandado por governos eleitos para executar a agenda administrativa vencedora. A Administração pode também ter uma legitimidade democrática *de baixo para cima* quando as decisões são tomadas

24 V. Maya Sen, “Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System” (2013) 26 *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 303; Virgílio Afonso da Silva “Deciding without deliberating” (2013) 11(3) *IJ.C.L.* 557.

com maior participação da população como, por exemplo, por meio de audiências públicas e consultas populares (VERMEULE, 2013, p. 14-16).

É bem verdade que muitas decisões administrativas são tomadas por órgãos burocráticos que são sobrecarregados pelo volume de trabalho; se equivocam; muitas vezes são enviesados, inertes ou indiferentes; agem com má-fé; trabalham com recursos insuficientes e com pouco tempo para realizar bem suas tarefas; operam sem transparência e com pouco controle; além de serem vulneráveis à captura regulatória. Os juízes, porém, também podem ser descritos como burocratas que decidem seus casos em condições de tempo e com informação limitados, sem transparência e *expertise*, e vulneráveis à influência de grupos de interesse, ideologias pessoais e opinião pública (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002). Além disso, como será discutido no próximo capítulo, quanto mais os tribunais buscam interferir no modo como as políticas públicas alocam recursos, mais eles se tornarão vulneráveis aos mesmos problemas que a Administração Pública enfrenta, mas sem possuírem os recursos necessários para alcançar o mesmo nível de *expertise* para tomar decisões alocativas bem informadas.

A ideia de que os tribunais são imparciais, afastados da pressão externa e que tomam decisões baseadas na razão, na deliberação e no compromisso com princípios elevados reproduz a teoria clássica que separa a política (campo de barganhas, concessões e grupos de interesse) da justiça (que estaria acima da disputa política e seria baseada na razão e em princípios), a fim de lidar com a dificuldade contramajoritária do controle jurisdicional (GRABER, 2002). Essa separação, como já visto, carece de evidências empíricas e cria uma análise institucional incompleta. Ainda, tal separação promove o que Graber chamou de *ignorância constitucional*, pois impede o diálogo interdisciplinar entre estudiosos do direito e cientistas sociais que examinam o que os tribunais realmente fazem ao observá-los como instituições políticas que tomam decisões políticas inseridas em um contexto político²⁵.

Quando se trata de direitos sociais, essa oposição entre tribunais, de um lado, e entre políticos e gestores, de outro, é ainda mais obscura. Escrevendo sobre um outro contexto, mas que se aplica perfeitamente à proteção judicial dos direitos sociais, Kennedy descreve a dificuldade daqueles que usam a linguagem do Direito e dos direitos em aceitar que falar em favor de valores universais para defender certos grupos ou políticas públicas é fazer escolhas distributivas entre

25 Graber, Review: "Constitutional Politics and Constitutional Theory: a Misunderstood and Neglected Relationship" (2002) 27(2) *Law & Social Inquiry* 309. See also Martin Shapiro, "Political Jurisprudence" in Martin Shapiro and Alec Sweet Stone (org.), *On Law, Politics and Judicialization* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

vencedores e perdedores²⁶. Para não enfrentar essa situação desconfortável, os especialistas em direitos humanos tentam resolver conflitos e ambiguidades “com base em um processo de *interpretação*”, que eles entendem ser diferente e mais legítimo que a política, e “*fetichizando* o juiz como um mero instrumento da lei e não como um ator político” (KENNEDY, 2004, p. 22).

No entanto, o problema da concretização dos direitos sociais não é meramente interpretativo, mas, com grande frequência, uma disputa orçamentária entre interesses e necessidades concorrentes (WALDRON, 2011). O reconhecimento dos direitos sociais em lei não resolve as disputas políticas e os dilemas distributivos sobre a alocação de recursos nas políticas públicas. Independentemente do método interpretativo utilizado (v.g. proporcionalidade, razoabilidade ou a doutrina do mínimo existencial), aqueles que buscam definir o conteúdo substancial de um direito social em um caso concreto ou definir a extensão do dever do Estado de concretizá-lo devem realizar o mesmo tipo de análise que é esperada de governos quando alocam recursos escassos por meio de políticas sociais. É preciso considerar, por exemplo, eficiência econômica, conveniência administrativa, evidências científicas e dados sociais, os valores da sociedade e princípios de justiça distributiva. Como alertado por Griffith, “um perigo na argumentação com base nos direitos é que os problemas reais podem acabar sendo ignorados. Questões que são, na verdade, políticas e econômicas acabam sendo apresentadas como questões jurídicas” (GRIFFITH, 1979, p. 17).

Quando os *problemas reais* são considerados, torna-se menos evidente que os tribunais, como os conhecemos, sejam as instituições mais apropriadas para fazer escolhas alocativas em políticas públicas. Isso parece ser tacitamente aceito quando argumentos a favor da proteção judicial dos direitos sociais incluem propostas de reformas nos tribunais e no processo judicial para responder a objeções relativas à capacidade institucional e à legitimidade das Cortes para esta tarefa.

6 Reformando os tribunais e o processo judicial

Dentre as reformas sugeridas para se construir uma maior legitimidade e capacidade institucional para os tribunais julgarem demandas pela realização de direitos sociais, inclui-se a criação de juizados ou de varas especializados; a ampliação

26 David Kennedy, *The Dark Side of Virtue: reassessing international humanitarianism* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2004), p. xxiii. V. tb. *On Law, Politics and Judicialization* (2002), p. 180; Martin Koskeniemi, “Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power” (2010) 1(1) *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 47.

do acesso à Justiça; e um processo judicial mais aberto, participativo e informado por meio de *amici curiae*, audiências públicas, apuração de fatos por iniciativa dos tribunais, comissões especiais de investigação e instituições de pesquisa com especialistas indicados pelos tribunais. Além de trazer mais informações aos tribunais, essas reformas compensariam a falta de *pedigree* democrático dos juizes ao promover aspectos deliberativos e participativos de uma democracia, sobretudo para aquelas vozes excluídas do debate no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Outro conjunto de reformas visa especificamente a permitir que os tribunais garantam o cumprimento de suas decisões: decisões judiciais reestruturando uma política e jurisdição para supervisionar o cumprimento de uma decisão por meio da exigência de relatórios periódicos de órgãos e especialistas designados pelo tribunal para monitorar o cumprimento das ordens judiciais²⁷.

O primeiro problema, porém, com o argumento de que os tribunais e os sistemas judiciais podem ser reformados e, portanto, passarem a ocupar uma posição comparativamente melhor para julgar os direitos sociais, é que essa comparação é feita entre o que a Administração e o Legislativo de fato *são* com o que o Judiciário pode *vir a ser*. Esse raciocínio ignora o fato de que o processo decisório no Legislativo e na Administração também pode ser reformado e melhorado. Algumas práticas já existentes no Legislativo e no Executivo são idênticas às reformas que são sugeridas para os tribunais. Por exemplo, audiências e consultas públicas com partes interessadas e especialistas podem ocorrer – e já ocorrem – no âmbito legislativo e administrativo.

Portanto, uma análise institucional comparativa apropriada deveria contrapor, de um lado, o que os tribunais e o processo judicial podem se tornar quando passarem por reformas e, de outro, o que os poderes Executivo e Legislativo podem alcançar se determinadas reformas forem feitas. Um argumento semelhante ao que aqui se elabora foi concebido por King ao discutir a ideia de que uma teoria da democracia deliberativa daria suporte à proteção judicial dos direitos sociais:

Por que uma teoria como a da democracia deliberativa fundamentaria decisões judiciais mais assertivas (como vetar leis) em vez de estimular um direito de participação mais forte no âmbito legislativo e administrativo? Neste ponto, os mecanismos disponíveis nessas esferas parecem muito mais adequados se comparados aos processos judiciais. (KING, 2012, p. 114).

27 V. Nolan, *Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts* (2011), p. 195, 208; Mantouvalou, "In Support of Legalisation" in *Debating Social Rights* (2010), p. 113, 118, 126; Langford, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory" in *Social Rights Jurisprudence* (2008), p. 36-37; Fredman, *Human Rights Transformed* (2008), Ch.5; Liebenberg, *Socio-economic Rights* (2010), p. 74-76.

O segundo problema é que as reformas que visam a tornar os tribunais abertos a uma participação social mais ampla e mais bem equipada para lidar com questões de política social irão, se bem realizados, transformá-los em poderes quase-legislativos ou quase-executivos. Em vez de funcionar apenas como árbitro de uma disputa, decidindo entre as reivindicações de duas partes opostas, o Judiciário passaria a exercer também funções que mais se assemelham ao trabalho desempenhado por legisladores e gestores públicos responsáveis ao ter que avaliar e equilibrar interesses e necessidades de múltiplos grupos (ALLAN, 2003, p. 196-198).

Como afirma Koskenniemi, o conflito de direitos é, na verdade, um conflito de interesses entre os detentores desses direitos, e isso “levará especialistas em direitos humanos [e juízes] a participar de análises cada vez mais detalhadas e técnicas da eficiência econômica, da segurança, da conveniência administrativa e da causalidade social no que tange aos padrões alternativos de distribuição de recursos” (KOSKENNIEMI, 2010, p. 49).

Para melhor realizar essa atividade, os juízes tentarão se assemelhar a formuladores de políticas públicas. No entanto, é questionável que juízes, mesmo quando informados por um processo mais aberto e inclusivo ou assistidos por uma “estrutura administrativa sob supervisão judicial” (DAVIS, 1976), tenham a mesma capacidade que governos com *expertise*, treinamento, experiência, tempo e outros recursos projetados especificamente para lidar com políticas públicas. Ademais, é preciso destacar que um tribunal que tenta se assemelhar a administradores ou legisladores, além de ser uma cópia menos capacitada de ambos, corre ainda o risco de reproduzir seus problemas.

Administradores e políticos tomam decisões erradas devido a parcialidade, captura, informações incompletas, corrupção etc. No entanto, não há razão para se acreditar que os tribunais, ou os profissionais sob sua supervisão destinados a monitorar a implementação de uma decisão, seriam menos vulneráveis a esses mesmos problemas no momento da elaboração e implementação de políticas públicas. Um exemplo concreto é o caso *Mendoza*²⁸, em que a Suprema Corte da Argentina, por meio de uma decisão estrutural, ordenou a despoluição de um rio, atribuindo responsabilidades e estabelecendo prazos para as autoridades públicas que trabalhariam sob a atenta supervisão do tribunal. Muitos anos após a decisão, o rio permanece poluído; as partes interessadas reclamam da falta de transparência e participação no processo decisório;

28 *Beatriz Silva Mendoza y otros v Estado Nacional y otros* [2006] Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

há preocupações sobre se os proprietários de empresas poluidoras se beneficiam indevidamente de suas conexões pessoais com juízes locais; e um juiz da Suprema Corte enfrenta acusações de corrupção e favorecimento relacionadas às atividades de despoluição do rio (GARGARELLA, 2015, p. 116-117).

Transformar os tribunais em foros deliberativos (por exemplo, por meio de audiências públicas e *amici curiae*) também traz o problema de representatividade que afeta as legislaturas e quaisquer outros órgãos deliberativos. Se o tribunal decidir quem participa do debate, existe o risco de que essa seleção reflita ideias preconcebidas do juiz sobre o conflito em questão (ALLAN, 2003, p. 197). Haveria questionamentos sobre quais critérios deveriam ser aplicados para selecionar os terceiros que poderiam participar dos processos; sobre o quão representativos e responsáveis eles seriam em relação àqueles que eles afirmam representar e sobre como seria possível proteger os interesses daqueles que não participam por falta de recursos, de representação, de informação ou de incentivo quando os benefícios de uma política são tão difusos como no caso de bens comuns (URBINATI, 2010). E não há razão para acreditar que as diferenças de poder socioeconômico e político que afetam a participação e influenciam a política e a Administração não serão reproduzidas no Judiciário (ELHAUGE, 1991).

Também é importante destacar que a ideia de democracia deliberativa, que inspira alguns defensores da proteção judicial dos direitos sociais²⁹, exige mais que uma discussão inclusiva e livre baseada em razões públicas convincentes. Requer, ainda, que a decisão tomada reflita tal deliberação (ZUM, 2007). Mesmo que tribunais consigam superar todos esses questionamentos relacionados à participação, não há garantia que os tribunais entenderão as informações que lhes são apresentadas de forma correta, que darão o peso adequado a todos os participantes ou que levarão em consideração todas as informações trazidas (ELHAUGE, 1991). Quando há uma grande quantidade de dados conflitantes e diferentes interpretações de fatos complexos, existe o risco de que os juízes “pincem entre os estudos disponíveis apenas aquilo que reforça uma conclusão previamente feita” (KING, 2012, p. 242). O desfecho de uma disputa pode não refletir a ampla deliberação sobre ela e os juízes não podem ser punidos por não fundamentarem suas decisões nas contribuições que receberam dos participantes (TUSHNET, 2009, p. 94). Esse foi o caso da audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2009 para discutir a judicialização da saúde. O evento contou com mais de 50 autoridades, acadêmicos e representantes

29 Fredman, *Human Rights Transformed* (2008), p. 112, Ch.4; Liebenberg, *Socio-economic Rights* (2010), p. 66.

da sociedade civil. Nos casos decididos posteriormente à audiência, foram mencionadas apenas algumas poucas contribuições extraídas dela. Não só importantes questões discutidas pelos participantes não foram abordadas, além de ter havido erros factuais que apareceram nas decisões. Por fim, em decisões recentes, o STF simplesmente ignorou os resultados obtidos nessa audiência (WANG, 2013, p. 75).

Poder-se-ia argumentar que um processo judicial quase legislativo ou quase administrativo não precisaria ser superior ao processo decisório no âmbito do Legislativo ou do Executivo, desde que ele adicionasse uma nova oportunidade para que as decisões desses órgãos pudessem ser discutidas, reavaliadas e, possivelmente, corrigidas. No entanto, as virtudes do processo judicial não são necessariamente cumulativas àquelas do Executivo e Legislativo. As vantagens das decisões legislativas e administrativas, a depender de como o Judiciário intervém, podem ser simplesmente solapadas por julgados que revertem as decisões com base em uma opinião diferente ou em uma fonte ou interpretação diferente dos fatos (KING, 2012). Isso é o que Vermeule chamou de *gargalo epistêmico* (VERMEULE, 2009, p. 50).

O terceiro problema é que, como normalmente há mais demandas do que recursos institucionais para a análise judicial apropriada de cada uma delas (POOLE, 2005, p. 716), quanto mais aberto e complexo for o processo judicial, menos tempo os tribunais terão para atuar como um fórum ideal para reflexão e deliberação. Na Colômbia, por exemplo, os cidadãos podem entrar com uma ação chamada *tutela* contra violações de direitos fundamentais. A tutela pode ser apresentada informalmente sem a necessidade de um advogado, envolve um procedimento sumário e deve ser decidida pelo tribunal dentro de 10 dias úteis. Como resultado, 405.359 tutelas foram protocolizadas na Colômbia, em 2011. Não importa se a decisão nos tribunais inferiores conceda ou não a tutela, a ação deve sempre ir para o Tribunal Constitucional que terá o poder de escolher que casos analisará. Em 2011, esse mesmo Tribunal apreciou 629 casos (0,15% do total)³⁰.

Especialmente em países com muitos problemas sociais sérios, se as regras processuais tornarem os tribunais muito acessíveis, eles provavelmente ficarão sobrecarregados com uma enorme carga de trabalho. Poder-se-ia questionar a capacidade dos juízes de decidirem cuidadosamente e de deliberarem de forma detalhada em tantos casos, especialmente quando também é esperado que as Cortes estejam abertas à participação de grupos interessados e especialistas, que profiram decisões estruturais detalhadas ou que sejam responsáveis por monitorar

30 *La Tutela y el Derecho a la Salud 2011* (Defensoría del Pueblo, 2012).

a implementação de suas decisões. Por outro lado, se o poder de *certiorari* permite que os tribunais escolham os casos que eles desejam julgar de acordo com sua própria ordem de prioridades, pode-se questionar se o poder de agenda em matéria de políticas públicas deve ser conferido (ainda que parcialmente) a tribunais para que estes decidam quais questões devem receber sua atenção e a de governos. Existe uma tensão entre, por um lado, a maior acessibilidade e engajamento por parte dos tribunais e, de outro, a expectativa de que os tribunais decidam de forma deliberativa, atenta e distanciada de pressão.

7 Conclusão

Uma defesa da tutela judicial de direitos sociais, com base nos três argumentos discutidos neste artigo, cria grandes expectativas sobre os seus possíveis efeitos na redução da pobreza e das privações sociais, ao mesmo tempo em que minimiza as limitações dos tribunais quando comparados a outras instituições. Se aceitarmos que a judicialização dos direitos sociais não é diferente da proteção judicial de outros direitos comumente judicializados, que as democracias e órgãos administrativos não respondem às necessidades dos menos favorecidos e que os tribunais podem decidir de uma forma mais imparcial, fundamentada, deliberativa, sensível e inclusiva, então seriam necessárias razões muito convincentes para que os tribunais atuem de forma autocontida. No entanto, se considerarmos na nossa análise que proteger direitos sociais é, na verdade, uma escolha entre necessidades sociais e interesses que competem por recursos escassos; que diferentes variáveis explicam a resposta dos governos democráticos às necessidades dos mais pobres e que o controle jurisdicional não necessariamente contribui para que isso ocorra ou pode até mesmo ser um empecilho; e que os juízes são agentes falíveis que fazem escolhas políticas com limitações de tempo, de informação e de recursos, então é necessário que haja motivos muito convincentes para que os tribunais criem ou interfiram em escolhas distributivas discricionárias usando a linguagem dos direitos sociais para sobreporem suas decisões às preferências de políticos e gestores.

Não é necessário traçar uma imagem idealizada das esferas política e administrativa para se chegar à última conclusão. Basta, apenas, aceitar que a escolha entre instituições se dá entre alternativas imperfeitas, supor a existência das mesmas motivações nas pessoas em todas as instituições e, então, isolar as questões de *pedigree* democrático e capacidade institucional para se tomar decisões considerando a multiplicidade de necessidades, preferências e informações.

A questão que deve guiar a literatura não é se os tribunais têm, ou não, capacidade institucional e legitimidade suficientes para intervir em decisões de alocação de recursos em políticas sociais, mas como um *institucionalismo simétrico* compararia as Cortes com as outras instituições para tomar essas decisões.

Uma análise detalhada de qualquer teoria normativa sobre como ou quando os tribunais deveriam julgar pedidos fundamentados em direitos sociais está além do escopo deste artigo. É preciso reconhecer, ainda, que os autores que defendem a proteção judicial dos direitos sociais, com base nos três argumentos discutidos neste artigo, reconhecem que os tribunais devem ter um papel secundário na alocação de recursos e devem estar cientes de suas próprias limitações ao julgar casos envolvendo demandas por direitos sociais. Esse ponto é invariavelmente mencionado mas, por vezes, é rapidamente posto de lado para dar mais peso às virtudes dos tribunais e aos benefícios esperados da intervenção judicial, ou cria uma tensão entre premissas e conclusões quando uma forte defesa da proteção judicial dos direitos sociais, nos termos discutidos neste artigo, é seguida por recomendações de tribunais muito autocontidos nesses casos. Fredman, por exemplo, caracteriza o processo político como uma *barganha de interesses* e os tribunais como um *fórum deliberativo* (FREDMAN, 2008, p. 106), mas afirma que as Cortes não devem ter a última palavra e nem prescrever as decisões exatas que os representantes eleitos devem tomar, ao mesmo tempo em que cita com aprovação exemplos de atuação judicial *forte* por parte da Corte Suprema da Índia. Segundo a autora:

A Suprema Corte indiana não só emitiu mandados com instruções detalhadas aos Estados e ao governo central da Índia sobre como implementar suas ordens, como também se deu poderes de supervisão contínuos, utilizando medidas liminares e 'mandados continuados' que mantêm o caso em aberto e exigem relatórios constantes à Corte sobre a extensão do cumprimento de suas ordens. (...) Comissões designadas pela Corte são também responsáveis por supervisionar o cumprimento das decisões e apresentar relatórios regularmente à Corte. Isto permite à Corte formular decisões abrangentes e de longo prazo que podem incluir mudanças estruturais, além supervisionar a progressiva implementação delas. Tudo isso é respaldado pelo poder de responsabilizar judicialmente aqueles que desobedecem uma decisão judicial, o que a Corte não reluta em fazer, mesmo contra altos funcionários do governo ou representantes eleitos. (FREDMAN, 2008, p. 109).

Por último, é importante esclarecer que este artigo não permite a conclusão de que a prestação de um serviço ou benefício social nunca deva ser levado ao

Judiciário ou que não haveria qualquer papel para os tribunais no controle de políticas sociais. Nem todas as formas de proteção judicial precisam se sustentar nos três argumentos referidos para terem justificção robusta. Formas *fracas* de intervenção judicial, por exemplo, podem ser capazes de equilibrar, de um lado, a proteção dos direitos sociais e, de outro, a comparativamente limitada capacidade e legitimidade dos tribunais, ainda que seja discutível se as intervenções *fracas* sejam realmente capazes de trazer os benefícios esperados³¹. As ferramentas do direito administrativo também podem oferecer meios para o controle judicial de políticas públicas, mas sem necessariamente transferir para os tribunais a função de arbitrar a disputa entre a pluralidade de necessidades sociais que competem por recursos escassos (WANG, 2017, p. 668-669). Além disso, não se pode excluir a possibilidade de que uma análise institucional comparativa, equilibrada e baseada em evidências consiga mostrar que em determinada jurisdição ocorra o improvável cenário de órgãos judiciais ideais coexistindo com instituições administrativas e representativas mais que imperfeitas (LANDAU, 2010). Este cenário que, em princípio, poderia justificar um papel mais assertivo para os tribunais na proteção dos direitos sociais, pode ser o resultado de uma análise, mas não sua premissa.

8 Referências

ABOU-CHADI, Tarik; IMMERGUT, Ellen. Political and Institutional Determinants of Social Legislation: The Role of Veto Points, Veto Players, and Electoral Pressure. **BGSS Working Paper Series**, n. 3 p. 9, 2010. Disponível em: https://www.bgss.hu-berlin.de/de/bgss/bgssonlinepublications/workingpaperseries/wp03_immergut_abouchadi. Acesso em: 14 out. 2018.

ACEMGLU, Daron. *et al.* Democracy, Redistribution and Inequality. **Handbook of Income Distribution**, p. 185-996; Amsterdam: Elsevier, 2015.

31 V. Jackie Dugard, "Courts and the poor in South Africa: a critique of systemic judicial failures to advance transformative justice" (2008) 24 *South African Journal of Human Rights* 214; Rosalind Dixon, "Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited" (2007) 5(3) *I.J.C.L.* 391, 319; Landau, "The Reality of Social Rights Enforcement" (2012) 53 *Harvard Int. L.J.* 402, 406; Fredman, *Human Rights Transformed* (2008); Anashri Pillay, "Revisiting the Indian experience of economic and social rights adjudication: the need for principled approach to judicial activism and restraint" (2014) 63(2) *I.C.L.Q.* 385, 385; Sharanjeet Parmar and Namita Wahi, "India. Citizens, Courts and the Right to Health: Between Promise and Progress?" in *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (2011), p. 182; Katherine Young, *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 182; Rodríguez-Garavito, *Beyond the Courtroom: the Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America* (2011) 89 *Texas Law Review* 1669.

BILCHITZ, David. **Poverty and Human Rights**: the justification and enforcement of socio-economic rights. Oxford: Oxford University Press, p. 125-130, 2007.

CHIEF CONSTABLE OF SUSSEX. *In*: United Kingdom House of Lords Decisions (Inglaterra). **Ex Parte International Trader's Ferry Limited**. [Inglaterra: Londres] Sussex Police, 1998. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/40.html>. Acesso em: 13 de out. 2018.

DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, Stanford: Stanford University, v. 70, n. 1, p. 50-63, 1976.

DAVIS, Kenneth. **Discretionary justice**: a preliminary inquiry. Champaign, Illinois: University of Illinois Press, 1976.

DIXON, Rosalind. Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited. **International Journal of Constitutional Law**, New York, Oxford University Press; New York University School of Law, v. 5, n. 3, p. 391-319, 2007.

DU GAY, Paul. Bureaucracy and Liberty. **The Values of Bureaucracy**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DUGARD, Jackie. Courts and the poor in South Africa: a critique of systemic judicial failures to advance transformative justice. **South African Journal of Human Rights**, v. 24, n. 2, p. 214, 2008.

ELHAUGE, Einer. **Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?** New Heaven: The Yale Law Journal, v. 101, 1991.

ELY, John. **Democracy and Distrust**: a Theory of Judicial Review. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, p. 58-59, 1980.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew. Does Public Opinion Influence the Supreme Court? Possibly Yes (But We're Not Sure Why). **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, v. 13, n. 263, 2012.

FERRAZ, Octavio. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **South Texas Law Review**, v. 89, n. 7, 2011.

FREDMAN, Sandra. **Human Rights Transformed**: Positive Rights and Positive Duties. Oxford: Oxford University Press, p. 35-11, 2008.

FRIEDMAN, Lawrence. Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act. **Norms and the Law**, p. 156, 2006.

FUDGE, Judy. The Canadian Charter of Rights: Recognition, Redistribution, and the Imperialism of the Courts. **The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays**. p. 357, 2011.

GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: the Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights In Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, 1669.

GARGARELLA, Roberto. Deliberative Democracy and Dialogic Justice. *In*: Helena Garcia, Karl Klare and Lucy Williams. **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Enquiries**. London: Routledge, p. 116-117, 2015.

GRABER, Mark. Constitutional Politics and Constitutional Theory: A Misunderstood and Neglected Relationship. **Law & Social Inquiry**, v. 27, n. 2, p. 309-323. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1747-4469.2002.tb00806.x>. Acesso em: 14 out. 2018.

GRIFFITH, John. **The Political Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, v. 26, n. 1, p. 20-35, 2008.

HIRSCHL, Ran; ROSEVEAR, Evan. Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-Economic Rights & Political Realities. *In*: CAMPBELL, T.; EDWING, K.D.; TOMKINS, A. (org.). **The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays**. Oxford: Oxford University Press. p. 207-228, 2011.

HIRSCHL, Ran; ROSEVEAR, Evan. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

HIRSCHL, Ran; ROSEVEAR, Evan. The Nordic Counter-Narrative: Democracy, Human Development, and Judicial Review. **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, p. 449-469, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012464. Acesso em: 12 out. 2018.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque e Londres: Norton, p. 94-95, 2000.

IMMERGUT, Ellen. **Health Politics: Interests and Institutions in Western Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

IMMERGUT, Ellen. Institutional Constraints on Policy. *In*: MORAN, M.; REIN, M.; GOODIN, R. E. **The Oxford Handbook of Public Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

KEEFER, Philip; KHEMANI, Stuti. **Democracy, Public Expenditures, and the Poor: Understanding Political Incentives for Providing Public Services**. World Bank Research Observer, Washington, 2005. Disponível em: http://siteresources.worldbank.org/INTINVTCLI/Resources/WBRO_democracypublicexpandthepoor.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.

KENNEDY, David. **The Dark Side of Virtue**: reassessing international humanitarianism. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2004.

KING, Jeff. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KING, Jeff. **The Justiciability of Resource Allocation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KOMESAR, Neil. **Imperfect Alternatives**: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy. Chicago: Chicago University Press, p. 5, 1997.

KOSKENNIEMI, Martin. Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power. **Humanity**: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development, p. 47-58, 2010. Disponível em: <http://humanityjournal.org/wp-content/uploads/2014/06/1.1-Human-Rights-Mainstreaming-as-a-Strategy-for-Institutional-Power.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal**, v. 51, p. 319-377, 2010. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/3c6d/a308d862ff6f5acb916ae17376292568b929.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

LANGFORD, Malcolm. The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. **Social Rights Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 30-33, 2008.

LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic Rights**: Adjudication Under a Transformative Constitution. Claremont: Juta Academic, p. 34-58, 2010.

LIJPHART, Arendt. **Patterns of Democracy**: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries. New Haven and London: Yale University Press, 1999.

MANTOUVALOU, Virginia. In Support of Legalisation. **Debating Social Rights**. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 113-125. Disponível em: <http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/recht/toc/623214113.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

NERI, M. C. Brazil as Equitable Opportunity Society – Income Policies, Income Distribution, and the Distribution of Opportunities in Brazil. In: BRAINARD, L.; MARTINEZ-DIAZ, L., (org.). **Brazil as an Economic Superpower?**: understanding Brazil's changing role in the Global Economy. Washington: Brookings Institution Press, 2009.

NOLAN, Aoife. **Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts**. Oxford: Hart Publishing, p. 113, 2011.

PARMAR, Sharanjeet; WAHI, Namita. India: Citizens, Courts and the Right to Health: Between Promise and Progress? **Litigating Health Rights**: Can Courts Bring More Justice to Health? Harvard: Harvard University Press, p. 182, 2011.

PILLAY, Anashri. **Revisiting the Indian experience of economic and social rights adjudication**: the need for principled approach to judicial activism and restraint. Cambridge: Cambridge University Press, v. 63, n. 2, p. 385-408, 2014.

POOLE, Thomas. **Legitimacy, Rights and Judicial Review**. Oxford: Oxford Journal of Legal Studies, v. 25, n. 4, p. 697-725, 2005.

POOLE, Thomas. **The Warren Court and American Politics**. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

PRIBBLE, Jennifer. **Welfare and Party Politics in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

PRIBBLE, Jennifer. HUBER, Evelyne; STEPHENS, John. Politics, Policies, and Poverty in Latin America. **Comparative Politics**, v. 41, n. 4, p. 387-407, 2009. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/40599215?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 12 out. 2018.

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalism and Social Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the Limits of Self-Government**. Cambridge: Cambridge University Press, cap. 4, 2010.

RASELLA, David *et al.* **Effect of a conditional cash transfer programme on childhood mortality**: a nationwide analysis of Brazilian municipalities. London: The Lancet, v. 382, 4. ed., p. 57-64, 2013. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(13\)60715-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(13)60715-1). Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(13\)60715-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(13)60715-1/fulltext). Acesso em: 12 out. 2018.

ROSANVALLON, Pierre. **Counter-Democracy**: Politics in an Age of Distrust. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SEN, Maya. Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, v. 27, n. 2, p. 303-331, 2013.

SHAPIRO, Ian. **The State of Democratic Theory**. Princeton. New Jersey: Princeton University Press, p. 109-110, 2006.

SHAPIRO, Martin. Political Jurisprudence. In: SHAPIRO, M.; STONE, A. S. (org.). **On Law, Politics and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SILVA, Virgilio. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, p. 557-584, 2013. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2013-ICON-11-Deciding-Deliberating.pdf>. Acesso em: 8 out. 2018.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *In*: OLIN, John. **Program in Law and Economics Working Paper Series**, n. 156, 2002.

TAYLOR, Mathew. **Judging Policy**: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Mathew. Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian. **Comparative Politics**, p. 337-338, 2006.

TUSHNET, Mark. The Political Institutions of Rights Protection. **The Legal Protection of Human Rights**: Sceptical Essays. Oxford: Oxford Scholarship Online, p. 302, 2011. Disponível em: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199606078.001.0001/acprof-9780199606078-chapter-14>. Acesso em: 8 de out. 2018.

TUSHNET, Mark. Scepticism about judicial review: a perspective from the United States. **The Legal Protection of Human Rights**: Sceptical Essays. Oxford: Oxford University Press, 2001.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. New Jersey: Princeton University Press, p. 94, 2009.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty**: An Institutional Theory of Legal Interpretation. Massachusetts: Harvard University Press, p. 17, 2006.

VERMEULE, Adrian. **Law and the Limits of Reason**. Oxford: Oxford University Press, p. 50, 2009.

VERMEULE, Adrian. Local and Global Knowledge in the Administrative State. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper**, p. 14-16.

WALDRON, Jeremy. Socioeconomic Rights and Theories of Justice. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**. San Diego: New York University School of Law, v. 48, p. 1-30, 2011.

WANG, Daniel. Courts and Health Care Rationing: the case of the Brazilian Federal Supreme Court. **Health Economics, Policy and Law**. Cambridge: Cambridge University Press, v. 8, n. 1, 2012.

WANG, Daniel. **From wednesrury unreasonableness to accountability for reasonableness**. v. 76, 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0008197317000617>. Acesso em: 14 out. 2018.

WANG, Daniel. Social rights and the nirvana fallacy. **Public Law**. London: University of London, p. 482-499, 2018.

YOUNG, Katherine. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford: Oxford University Press, p. 182, 2012.

YOWELL, Paul. Empirical Research in Rights-Based Judicial Review of Legislation. *In*: ZIEGLER, K.S.; HUBER, P.M. **Current Problems in the Protection of Human Rights: Perspectives from Germany and the UK**. Oxford: Hart Publishing, 2012.

ZURN, Christopher. **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.