



A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos¹

Daniel Sarmento *

1. Introdução

Poucos temas no Direito Constitucional brasileiro têm sido tão debatidos nos últimos anos como a eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional. A jurisprudência nacional é extremamente rica nesta questão, e o Brasil é hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos².

Neste ponto, é notável o avanço ocorrido no país, sobretudo ao longo da última década. Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais³.

¹* Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ. *Visiting Scholar* da Yale Law School (2006). Procurador Regional da República.

Agradeço a Cláudio Pereira de Souza Neto e a Gustavo Binenbojm pelas valiosas sugestões sobre o tema deste artigo, bem como a Fátima Vieira Henriques, de cuja brilhante dissertação de Mestrado, intitulada “O Direito Prestacional à Saúde e sua Implementação Judicial – Limites e Possibilidade”, defendida perante a Pós-Graduação em Direito Público da UERJ em 2007, eu extrai a maior parte da jurisprudência nacional citada neste trabalho.

² . Há vasta bibliografia sobre a proteção judicial dos direitos sociais no Direito Comparado. Veja-se, entre outros, Mark Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008; Alicia Ely Amin (Coord.). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en America Latina*. México: Asociación pro Derechos Humanos, 2006; e Victor Abramovich e Christian Courtis. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

³

Exemplo típico desta orientação foi o acórdão proferido à unanimidade pela 1ª Turma do STJ no ROMS 6.564/RS, julgado em 23/05/1996, da relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: “Normas constitucionais meramente programáticas – ad exemplum, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários deste interesse, o poder de exigir sua satisfação... Estas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm o direito e o Estado o dever’ – dever de saúde – como afirmam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo,

Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados.⁴ Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais⁵, e a via judicial parece ter sido definitivamente

as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes’. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas”.

⁴ É farta a jurisprudência nesta linha, inclusive no STF. Veja-se, neste sentido, trechos de duas decisões paradigmáticas do STF, ambas da lavra do Ministro Celso Mello – a primeira negando a suspensão de decisão que condenara Estado da federação a custear a realização de operação no exterior visando a salvar a vida de menor impúbere portador da Distrofia Muscular de Duchenne, e a segunda reconhecendo o dever do Município de assegurar o atendimento em creche para criança com seis anos de idade:

“A singularidade do caso ..., a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, Par. 1º), constituem fatores, que, associados ao imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado... Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (Petição 1.246 MC/SC, julgada em 31/01/1997).

“A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito do seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV)

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado ..., a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem ... o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola...

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental...

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição” (Agravado de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 410. 715-5/SP, julgado em 22/11/2005).

⁵ Neste particular, a jurisprudência brasileira está em sintonia com a orientação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, refletida na sua Observação Geral nº 9, de 1998, a propósito da aplicação interna do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Confira-se o seguinte trecho do item 10 da referida Observação Geral (tradução livre): *“Em relação aos direitos civis e políticos, em geral se parte da premissa de que é fundamental a existência de recursos judiciais frente à violação destes direitos. Lamentavelmente, no que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais, com demasiada freqüência se parte da premissa contrária. Esta discrepância não se justifica nem pela natureza dos direitos, nem pelas disposições pertinentes do Pacto... Ainda que seja necessário levar em conta a orientação geral de cada um dos sistemas jurídicos, não há nenhum direito reconhecido pelo Pacto que não se possa considerar que possui, na grande maioria dos sistemas, algumas dimensões*

incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos, e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. É certo que esta não é uma característica exclusiva dos direitos sociais, fazendo-se presente também nos direitos individuais e políticos, cuja plena exigibilidade judicial ninguém questiona⁶. Afinal, proteger a propriedade, prestar a jurisdição, promover eleições, etc., são atividades que também importam em gastos públicos. Contudo, é indiscutível que esta faceta onerosa é especialmente saliente nos direitos sociais⁷.

Neste quadro de escassez, não há como realizar, *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar⁸. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia.

A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras “escolhas trágicas”⁹, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para

significativas, no mínimo, de justiciabilidade. As vezes se afirma que as questões que supõem a alocação de recursos devem ser confiadas às autoridades políticas e não a tribunais. Ainda que se deva respeitar as competências respectivas dos diversos poderes, é conveniente reconhecer que os tribunais já intervêm geralmente em uma gama considerável de questões que têm conseqüências importantes para os recursos disponíveis. A adoção de uma classificação rígida de direitos econômicos sociais e culturais, que os situe, por definição, fora do âmbito dos tribunais seria, portanto, arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois grupos de direitos são indivisíveis e independentes. Também se reduziria drasticamente a capacidade dos tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade”.

⁶ Cf. Cass Sunstein & Stephen Holmes. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999; Gustavo Amaral. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e Flávio Galdino. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷ No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 287.

⁸ Nesta linha, criticando o excesso de idealismo em certas teorias sobre o tema, veja-se Eros Roberto Grau. “Realismo e Utopia Constitucional”. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133-144.

⁹ A expressão foi empregada por Guido Calabresi e Philip Bobbit, para referir-se às difíceis opções alocativas que devem ser realizadas num ambiente de escassez de recursos. Ela deu título à obra. *Tragic Choices*. New York: Norton, 1978.

comunidades carentes ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário mínimo ou expandir o programa de habitação popular? Infelizmente, no mundo real nem sempre é possível ter tudo ao mesmo tempo.

Ora, a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora ...

Adicione-se a este panorama a constatação de que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados.

Nesse cenário, surgem alguns questionamentos importantes: Será que o Poder Judiciário - cujos membros não são eleitos, nem respondem politicamente perante o povo – possui as credenciais democráticas para interferir nestas escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo sobre quais gastos priorizar, em face da escassez de recursos? Até que ponto as suas intervenções favorecem, de fato, os mais excluídos? Terá o Judiciário condições de atuar de modo racional e eficiente neste campo, que envolve o controle de políticas públicas, cuja formulação e implementação requerem *expertise*?

No atual contexto brasileiro, estes debates tornaram-se candentes sobretudo na área de saúde pública. Houve uma verdadeira explosão de demandas judiciais nesta área e, nos últimos tempos, parte significativa dos orçamentos públicos de saúde das entidades federativas passou a ser destinada ao cumprimento de decisões judiciais. Por um lado, é positiva a constatação de que a Justiça brasileira tem se mostrado tão sensível às questões muitas vezes dramáticas suscitadas pelo direito fundamental à saúde, mas, por outro, não é difícil se deparar com decisões equivocadas - ainda que sempre muito bem intencionadas -, que podem comprometer políticas públicas importantes, drenar recursos escassos e criar privilégios não universalizáveis. Veja-se

dois exemplos típicos, num universo de muitos outros que poderiam ser citados: decisões judiciais ordenando a internação de pessoas determinadas no INCA – instituição federal de ponta na área de cancerologia, localizada no Rio de Janeiro – ignorando tanto as filas existentes para acesso a esta unidade de saúde como os critérios médicos que ela emprega para selecionar seus pacientes¹⁰; e a condenação de estado da federação a fornecer a indivíduo caríssima medicação fabricada no exterior, cuja importação fora proibida pela ANVISA, à vista de pesquisas que haviam comprovado a sua ineficácia, com base apenas na prescrição do médico particular do jurisdicionado¹¹.

Na minha opinião, os questionamentos acima referidos não devem conduzir à rejeição da possibilidade de proteção judicial dos direitos sociais. Este seria um inadmissível retrocesso no Direito Constitucional brasileiro, que, em boa hora, passou a reconhecer a força normativa dos direitos prestacionais. Mas, se não quisermos que a garantia jurisdicional de tais direitos acabe comprometendo a possibilidade de que eles sejam efetivamente fruídos pelos mais necessitados, é essencial traçar critérios racionais para o Judiciário atuar neste domínio, que estejam em conformidade não só com a letra da Constituição, mas também com os valores morais que lhe dão suporte.

Este é precisamente o objetivo deste texto: esboçar parâmetros relacionados à sindicabilidade dos direitos sociais prestacionais. Meu foco neste estudo será o dos direitos consagrados de forma vaga e principiológica na Constituição. Portanto, algumas das considerações traçadas aqui não valem para os direitos sociais estatuídos pelo nosso texto constitucional através de regras – como ocorre com certos benefícios previdenciários e com o direito de acesso ao ensino fundamental. Por outro lado, embora eu reconheça o caráter heterogêneo do catálogo de direitos sociais inscrito na Constituição brasileira, meu propósito neste texto é o de bosquejar uma teoria geral, sem me aprofundar em qualquer dos direitos em espécie. Também não analisarei aqui as questões suscitadas pela proteção judicial de direitos sociais fundada na legislação infraconstitucional – os chamados direitos derivados a prestações -, limitando-me à análise das pretensões alicerçadas diretamente na própria Constituição.

¹⁰ Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.51.01.018517-9, 4ª Turma do TRF da 2ª Região, Relator Desembargador Federal Arnaldo Lima, julgada e, 17 de março de 2004; Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.003581-8, 7ª Turma do TRF da 2ª Região, Relator Desembargador Federal Reis Friede, julgada em 22/06/2005; Agravo de Instrumento nº 2006.02.01.005318-7, 7ª Turma do TRF da 2ª Região, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, julgado em 27 de setembro de 2006.

¹¹ Decisão proferida pelo então Presidente do STJ, Ministro Edson Vidigal, na Suspensão de Segurança nº 1.408/SP, prolatada em 08/09/2004.

2- Democracia e Tutela Judicial dos Direitos Sociais

A democracia corresponde ao autogoverno popular¹². No regime democrático, os cidadãos são concebidos idealmente não apenas como destinatários das normas jurídicas e decisões do Estado, mas também como seus co-autores, na medida em que lhes é assegurada a possibilidade de participarem do seu processo de elaboração. Neste sentido, a democracia está associada à liberdade política – ou “liberdade dos antigos” -, para usar a conhecida expressão de Benjamin Constant¹³. Ela confere liberdade ao cidadão, ao possibilitar que ele seja partícipe do processo de construção da vontade coletiva da sua comunidade política; sujeito e não mero objeto de dominação no espaço público.

Quando a idéia de democracia foi redescoberta por filósofos Iluministas no século XVIII, não era mais viável adotar o seu modelo direto, praticado na *polis* grega. Por isso, a democracia passou a andar associada à representação política: os cidadãos elegem periodicamente os seus governantes, que elaboram as normas e gerem a coisa pública em seu nome. Como se sabe, no modelo da tripartição de poderes adotado por quase todas as democracias contemporâneas, são dois os poderes legitimados pelo voto popular: Legislativo e Executivo. No Brasil e na grande maioria das democracias modernas, os membros do Judiciário, além de não serem eleitos, gozam de independência em relação aos demais poderes.

Daí provém um dos argumentos contrários ao controle judicial dos direitos sociais: o de que ele não é democraticamente legítimo, na medida em que permite a juízes - que não respondem politicamente perante o povo – interferir nas decisões adotadas por representantes populares sobre quais demandas e necessidades humanas priorizar nos gastos públicos, e sobre como equacioná-las adequadamente, num cenário marcado pela escassez de recursos. Os adversários da sindicabilidade dos direitos sociais aludem ao caráter antidemocrático da suposição de que uma elite de supostos

¹² A bibliografia contemporânea sobre democracia é inabarcável. Veja-se, a título exemplificativo, e em perspectivas diversas, Norberto Bobbio. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 5ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; Robert. A. Dahl. *Sobre a Democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001; James Bohman & William Rehg (Eds.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1997; Chantal Mouffe. *La Paradoja Democrática*. Trad. Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: GEDISA, 2000; e Boaventura de Souza Santos. *Democratizar a Democracia: Os Caminhos da Democracia Participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

¹³

Benjamin Constant. “The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns”. In: *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 314-321.

sábios, com assento nos tribunais, teria condições de decidir melhor estas questões do que legisladores e administradores, que foram escolhidos pela própria população. Daí, afirmam que a tutela judicial dos direitos sociais implicaria em transferir para o Judiciário um poder excessivamente amplo, para cujo exercício os juízes, além de não possuírem legitimidade, não estariam tecnicamente preparados¹⁴. Esta concepção foi resumida, em termos claros, pelo filósofo político Michael Walzer:

*“A proteção judicial de direitos sociais iria reduzir o alcance das decisões democráticas. De fato, os juízes decidiriam, e, com a acumulação de casos, eles passariam a decidir cada vez em maior detalhe sobre qual o âmbito e o caráter que deve ter o sistema de proteção social e que tipos de redistribuição são requeridas. Estas decisões iriam claramente envolver do sistema um controle judicial significativo sobre o orçamento estatal e, pelo menos indiretamente, sobre o nível de tributação – que são exatamente as questões sobre as quais foram lutadas as revoluções democráticas.”*¹⁵ (tradução livre)

Note-se que existem duas questões diferentes a propósito dos direitos sociais, que muitas vezes são confundidas pela doutrina: É legítimo protegê-los? No caso positivo, deve ser confiada aos juízes a tarefa de exercer esta proteção? É possível responder afirmativamente a primeira pergunta, reconhecendo a necessidade de garantia dos direitos sociais à população, e negativamente a segunda, por considerar-se que a instância mais adequada para proteger e promover estes direitos não é o Poder

¹⁴ Cf. Mark Tushnet. *Op. cit.*, p. 231-260; Ernest Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. J. L. Requeijo e I. Villaverde. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, 1993, p. 77 ss; Konrad Hesse. “Significado de los Derechos Fundamentales”. In: Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Konrad Hesse & Wolfgang Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 97-101; Christian Starck. *La Constitution Cadre et Mesure du Droit*. Paris: Economica, 1994, p. 100-102; e José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 200-203.

¹⁵

“Philosophy and Democracy”. In: *Political Theory*, nº 9, 1981, p. 391-392.

Judiciário¹⁶. Aliás, as constituições de alguns países, como Irlanda¹⁷ e Índia¹⁸, seguiram este caminho, ao preverem direitos sociais sob a forma de princípios diretivos que deveriam guiar o processo político, vedando, contudo, a sua tutela judicial.

No caso brasileiro, alguém poderia alegar que tal debate é desprovido de interesse prático, uma vez que o constituinte originário não apenas consagrou direitos sociais, como também estabeleceu o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em caso de lesão ou ameaça à direito. Contudo, a objeção não procederia, já que a posição adotada sobre temas como a relação entre proteção judicial dos direitos sociais e a democracia, e a capacidade institucional do Judiciário para garantir tais direitos tem reflexos profundos na compreensão sobre a forma mais ou menos agressiva como a jurisdição deve atuar nesta seara, bem como sobre os critérios que devem pautar esta atuação. Tais questões são extremamente importantes, e o texto constitucional, só por si, não as resolve.

Firmada esta premissa, cabe retornar à análise da objeção democrática à proteção judicial dos direitos sociais. Quando posta em termos muito peremptórios, me parece que tal objeção pode ser refutada a partir de três argumentos. O primeiro deles é relacionado ao déficit democrático das próprias instituições representativas¹⁹. Em que pese a universalização do direito de voto alcançada ao longo do século XX, hoje uma série de fatores - que vão da influência do poder econômico nas eleições, até a apatia e distanciamento do cidadão em relação à *res publica* - tende a segregar os representantes dos representados, minando a crença de que os primeiros vocalizariam na esfera política a vontade dos segundos. O problema é universal, mas, no Brasil, há componentes que o

16

De forma muito resumida, esta é a posição central advogada por Mark Tushnet em *Week Courts, Social ...*, *Op. cit.* Contudo, o autor americano aceita a possibilidade de algum “controle fraco” dos direitos sociais pelas Cortes, que lhes permita se engajarem num diálogo com os outros poderes do Estado nesta área, mas sem lhes conferir a possibilidade de adotarem decisões que não sejam superáveis no âmbito do processo político.

17

. Art. 45 da Constituição irlandesa de 1937.

18

. A Constituição da Índia de 1950 contém uma lista de princípios diretivos, que estabelecem uma agenda de promoção de direitos sociais e redução da desigualdade material. Contudo, ela determinou expressamente no seu art. 38 (1) a insindicabilidade destes princípios. Porém, a partir da década de 80, a Suprema Corte da Índia construiu um caminho alternativo para conferir alguma proteção aos direitos sociais: uma leitura ampla e generosa dos direitos à vida e à liberdade pessoal, que são plenamente suscetíveis de controle jurisdicional naquele país. A partir daí, reconheceu alguma margem de exigibilidade judicial para os direitos à educação, saúde, abrigo, alimentação, água, etc. Veja-se, a propósito, S. P. Sathe. “Índia: From Positivism to Structuralism”. In: Jeffrey Goldsworthy (Ed.). *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 252-254.

19

Sobre a crise da democracia representativa, veja-se Paulo Bonavides. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

agravam de forma exponencial, abalando profundamente a credibilidade das instituições de representação popular. Para comprová-lo, basta checar as sondagens da opinião pública que freqüentemente surgem na mídia, em que se constata a baixíssima confiança depositada pela população em instituições como o Congresso Nacional e os partidos políticos²⁰. Neste quadro preocupante, a objeção democrática contra o ativismo judicial se arrefece, sobretudo quando o Judiciário passa a agir em favor de causas “simpáticas” aos anseios populares, como a proteção dos direitos sociais.

O segundo argumento diz respeito à própria compreensão sobre o significado da democracia. Esta não é a sede própria para adentrar-se nas complexas e infundáveis discussões a propósito deste conceito. Sem embargo, pode-se afirmar que hoje existe um razoável consenso no sentido de que a democracia verdadeira exige mais do que eleições livres, com sufrágio universal e possibilidade de alternância no poder²¹. É difundida a crença de que a democracia pressupõe também a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de molde a permitir que cada um forme livremente as suas opiniões e participe dos diálogos políticos travados na esfera pública. Nesta lista de direitos a serem assegurados para a viabilização da democracia não devem figurar apenas os direitos individuais clássicos, como liberdade de expressão e direito de associação, mas também direitos às condições materiais básicas de vida, que possibilitem o efetivo exercício da cidadania²². A ausência destas condições, bem como a presença de um nível intolerável de desigualdade social, comprometem a condição de agentes morais independentes dos cidadãos, e ainda prejudicam a possibilidade de que se vejam como parceiros livres e iguais na empreitada comum de construção da vontade política da sociedade. Portanto, quando o Poder Judiciário garante estes direitos fundamentais contra os descasos ou arbitrariedades das maiorias políticas ou dos

20

Em obra recentemente publicada, consta o resultado de pesquisa realizada com pessoas de todas as regiões do país e classes sociais, na qual se apurou um índice de confiança de apenas 14% da população no Congresso Nacional e de 6% nos partidos políticos. Segundo a pesquisa, estas são as instituições em que o brasileiro menos confia. (Alberto Carlos Almeida. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007, p. 189).

²¹ Em sentido contrário, sustentando uma visão mais restritiva de democracia, como mera competição das elites pelo voto dos eleitores, veja-se Joseph A. Schumpeter. *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Unwin University Books, 1943, p. 260-263.

²²

Cf. Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre Faticidade e Validade*. Vol.I. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 160; Amy Guttmann & Dennis Thompson. *Democracy and Disagreement*. Cambridge: The Belknap Press, 1996, p. 200 ss; Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria Constitucional da Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 235 ss.

tecnocratas de plantão, pode-se dizer que ele está, a rigor, protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia, e não atuando contra ela²³.

Já o terceiro argumento relaciona-se à natureza normativa da Constituição. Ele preconiza que o dever do Poder Judiciário de aplicar as normas jurídicas vigentes em situações de litígio, mesmo quando isto implique em controlar o exercício do poder estatal, não é incompatível com a democracia, mas antes um elemento dela. Ora, sendo a Constituição uma autêntica norma jurídica, a consagração constitucional dos direitos sociais deveria afastar a objeção contra o suposto caráter anti-democrático da adjudicação judicial destes direitos, pois aqui o Judiciário desempenha a sua típica função de aplicar o direito existente sobre situações litigiosas²⁴.

Contudo, tais argumentos não devem nos levar ao ponto de negligenciar os riscos para a democracia representados por um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos sociais, que transforme o Poder Judiciário na principal agência de decisão sobre as políticas públicas e escolhas alocativas realizadas nesta seara. Todos eles comportam temperamentos, que nos conduzem a preferir um regime que se, por um lado, não nega ao Poder Judiciário um papel relevante na proteção dos direitos sociais, por outro, também não o converte à condição de protagonista neste campo.

Com efeito, não é um bom lenitivo para a crise – real e grave – das instituições da democracia representativa, a transferência de poder para uma instância não-responsiva perante a vontade popular, como o Judiciário. As crônicas patologias do processo político brasileiro justificam correções de rumo na nossa incipiente democracia, mas entre elas não está o esvaziamento das instâncias de representação democrática. Não se trata da doença matando o doente.

23

Cf. Cláudio Pereira de Souza Neto. *Op. cit.*, p. 242 ss; Sérgio Fernando Moro. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: RT, 2004, p. 273 ss; e Gustavo Bienebojm. “Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático”. In: Maria Elena Rodriguez (Org.). *Os Direitos Sociais: Uma questão de direito*. Rio de Janeiro: Fase, 2004, p. 13-18.

²⁴ Cf. Fernando Facury Scaff. “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (Orgs). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 160-161. Em passagem do seu texto em que procura justificar uma atuação enérgica do Judiciário brasileiro em matéria de direitos sociais, o autor averbou: “*Outro aspecto a ser destacado é que este procedimento nada tem a ver com o candente debate hoje existente no Brasil, acerca da judicialização da política, através da qual se alega estar o Judiciário praticando uma espécie de ativismo em prol dos mais necessitados. No Brasil o que se pede é apenas a aplicação da lei, em consonância com a Constituição. Existem países em que da sua Constituição é necessário extrair as diretrizes normativas oriundos de lacônicos princípios por um delicado, custos e árduo processo exegético. Não é o caso brasileiro. O caráter analítico da nossa Carta, permite que apenas com sua implementação seja possível alcançar um grau maior de Justiça Social, sem que os juizes sejam acusados de fazer ativismo judicial*”

Na verdade, o mais eficiente remédio para a correção dos desvios da democracia brasileira – mais importante até do que uma necessária reforma do sistema político – é o maior envolvimento do próprio cidadão na esfera pública. Ocorre que a disseminação de uma cultura que centre o seu foco no papel do Judiciário como o “guardião das promessas” da civilização e aponte a Justiça como o principal foro para as reivindicações da cidadania pode contribuir para o desaquecimento da atuação participativa da sociedade civil²⁵. Este não é um efeito necessário do ativismo judicial, e houve contextos, como o da luta contra a segregação racial nos Estados Unidos nas décadas de 50 e 60²⁶, em que a mobilização da sociedade civil e a atuação corajosa do Judiciário atuaram em sinergia. Contudo, trata-se de um risco que não pode ser menosprezado.

Ademais, se é certo que a convivência democrática pressupõe algum grau de atendimento pelo Estado das necessidades materiais básicas dos seus cidadãos, também é verdade que nem a exata extensão desta intervenção estatal, nem a sua forma precisa podem ser definidas *a priori*, a partir de qualquer conceito de democracia. Pelo contrário, a democracia também demanda um amplo espaço de decisão política para as maiorias de cada momento²⁷, sobretudo em tema tão complexo e permeado por pré-compreensões ideológicas como o das prestações sociais. Este espaço, no constitucionalismo social e democrático em que se insere o Brasil, está longe de ser

²⁵

Cf. Antoine Garapon. *Lê Gardien des Promesses*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996. Uma posição moderada nesta matéria, próxima à sustentada no presente texto, pode ser encontrada em Rodrigo Uprimmy. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economia”. In: Ingo Sarlet (Org.). *Jurisdicção e Direitos Fundamentais*. Vol. I, tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 307-343.

²⁶

Veja-se, a propósito, Archibald Cox. *The Court and the Constitution*. Boston; Houghton Mifflin Company, 1987, p. 177 ss; e Charles R. Epp. *The Rights Revolution*. Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 26-70.

²⁷

Cf. Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101-103.

infinito, eis que emoldurado pela Constituição²⁸. Porém, ele existe e não deve ser amputado pelo ativismo judicial.

Na verdade, reproduz-se neste campo o fértil paradoxo que percorre todo o constitucionalismo contemporâneo, implicado no convívio, ao mesmo tempo sinérgico e tenso, entre democracia e direitos fundamentais²⁹. Por um lado, a constitucionalização dos direitos impõe barreiras à decisão das maiorias, *limitando* a democracia; por outro, ela busca assegurar e promover os pressupostos para as interações democráticas na sociedade, *possibilitando* a própria democracia. O sucesso da receita passa pela dosagem dos ingredientes: devem-se evitar tanto as limitações em excesso, que amesquinham o espaço de deliberação democrática da sociedade, como a falta de limites, que desprotege direitos básicos, pondo em risco a continuidade da empreitada democrática³⁰.

Noutro giro, o reconhecimento da força normativa da Constituição – importantíssima conquista do constitucionalismo brasileiro contemporâneo³¹ – e do

²⁸ De acordo com Robert Alexy, a Constituição opera como uma moldura para o legislador, deixando-lhe espaços de ação de duas espécies diferentes, que ele denominou, respectivamente, como “margem de ação estrutural” e “margem de ação epistêmica”. A margem de ação estrutural corresponde, segundo ele, àquelas hipóteses em que a Constituição não impõe nem proíbe determinada medida, deixando-a ao juízo do legislador. Já a margem de ação epistêmica manifesta-se quando há incerteza sobre o que está ordenado ou proibido ao legislador pela Constituição, sendo que esta incerteza pode relacionar-se a premissas empíricas ou normativas. Contudo, a margem de ação epistêmica não implica, para o Professor de Kiel, numa liberdade plena para o legislador. Segundo a teoria de Alexy, ela funciona como mais um elemento a ser considerado pelo Judiciário, ao aferir, através da ponderação de interesses, a constitucionalidade da norma editada em casos de restrição de direitos fundamentais. Veja-se Robert Alexy. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, Madrid, 2002, p. 13-64.

²⁹

A literatura na Filosofia Política e na Teoria Constitucional sobre a relação entre constitucionalismo e democracia é riquíssima. No debate contemporâneo, veja-se, dentre outros, Jürgen Habermas. “O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173; Ronald Dworkin. “The Moral Reading and the Majoritarian Premise”. In: *Freedom’s Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1966, p. 02-38; John Rawls. *Liberalismo Político*. Trad. Sergio Rena Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 204-206; Carlos Santiago Nino. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996; Oscar Vilhena Vieira. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999; e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. *Op.cit.*

³⁰

Cf. Daniel Sarmiento. “Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda”. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167-206.

³¹ No Brasil, até não muito tempo atrás, não se levava a sério a idéia de que a Constituição era verdadeira norma jurídica. Tal fato devia-se menos a aspectos formais do nosso Direito Constitucional – afinal, a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade das leis são institutos tradicionais no país – e mais a aspectos da nossa cultura jurídica e social, aliados a um ambiente político desfavorável - autoritário em alguns momentos, e patrimonialista em todos. A “virada” só veio a ocorrer após a Constituição de 88, num ambiente político mais democrático, e sob a inspiração da doutrina constitucional da efetividade, bem simbolizada pela obra de Luis Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

papel do Judiciário na efetivação da Lei Maior não elimina do nosso cenário a referida tensão democrática. E nem me refiro à delicada questão relativa à legitimidade democrática da vinculação das gerações atuais às deliberações adotadas no passado, pela geração que participou da Assembléia Constituinte. Penso aqui no caráter vago e aberto da maior parte das normas que consagram direitos sociais, que não definem aquilo que o cidadão pode exigir em juízo a partir delas.

Até não muito tempo atrás, mesmo a doutrina nacional mais progressista via nesta indeterminação semântica um obstáculo insuperável para a tutela judicial dos direitos sociais – ou pelo menos da maior parte deles³². Hoje, tal posicionamento já parece ter sido superado, com base em considerações mais substantivas a respeito da importância dos direitos em jogo. Tem-se atribuído, com razão, maior peso a considerações sobre a relevância dos bens e interesses envolvidos nestas questões, tornando o debate jurídico mais permeável à discussão moral³³.

Todavia, parece indiscutível que ao empregar textos normativos vagos - como os que garantem o direito à saúde ou à moradia -, para tutelar pretensões concretas, o juiz não se limita a agir como a “boca fria” das palavras do constituinte. A sua atividade não é meramente cognitiva, possuindo também uma evidente dimensão criadora do Direito. É certo que esta não é uma singularidade da atuação judicial nas ações em que se discutem direitos sociais. A textura aberta da linguagem humana está presente em todo o Direito³⁴. Contudo, pode-se dizer que esta faceta se revela especialmente marcante nas demandas envolvendo os direitos sociais, pois estes são positivados, em geral, de maneira muito vaga, sem a previsão das prestações específicas que os concretizam.

Ademais, a garantia dos direitos sociais não se esgota numa tarefa meramente jurídica: no geral, ela envolve um emaranhado de ações estatais, que compreende a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos, dentre outras atividades³⁵, que não se amoldam perfeitamente à função tradicional do

³²

Neste sentido, por exemplo, José Afonso da Silva, esvaziou a força jurídica do direito à saúde, ao conceber o art. 196 da Carta de 88 como norma programática, em razão da vagueza do seu enunciado. (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed., 2ª tiragem, 1999, p. 83-84)

³³

Nesta linha, sustentando que a definição dos efeitos das normas constitucionais deve depender não só das suas características formais, como também de considerações substantivas, veja-se Cláudio Pereira de Souza Neto. “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 285-325.

³⁴

Na teoria jurídica contemporânea a obra canônica sobre esta questão é Herbert Hart. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

³⁵

Judiciário. Daí, inclusive, a recusa de parte significativa da doutrina de conceber os direitos sociais como típicos direitos subjetivos³⁶.

Por tais razões, me parece uma simplificação exagerada a afirmação de que, ao adjudicar demandas relacionadas aos direitos sociais, o Poder Judiciário não interfere na democracia, pois se limita a aplicar normas jurídicas vigentes.

Em síntese, entendo que a democracia não impede a intervenção judicial voltada à afirmação dos direitos sociais, mas antes a exige, sobretudo em contextos de grave exclusão social como o brasileiro. Porém, o princípio democrático demanda que se reconheça um vasto espaço de liberdade de conformação do legislador nesta seara³⁷, revelando-se incompatível com compreensões que depositem no Poder Judiciário todos os poderes, responsabilidades e expectativas correlacionadas à construção de uma ordem social mais justa³⁸.

3- Os Direitos Sociais como Direitos Subjetivos “Prima Facie”

Em outros ordenamentos jurídicos em que os direitos sociais não foram consagrados constitucionalmente, ou não se lhes reconhece plena justiciabilidade, a doutrina e jurisprudência recorreram a estratégias indiretas para proporcionar alguma proteção judicial a eles, socorrendo-se sobretudo de argumentação jurídica focada nos direitos individuais³⁹. Assim, por exemplo, o princípio da igualdade já foi mobilizado

Cf. Luis Prieto Sanchís. “Los derechos sociales y el principio de la igualdad sustancial”. In: *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 107.

³⁶ Cf. José Reinaldo de Lima Lopes. “Direito Subjetivo e Direitos Sociais”. In: José Eduardo Faria (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

³⁷ Cf. Cristina Queiroz. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 98

³⁸ Em linha semelhante, Christian Courtis e Victor Abramovich, segundo os quais “*la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar decisiones complejas en materia de políticas sociales. De allí que se reconozca a los poderes políticos del Estado un amplio margen de actuación el diseño e ejecución de esas políticas*” (*Op. cit.*, p. 248-249)

³⁹

Cf. Christian Courtis e Victor Abramovich. *Op. cit.*, p. 168-220.

com sucesso na jurisprudência do Canadá⁴⁰ e de Israel⁴¹, o direito à vida tem dado amparo a uma ampla proteção social na Índia⁴², e, até nos Estados Unidos – país em que é grande a resistência contra os direitos sociais – já houve um ensaio de tutelá-los através da cláusula do devido processo legal⁴³. No Brasil, direitos individuais e outros princípios constitucionais podem operar – e frequentemente operam – como reforços argumentativos na tutela dos direitos sociais. Todavia, tal artifício não é condição *sine qua nom* para a sua proteção judicial, em razão do reconhecimento praticamente consensual no país de que tais direitos possuem força normativa própria. Nada obsta, contudo, que os argumentos relacionados aos direitos individuais sejam empregados para reforçar a tutela dos direitos sociais – como tem ocorrido com frequência nas ações envolvendo prestações de saúde, através da invocação do direito à vida.

Mas, assentada a idéia de que os direitos sociais não são meras proclamações políticas ou exortações desprovidas de força vinculante dirigidas ao legislador, cabe examinar qual é a sua estrutura, já que esta tem reflexos importantes na forma como pode ser realizada a sua proteção judicial.

Em primeiro lugar, deve ser afastada a visão brasileira tradicional, que via nestes direitos normas de caráter programático. É certo que as normas programáticas não são meros conselhos aos poderes públicos, produzindo efeitos jurídicos significativos⁴⁴. Porém, de acordo com o conhecimento convencional, não figura dentre estes efeitos a possibilidade de exigência de prestações positivas, e é exatamente isto o que mais

40

No caso *Eldridge v. British Columbia*, julgado pela Suprema Corte do Canadá em 1997, reconheceu-se a violação do direito à igualdade de três pessoas surdas no acesso à saúde, em razão do fato do serviço hospitalar prestado na província de Columbia Britânica não contar com intérpretes na língua dos sinais, o que dificultava o seu contato com os médicos (151 D.L.R. (4th) 577, 616 (1997)). Todavia, de acordo com Ran Hirshl, tratou-se de uma exceção no cenário da jurisprudência constitucional canadense, que não reconhece, em geral, possibilidade de proteção de direitos sociais (*Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 128-130)

⁴¹ No caso *Abu-Asash et al. v. Ministry of Health*, decidido em 2000, a Suprema Corte de Israel condenou aquele Estado a construir seis clínicas de atendimento materno-infantil em comunidade árabe na qual tal serviço de saúde não era antes prestado, diante da demonstração, realizada a partir de dados estatísticos, de que os colonos judeus que habitavam região vizinha estavam recebendo atendimento muito superior na questão (cf. Ran Hirshl. *Op. cit.*, p. 138).

42

Vide nota 16.

⁴³ Esta tendência ocorreu em período de grande ativismo progressista da Suprema Corte, no fim dos anos 60 e início da década seguinte, tendo sofrido depois uma completa reversão. Sobre o tema, veja-se Cass Sunstein. *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004, p. 149-171; e Frank Michelman. “On Protecting the Poor through the 14th. Amendment”. In: *Harvard Law Review*, 83, 1969, p. 7-59.

⁴⁴ Sobre estes efeitos, veja-se, por todos, Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas*. *Op. cit.*, p. 116-120.

interessa em matéria de direitos sociais. Conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de *todos* os direitos fundamentais (art. 5º, Parágrafo 1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas.

Por outro lado, também não é correta a tese que prevaleceu na África do Sul⁴⁵, e que, no Brasil, foi defendida por Fábio Konder Comparato⁴⁶, de que os direitos sociais não contariam com uma dimensão subjetiva, não ensejando a exigibilidade de quaisquer prestações positivas pelos seus titulares, mas tão-somente um controle judicial voltado ao exame da razoabilidade das políticas públicas implementadas para realizá-los. É verdade que esta tese vai muito além da teoria das normas programáticas, uma vez que viabiliza a realização de algum controle sobre o desempenho do Estado na concretização dos direitos sociais. Contudo, ela é ainda insuficiente, por não proporcionar aos titulares destes direitos uma proteção adequada. Ademais, do ponto de vista dogmático, se os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, eles possuem titulares e radicam na pessoa humana. Daí porque, me parece incorreta a posição que lhes nega dimensão subjetiva.

Tampouco considero viável conceber os direitos sociais – ou pelo menos a maior parte deles⁴⁷ - como direitos subjetivos definitivos. Esta possibilidade deve ser afastada diante do reconhecimento da escassez de recursos e da existência de diferentes formas de realização dos direitos sociais, bem como da primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito. Tal primazia decorre tanto do princípio democrático como da separação de poderes. Portanto, não basta, por exemplo, que alguém precise de moradia ou de qualquer tratamento de saúde para que se conclua, num singelo silogismo, sobre a existência de um dever incondicional do Estado, judicialmente exigível, de proporcioná-los.

⁴⁵

Sobre a proteção dos direitos sociais na África do Sul, veja-se Cass Sunstein. *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004, p. 209-229; e Mark Tushnet. *Weak Courts, Strong Rights ... Op. cit.*, p. 242-247.

⁴⁶

Cf. Fábio Konder Comparato. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo Cunha. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

⁴⁷

Penso que é possível conceber algumas prestações da Previdência Social, bem como o direito de acesso ao ensino fundamental como direitos subjetivos definitivos, já que previstos no texto constitucional através de regras e não de princípios.

Resta o modelo dos direitos subjetivos garantidos *prima facie*. Este modelo é defendido por Robert Alexy⁴⁸, Martin Borowsky⁴⁹, Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁰, Carlos Bernal Pulido⁵¹, Miguel Carbonell⁵² e Paulo Gilberto Cogo Leivas⁵³, dentre outros autores. De acordo com ele, os direitos sociais são direitos subjetivos, que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nesta ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto. A possibilidade da tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerão do resultado da ponderação, que, como sói acontecer, deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade. Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste campo, decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional.

É verdade que no modelo de ponderação proposto por Alexy, o que figura em um dos lados da balança não é o próprio direito social vindicado, mas a liberdade material que este assegura. Provavelmente, este modelo foi concebido desta forma em razão do fato de a Constituição alemã não consagrar direitos sociais em seu texto. Daí o recurso a um meio indireto para exigibilidade destes direitos, que permitisse a superação da omissão do constituinte germânico. Contudo, no ordenamento constitucional brasileiro, os direitos sociais foram expressamente positivados e são considerados plenamente justiciáveis. Ademais, a liberdade material não é a única razão que justifica

⁴⁸

. Robert Alexy. “Derechos Sociales Fundamentales”. In: Miguel Carbonell, Juan Antonio Parcero y Rodolfo Vázquez. *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 69-88.

⁴⁹

Martin Borowsky. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 148-186.

⁵⁰

Op. cit., p. 87-122

⁵¹

. Carlos Bernal Pulido. “Fundamento, Concepto y Estructura de los Derechos Sociales”. In: *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 287-330.

⁵²

Miguel Carbonell. *Los Derechos Fundamentales en México*. 2ª ed. México: Editorial Porrúa, 2005, p. 827-828.

⁵³

Ingo Wolfgang Sarlet. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88”. In: Ingo Wolfgang Sarlet: *O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129-173..

a proteção dos direitos sociais. Esta pode ser fundamentada também em outros objetivos, como atendimento das necessidades humanas básicas, a viabilização da democracia, etc. Por isso, entendo que a ponderação não deve ser feita com a liberdade material, como sustenta Alexy, mas com o próprio direito social em jogo.

Finalmente, cumpre fazer um adendo: o reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos sociais não exclui a presença da sua dimensão objetiva⁵⁴. Em razão desta última, é possível detectar, por exemplo, a força irradiante dos direitos sociais, que os torna diretrizes importantes para interpretação de outras normas e atos jurídicos; o dever do Estado de proteger perante terceiros os bens e valores subjacentes a tais direitos; e a obrigação estatal de instituir organizações e procedimentos aptos à realização dos mesmos direitos. No presente texto, porém, o nosso foco é centrado na dimensão subjetiva dos direitos sociais.

Mas falar em ponderação é pouco. A ponderação, desacompanhada de *standards* que a estruturam e limitem, pode transformar-se numa “caixa preta”, de onde o intérprete consegue sacar quase qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo⁵⁵. Por isso, o restante deste trabalho se voltará para a tentativa de formulação de alguns destes *standards*.

4- Reserva do Possível Fática, Igualdade e Universalização

Como já salientado, os direitos sociais têm custos, o que, num quadro de escassez de recursos, impõem limites para a sua efetivação. Este fato já foi invocado para recusar-se a sindicabilidade de tais direitos, mas tal posição, ao menos na dogmática e jurisprudência brasileiras, encontra-se atualmente superada. Hoje, no entanto, é comum afirmar-se que os direitos sociais vigoram sob a “reserva do possível”. Todavia, embora esta expressão seja usada com grande frequência, não existe

⁵⁴ A idéia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais parte da premissa de que estes não se limitam a função de direitos subjetivos. A partir do reconhecimento de que os direitos fundamentais protegem os valores mais relevantes da coletividade, são construídas funções adicionais para eles, ligadas à proteção e promoção destes valores na ordem jurídica e social. Veja-se, sobre esta questão, Daniel Sarmiento. “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria”. In: José Adércio Leite Sampaio. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brlo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.:

⁵⁵

O debate sobre a legitimidade e os limites da ponderação de interesses realizada pelo Poder Judiciário é complexo e conta com extensa bibliografia. Ótimas sínteses sobre os debates envolvidos nesta questão podem ser encontradas em Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e em Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 215-296.

consenso sobre o seu real significado. Tentarei, nas próximas linhas, definir um sentido para ela, que possa ser fundamentado moral e juridicamente, e que sirva de parâmetro para a adjudicação de direitos prestacionais.

A expressão “reserva do possível” foi difundida por uma célebre decisão da Corte Constitucional alemã⁵⁶ proferida em 1972, e conhecida como o caso *Numerus Clausus*, que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. Na Alemanha, não está constitucionalmente consagrado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito “*se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade*”. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, “*em primeira linha, pelo legislador*”, que “*deve atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando ... as exigências de harmonização econômica geral.*”

Pode-se desdobrar a idéia de reserva do possível em dois componentes: um fático e outro jurídico⁵⁷. O componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos⁵⁸.

Na jurisdição constitucional brasileira, o conceito foi ventilado em *obiter dictum* lançado em decisão monocrática do Ministro Celso Mello, que extinguiu, por perda do objeto, a ADPF nº 45, na qual se questionava o veto presidencial a dispositivo de Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao ano de 2004, que visava a assegurar recursos

⁵⁶

BVerfGE 33, 303 (1972). Os trechos mais importantes da decisão estão reproduzidos, em língua portuguesa, em Jürgen Schwabe. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig et. al.. Konrad Adenauer Stiftung: Berlim, 2005, p. 656-667.

⁵⁷

Cf. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit, p. 288-289.

⁵⁸

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a reserva do possível significa que a realização dos direitos sociais se caracteriza “(1) pela gradualidade da sua realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização deste direito; (4) pela insuscetibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis” (“Metodologia Fuzzy e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos sociais, econômicos e culturais”. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.108).

mínimos à área da saúde, em cumprimento à Emenda Constitucional nº 29/2000. Nas palavras do Ministro, “os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado,, (1) a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”. Porém, nesta mesma decisão o Ministro Celso Mello consignou que “a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade”.⁵⁹

Sem embargo, há na doutrina quem questione a possibilidade de transposição do conceito de reserva do possível para o Direito Constitucional brasileiro. Andreas J. Krell, por exemplo, numa obra importante sobre o controle judicial dos direitos sociais⁶⁰, apontou a recepção desta teoria no Brasil como o “*fruto de um Direito Constitucional Comparado equivocado*”⁶¹. Na sua opinião, em países pobres como o Brasil, em que muitas necessidades humanas básicas não são minimamente atendidas, não seria possível empregar a idéia de reserva do possível, criada no 1º Mundo, sob pena de completo esvaziamento dos direitos sociais

Contudo, me parece que o argumento é contraditório, já que a maior carência econômica, presente em países do Terceiro Mundo, torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. Por isso, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua a sua importância. Não obstante, concordo com o Prof. Krell quando ele afirma que tanto o maior grau de miserabilidade da população brasileira, como a forma explícita de posituação dos direitos sociais no nosso texto constitucional – muito diferente, por exemplo, da Constituição alemã, que não os consagrou expressamente - ,

⁵⁹

DJU de 04/05/2004.

⁶⁰

Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁶¹

. *Op. cit.*, p. 51.

são incompatíveis com a tese da insindicabilidade de tais direitos. Como Krell, não tenho dúvidas sobre a legitimidade e necessidade de intervenção judicial nesta seara. Sem embargo, diferentemente dele, entendo que isto não afasta a incidência da reserva do possível, compreendida – frise-se bem - não como bloqueio à tutela jurisdicional dos direitos sociais, mas como um critério importante para a sua parametrização.

Resta, então, traçar um conceito constitucionalmente correto de reserva do possível, o que tentarei fazer iniciando pelo seu componente fático. Uma possibilidade extrema, que deve ser desde já descartada, seria associar a reserva do possível fática à absoluta exaustão dos recursos públicos. De acordo com esta exegese, uma postulação em juízo compreendida no âmbito de proteção de direito social somente poderia ser denegada se ficasse evidenciada a completa falta de recursos do Estado para satisfazê-la⁶². Esta compreensão me parece incorreta, pois ignora a necessidade do Poder Público de atender a uma infinidade de outras demandas onerosas – muitas delas igualmente alicerçadas na Constituição. Ela permitiria que, em nome da proteção do direito de uma pessoa, todos os direitos e interesses legítimos das demais que necessitassem de recursos públicos fossem completamente sacrificados.

Outra interpretação seria a de conceber a reserva do possível como uma avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual do titular do direito fundamental sobre o universo de recursos públicos existentes. Esta exegese não gera efeitos tão radicais como a primeira, na medida em que preserva a possibilidade de denegação de uma prestação sempre que os seus custos acarretem um impacto muito elevado sobre as contas públicas e possam comprometer gravemente a satisfação de outros direitos fundamentais ou necessidades sociais de igual relevância. Porém, entendo que esta posição também não é correta, falhando por não “levar a sério” a igualdade entre as pessoas.

Explico-me: a interpretação exposta no parágrafo anterior toma por base o custo representado apenas pela prestação concedida ao autor da ação. Neste quadro, por mais custosa que seja esta prestação, dificilmente ela será muito significativa quando cotejada com a magnitude dos recursos e orçamentos das entidades federativas. Assim,

⁶² Emerson Garcia parece adotar esta posição, quando, ao tratar da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais, definiu-a como “*inexistência dos próprios recursos necessários à satisfação dos direitos*”, consignando que, “*no caso de total insuficiência de recursos, o que deverá ser demonstrado e não simplesmente alegado, pouco espaço restará para que o Poder Público seja compelido a cumprir o seu dever jurídico.*”. (“O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. In: Emerson Garcia (Org.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 190).

se o parâmetro for este, praticamente toda pretensão formulada em ações individuais será acolhida, ainda quando seja economicamente impossível para o Estado estender o mesmo benefício a todas as pessoas em idêntica situação⁶³. Ocorre que o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de dar a todos os que se encontrarem na mesma posição. Esta é uma exigência fundamental imposta pelo princípio da igualdade, que não pode ser postergada⁶⁴.

Por isso, entendo que a reserva do possível fática deve ser concebida como *a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes*. Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta.

Não quero com isso dizer que as decisões judiciais em matéria de direitos sociais não devem avaliar as singularidades de cada caso, contentando-se com generalizações. Pelo contrário, a análise pormenorizada do caso *sub judice* é uma obrigação incontornável do juiz, que não deve e não pode tratar as pessoas como se fossem meros números, abstraindo de suas necessidades e de seus sofrimentos. O que pretendo salientar é apenas que, em razão do princípio da isonomia, pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições.

⁶³ Exemplo deste raciocínio pode ser acolhido na argumentação do Ministro Edson Vidigarl, à época Presidente do STJ, na análise do pedido de Suspensão de Segurança nº 1.408/SP, ocorrido em 08/09/2004: “...não há como concluir que o fornecimento do medicamento a uma única paciente possa causar lesão de conseqüências significativas e desastrosas à economia do Estado de São Paulo. Destaco, ainda, que o efeito multiplicador alegado como justificativa ao pedido de suspensão é meramente hipotético, não tendo a postulante trazido qualquer indício de que, animadas pela decisão recorrida, tenham sido ajuizadas outras ações com igual pretensão”.

⁶⁴ No mesmo sentido, Gustavo Amaral. *Op. cit.*, p. 39.

Mas, do ponto de vista processual, a reserva do possível é matéria de defesa. Portanto, o ônus da prova em demonstrar que a concessão de determinada prestação esbarra na reserva do possível deve pesar sobre o Estado, e não sobre o jurisdicionado, até porque não seria razoável exigir deste último que apresentasse em juízo todos os dados e informações necessários para que se proceda à referida análise. Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais – como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação⁶⁵.

5- Reserva do Possível Jurídica e Orçamento

A reserva do possível jurídica identifica-se com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. A questão nodal, aqui, diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa.

O debate sobre a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a realização de gastos para satisfação de direitos sociais sem previsão orçamentária é complexo. De um lado, argumenta-se que, diante da escassez de recursos e da impossibilidade de atendimento concomitante de todas as demandas sociais, devem caber ao legislador, numa democracia, o poder e o ônus de escolher aquilo que deverá ser priorizado, o que ele faz através da lei orçamentária. De acordo com este ponto de vista, é o legislador que tem a melhor visão de conjunto das inúmeras necessidades da sociedade que carecem de recursos para a sua satisfação, e do total da receita disponível para atendê-las, e é ele também que detém a legitimidade para fazer as opções necessárias, em razão da sua eleição pelo povo⁶⁶.

Da outra banda, aduz-se que condicionar a eficácia dos direitos sociais ao orçamento significa submeter a força normativa da Constituição à vontade do

⁶⁵ No mesmo sentido, Rogério Gesta Leal. “O controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil: possibilidade materiais. In: Ingo Wolgnag Sarlet. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.174.

⁶⁶ Cf. Silvia Faber Torres. “Direitos Sociais Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas”. In: Daniel Sarmento e Flávio Galdino. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 783-785.

legislador. Se os direitos sociais são fundamentais – o que parece claro, à luz da Constituição de 88 - , isto significa que eles valem como “trunfos” que se impõem mesmo contra a vontade das maiorias de ocasião. Daí porque, seria um contra-senso permitir que o legislador frustrasse a possibilidade de efetivação de direitos sociais, ao não alocar no orçamento as verbas necessárias para a sua fruição. Além disso, certos direitos sociais básicos podem ser concebidos como pressupostos da democracia, conforme acima ressaltado. Nestes casos, não há como invocar o argumento democrático para defender a impossibilidade de decisões judiciais que concedam prestações não contempladas no orçamento.

Há parcelas de razão em ambos os argumentos. Não se pode ignorar, no equacionamento da questão, nem a prioridade do legislador democrático na realização das “escolhas trágicas” sobre gastos públicos, nem tampouco a natureza vinculante dos direitos fundamentais sociais para o Legislativo. Cumpre, portanto, reconhecer que se, por um lado, o legislador dispõe de uma ampla margem de decisão nesta matéria, que não deve ser excessivamente tolhida pela jurisdição, por outro, as suas escolhas orçamentárias não se fazem em um “campo livre” de Constituição, uma vez que é possível inferir da Lei Maior certas prioridades que não podem ser ignoradas pelo legislador, estando sujeitas em alguma medida ao crivo do Poder Judiciário⁶⁷.

Nesta linha, não concordo nem com a orientação que transparece em algumas decisões judiciais, inclusive do STF, no sentido de que o juiz não deveria se preocupar com a existência ou não de previsão orçamentária para a realização de despesas atreladas a direitos sociais⁶⁸, nem tampouco com a concepção de que a ausência desta previsão constitui barreira insuperável para o Judiciário na adjudicação de direitos sociais. A virtude, como sói acontecer, está no meio. Penso, em síntese, que a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos fundamentais sociais previstos de

⁶⁷ Nesta linha, ressaltou Robert Alexy: “*La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Los derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera ... Todos los derechos limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de forma inconveniente para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos*”. (*Teoría de los Derechos Fundamentales. Op. cit.*, p. 495). Sobre o tema, veja-se também Alceu Maurício Jr. “A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais”. In: *Revista Diálogo Jurídico*, nº 15, 2007, acessível no sítio www.direitopublico.com.br, acessado em 10 de fevereiro de 2008.

⁶⁸ Veja-se, por exemplo, a manifestação do Ministro Celso de Mello no RE 273.834/RS: “*A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz ... mas apenas o administrador... entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ... ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, ... razões de ordem ética-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção*”.

forma principiológica. Trata-se de um fator relevante, mas que está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso⁶⁹.

6- Mínimo Existencial e Necessidade

Existe um relativo consenso na filosofia política contemporânea, da qual estão excluídos apenas os pensadores ditos libertários, de que é papel do Estado assegurar as condições materiais mínimas de vida para as pessoas mais necessitadas⁷⁰. Dos principais fundamentos morais empregados para justificar esta obrigação estatal, dois são instrumentais e um não é. Os argumentos instrumentais são no sentido de que se trata de uma exigência necessária para (a) a garantia da liberdade real, ou (b) para a proteção dos pressupostos da democracia. O argumento não-instrumental é o de que o atendimento das necessidades materiais humanas essenciais constitui um fim em si mesmo e não um meio para obtenção de qualquer outra finalidade.

O argumento da liberdade material tem muito prestígio dentre os adeptos do liberalismo igualitário, e foi defendido por filósofos como John Rawls⁷¹, economistas como Amartya Sen⁷², assim como por juristas como Robert Alexy⁷³ e Ricardo Lobo Torres⁷⁴. A idéia fundamental aqui é a de que sem o atendimento de certas condições materiais básicas, esvazia-se a liberdade, pela impossibilidade concreta do seu exercício. A liberdade, segundo esta visão, não se esgota na ausência de impedimentos externos à ação do agente, envolvendo também a possibilidade real do seu exercício.

⁶⁹

Em sentido semelhante, veja-se Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. *Op. cit.*, p. 99-101.

⁷⁰

Cf. Rodolfo Arango. *El Concepto de Derechos Fundamentales Sociales*. Mexico: Legis, 2005, p. 238-296; e Ana Paula de Barcellos. “O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In: Ricardo Lobo Torres (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: renovar, 2002, p. 11-49.

⁷¹

Liberalismo Político. *Op. cit.*, p. 31-32.

⁷²

. *O Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁷³

. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. *Op. cit.*, p. 486-489.

⁷⁴

. “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. *Op. cit.*, , p. 01-46

Esta, por sua vez, demanda que sejam garantidas certas condições materiais mínimas para os necessitados.

O argumento democrático já foi explicitado em item anterior deste trabalho. Ele se baseia na idéia, defendida por pensadores como Jürgen Habermas⁷⁵ e juristas como Friedrich Müller⁷⁶, de que a democracia não se confunde com o predomínio da vontade da maioria, exigindo a garantia de certos direitos que viabilizem a participação dos cidadãos no espaço público. Dentre os direitos garantidos, é necessário que figure a satisfação das necessidades materiais básicas das pessoas mais carentes, sem o que restaria comprometida a sua capacidade real de participar das deliberações adotadas na sociedade.

Finalmente, o argumento não-instrumental é no sentido de que o atendimento das necessidades humanas mais básicas é uma exigência autônoma da justiça, que se impõe independentemente das suas conseqüências para a promoção de outros objetivos, como a garantia da liberdade ou promoção da democracia. O filósofo alemão Ernst Tugendhat⁷⁷ é um dos seus defensores, assim como Paulo Gilberto Cogo Leivas, na doutrina jurídica brasileira.⁷⁸

Na minha opinião, a teoria não-instrumental é a mais correta. É óbvio que a garantia do mínimo existencial constitui também, em geral, um pressuposto fático seja para o gozo das liberdades individuais, seja para o exercício da cidadania política. Contudo, ainda que assim não fosse, uma compreensão correta da idéia de justiça teria de envolver a obrigação moral do Estado e da sociedade de combater o sofrimento e a miséria humanas, através da garantia das condições mínimas de vida para os necessitados. Veja-se o exemplo de um indivíduo que padeça de deficiência mental severa e incurável e que esteja em situação de absoluta penúria material. Poucos discutirão que ele também faz jus à proteção do mínimo existencial, em que pese não fazer muito sentido falar desta garantia como um pressuposto para o exercício da sua liberdade material ou do seu direito à participação política. Por isto, penso que é a urgência e gravidade de uma necessidade material, e não a sua importância para a

⁷⁵ *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade I. Op. cit.*, p. 160.

⁷⁶

“Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?”. In: Flávia Piovesan (Coord.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 567-607.

⁷⁷

Lições sobre Ética. Trad. Róbson Ramos dos Reis et all. 4ªed., Petrópolis: Ed. Vozes, p. 386-389.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 123-139.

realização de outros objetivos, por mais nobres que sejam, que deve ser o critério central para definir o mínimo existencial. Sem embargo, do ponto de vista jurídico, uma solução neutra para esta controvérsia é localizar o fundamento normativo do mínimo existencial no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio apela tanto à liberdade material, como à democracia e ao atendimento de necessidades básicas das pessoas.

O direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida⁷⁹. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Não há, todavia, consenso sobre as prestações que compõem este conjunto⁸⁰, e o meu objetivo aqui não é o de elaborar qualquer tipo de elenco a tal propósito.

A idéia de um direito ao mínimo existencial surgiu em decisão do Tribunal Federal Administrativo alemão proferida em 1953, incorporando-se, posteriormente, na jurisprudência da Corte Constitucional daquele Estado, a partir da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, consagrados na Lei Fundamental germânica. Ela tem recebido acolhida na

79

Na jurisprudência constitucional colombiana encontra-se uma definição lapidar do mínimo existencial – denominado mínimo vital naquele país. Ela foi estabelecida na Sentencia C-776, de 2003, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, em decisão que invalidou parcialmente uma lei tributária que gravara com o imposto sobre o valor agregado uma série de produtos, sem excepcionar bens e serviços de primeira necessidade. Confira-se: “*El objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna...El derecho fundamental al mínimo vital presenta una dimensión positiva y una negativa. La dimensión positiva de este derecho fundamenta lpresupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares ... están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna*” (Cf. Rodolfo Arango. *El Concepto de Derechos Fundamentales Sociales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 214-215)

⁸⁰ Ana Paula de Barcellos, num importante estudo dedicado ao tema, formulou o seguinte elenco de prestações compreendidas no mínimo existencial, que poderiam ser exigidas judicialmente independentemente de mediação legal: educação fundamental, saúde básica, assistência em caso de necessidade e acesso à justiça. (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247-301).

jurisprudência constitucional de diversos outros países como Portugal⁸¹ e Colômbia⁸². E, aqui no Brasil, o conceito, introduzido na doutrina pela obra de Ricardo Lobo Torres⁸³, também já foi invocado em decisões do STF⁸⁴.

Entendo que a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, ignorando a condição específica do titular do direito. Um exemplo: o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as conseqüências para ele da omissão estatal impugnada.

Por isso, não concordo com a argumentação aduzida em algumas decisões judiciais em matéria de saúde, no sentido de que, tendo em vista a universalidade deste direito, seria irrelevante analisar se o autor da ação possui ou não os recursos necessários à aquisição da prestação demandada do Estado⁸⁵. Este dado me parece fundamental, pois, num caso, o sacrifício eventualmente imposto pela denegação da pretensão repercute tão-somente sobre o patrimônio do paciente, enquanto no outro pode estar em jogo a sua própria vida. Temo que este tipo de raciocínio, num contexto de acesso não igualitário à Justiça, possa legitimar um uso enviesado dos direitos sociais que, de instrumentos de emancipação em favor dos mais fracos, acabem se transformando em artifícios retóricos manejados pelas classes favorecidas.

⁸¹ Acórdão 509/02, proferido em 22 de novembro de 2002. O texto integral do acórdão, acompanhado de substanciosos comentários, encontra-se em Jorge Reis Novais. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 64-100.

⁸²

Cf. Rodolfo Arango. *Op. cit.*, p. 213-217.

⁸³

. O primeiro artigo de Ricardo Lobo Torres a versar esta matéria é de 1989: “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 177: 29-48, 1989. De lá para cá, o professor publicou diversos estudos enfocando o tema, dentre os quais “A Cidadania multidimensional da Era dos Direitos”. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-335; e “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. *Op. cit.*

⁸⁴

Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 410. 715-5/SP, Relator Ministro. Celso Mello, julgado em 22/11/2005.

⁸⁵

Neste sentido, veja-se o acórdão proferido pela 1ª Turma do STJ no REsp. nº 430.526/SP, julgado em 1º/10/2002, e relatado pelo Ministro Luiz Fux, em que se entendeu irrelevante para a decisão de um caso em que um paciente demandava o fornecimento de medicamento não contemplados na lista do SUS, o fato de se tratar de um Delegado de Polícia, com rendimentos muito superiores à média nacional.

Noutro giro, o mínimo existencial desempenha um papel importante como critério para adjudicação judicial de direitos sociais. Como antes ressaltado, numa ordem jurídica centrada na dignidade da pessoa humana não se pode conceber a realização de despesa pelo Estado como um campo livre para as decisões do legislador orçamentário e do administrador. Pelo contrário, há prioridades que a eles se impõem por força de princípios constitucionais revestidos de elevado teor moral, dentre as quais sobressai a de realizar os gastos necessários para o atendimento das necessidades materiais mais básicas dos necessitados. Assim, me parece que o Poder Judiciário está plenamente legitimado para fiscalizar o cumprimento destas prioridades pelos demais poderes estatais.

Sem embargo, discordo daqueles que afirmam que o direito ao mínimo existencial é absoluto, não se sujeitando à reserva do possível⁸⁶. Infelizmente, em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas. Veja-se o caso emblemático do nosso salário mínimo, que, por imperativo constitucional (art. 7º, IV), deveria ser suficiente para assegurar o mínimo existencial para as famílias dos que o percebem, e, no entanto, sempre esteve fixado em valores muito inferiores ao que seria necessário para tanto. Seria economicamente viável para o Estado brasileiro aumentar imediatamente o valor do salário mínimo para patamares que satisfizessem à imposição constitucional? E, diante do quadro hoje delineado, poderia o Poder Judiciário exigir que particulares pagassem aos seus empregados um salário por ele fixado, que atendesse o disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição, passando por cima do valor – reconhecidamente insuficiente – estipulado pelo legislador? Ou exigir o mesmo do INSS no pagamento dos benefícios previdenciários ou assistenciais? Temo que a resposta a todas estas questões seja negativa. Infelizmente, consideradas as condições econômicas do país, não tem o Estado brasileiro como dobrar ou triplicar imediatamente o valor do salário mínimo, e este dado não pode ser ignorado pelo Judiciário. Intervenções judiciais nesta seara que atropelassem a reserva do possível em nome do mínimo existencial ou da efetividade da Constituição poderiam, num primeiro momento, agradar aos “progressistas”, mas fatalmente acarretariam sérias

⁸⁶ Em sentido oposto, veja-se Ingo Wolfgang Sarlet. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88”. *Op. cit.*, p. 165.

conseqüências do ponto de vista macroeconômico, que, ao fim e ao cabo, acabariam vitimando sobretudo aos mais pobres⁸⁷.

Em suma, não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. Porém, entendo que quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido⁸⁸. Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para uma determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas. Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado. Mas não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível.

Por outro lado, também não me parece correta a tese de que o papel do Judiciário em matéria de proteção dos direitos sociais tenha sempre de se limitar à garantia do mínimo existencial⁸⁹. Se em relação a todos os demais direitos fundamentais persegue-se a máxima efetividade, dentro do que seja fática e juridicamente possível, porque, em matéria de direitos sociais, deveríamos nos contentar com o mínimo? Na minha opinião, o ponto a que pode chegar o Judiciário depende de uma ponderação de interesses a ser feita em cada caso, na qual, de um lado, figure o direito social em questão, e, do outro, os princípios concorrentes, como a democracia, a separação de poderes e os direitos de terceiros que seriam atingidos ou economicamente inviabilizados caso fosse universalizada a prestação demandada.

⁸⁷ Neste sentido, discordo da posição sustentada por autores como Celso Antonio Bandeira de Melo. (“Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social” In: *Revista de Direito Público* nº 57-58, 1981, p. 233 ss) e Luís Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Op. cit.*, p. 150 ss), que advogam a tese oposta. Para Barroso, por exemplo, a possibilidade de fixação judicial do salário mínimo decorreria do fato do texto constitucional fornecer os elementos necessários para tanto, ao definir os bens da vida que tal salário deveria ser capaz de suportar. Porém, me parece que o problemático no caso não é de indeterminação do texto normativo, mas sim a possibilidade econômica da implementação do comando constitucional, num quadro de escassez de recursos, aliada à falta de capacidade institucional do Judiciário para avaliar de forma adequada tal questão, sopesando devidamente os múltiplos efeitos e implicações na economia que resultam inevitavelmente de qualquer mudança no valor do salário mínimo.

⁸⁸ Em linha parecida a que ora se sustenta, cf. Gustavo Amaral. *Direito, Escassez e Escolha. Op.cit.*, p. 211-216.

⁸⁹

Esta é a posição de Ricardo Lobo Torres (cf. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. *Op. cit.*, p. 278-290).

Neste modelo, o mínimo existencial constitui elemento importante, pois quanto mais essencial for a necessidade material em jogo, maior será o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. Prestações situadas fora do mínimo existencial têm, portanto, uma chance menor de êxito, já que quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido. Porém, persiste a possibilidade teórica de adjudicação de direitos sociais mesmo naquilo que extrapolar ao mínimo existencial, a depender da constelação concreta dos interesses em disputa.

7- Controle de Políticas Públicas, *Expertise* e Auto-Contenção Judicial

A realização dos direitos sociais pelo Estado dá-se através de políticas públicas⁹⁰, cuja elaboração e implementação dependem, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que freqüentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos.

É evidente que o fato de os direitos sociais serem garantidos pelo Estado por intermédio de políticas públicas não os torna imunes ao controle judicial⁹¹. Com o perdão pela tautologia, os direitos sociais são autênticos direitos, e, nesta qualidade, podem e devem ser garantidos pela via jurisdicional em casos de omissões injustificáveis ou de arbitrariedades das autoridades competentes. Atualmente, a melhor doutrina não mais aceita a idéia de que exista uma esfera de poder estatal absolutamente

⁹⁰

Uma boa definição de política pública pode ser colhida em Maria Paula Dallari Bucci: “*Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*” (*Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241).

⁹¹

Sobre a intervenção judicial em políticas públicas, veja-se Malcolm M. Feeley & Edward L. Rubin. *Judicial Policy Making*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; Marco Maselli Gouvêa. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; Ana Paula de Barcellos. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 599-636; e Luiza Cristina Frischeisen. *Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

imune ao controle judicial, sobretudo em campo envolvendo direitos fundamentais. Conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizados, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais, como os da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência⁹².

Sem embargo, o exercício deste controle não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem o opera⁹³. Por isto, não me parecem adequadas, neste ou em qualquer outro campo, as teorias que idealizam a figura do juiz – como o famoso “juiz Hércules”, de Ronald Dworkin⁹⁴ -, depositando no Poder Judiciário expectativas que ele não tem como atender. E até compreensível que teorias deste tipo acabem vicejando no Brasil, pelo desencanto geral diante dos poderes políticos, atolados em sucessivos escândalos, e pela persistência das mazelas que afligem a nossa população. Contudo, infelizmente, não me parece que elas possam entregar aquilo que prometem: a redenção de todos os males nacionais pela via judicial.

⁹²

Há vasta bibliografia sobre a matéria na literatura nacional. Veja-se, em especial, Gustavo Binbenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-238; e Andréas Krell. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 17-56.

⁹³ Na teoria jurídica contemporânea, há uma corrente importante que preconiza a necessidade de que as capacidades institucionais comparativas dos agentes envolvidos na aplicação do Direito seja levada em conta na definição das teorias de interpretação mais adequadas a cada contexto. Esta sensibilidade diante das vicissitudes concretas dos aplicadores do Direito leva estes autores a defenderem a idéia de que a teoria interpretativa preferível não é aquela que, em tese, tenha como conduzir algum intérprete ideal a resultados perfeitos, mas sim aquela que seja mais apta a otimizar os resultados, considerando as capacidades específicas de intérpretes reais e falíveis, e o risco de que cometam erros. Veja-se, a propósito, Cass Sunstein & Adrian Vermeule. “Interpretations and Institutions”. In: *Chicago Working Papers in Law & Economics*. 2002, p. 1-55; Adrian Vermeule. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory for Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006; e Frederick Shauer. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon, 1991.

⁹⁴

Cf. Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 81-148; *idem*. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 355-399.

Sem embargo, cabe destacar que dificilmente a teoria de Dworkin - que justifica um forte ativismo judicial na defesa dos direitos individuais - poderia ser empregada em matéria de direitos sociais. Isto porque, o jusfilósofo norte-americano baseia o seu raciocínio em uma diferenciação absoluta entre direitos e políticas (*policies*), afirmando que o Judiciário deve atuar com firmeza em relação aos primeiros, mas que os poderes eleitos teriam mais legitimidade e capacidade para deliberar no campo das segundas. Ocorre que é praticamente impossível separar os direitos das políticas em matéria de direitos sociais, pois tais direitos só são realizados através de políticas públicas. Aliás, quando Ronald Dworkin esteve no Brasil no ano de 2006, em pelo menos três palestras que proferiu (em São Paulo, no CEBRAP, e no Rio de Janeiro, nos auditórios da Procuradoria-Geral do Município e da EMERJ), ele manifestou o seu ceticismo sobre a viabilidade da tutela judicial de direitos sociais.

Em matéria de controle judicial de políticas públicas, além da dificuldade decorrente da falta de *expertise* dos juízes, há também o problema que resulta da própria dinâmica dos processos judiciais. O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas⁹⁵. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial. Este, com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos. Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma “visão de túnel”, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes⁹⁶.

Tais problemas podem ser atenuados, mas não completamente eliminados. No que concerne ao déficit de conhecimentos especializados dos magistrados, o recurso mais freqüente a peritos e a instituições independentes e imparciais com reconhecida capacidade técnica na área em discussão é uma medida importante. Um exemplo interessante desta prática ocorreu na África do Sul, no julgamento do famoso caso *Grootboom*⁹⁷, realizado em 2000. Na hipótese, tratava-se de centenas de pessoas miseráveis, que estavam vivendo em barracas improvisadas de plástico depois de terem sido despejadas da área particular que antes ocupavam, e que reivindicavam do Estado a garantia imediata de abrigos adequados. A Corte Constitucional entendeu que, apesar da consagração do direito à moradia na Constituição sul-africana, não seria possível reconhecer a cada indivíduo um direito subjetivo à habitação, nem no seu núcleo essencial (*minimum core*). Todavia, afirmou que poderia controlar a razoabilidade das políticas públicas realizadas pelo governo, no sentido de efetiva promoção do direito à

⁹⁵ Cf Lon L. Fuller. “The Forms and Limits of Adjudication”. In: 92 *Harvard Law Review*, 1978, p. 394-397.

⁹⁶

Sobre esta questão, há vários estudos no livro de José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Método, 2006.

⁹⁷

Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others. A decisão está acessível no endereço eletrônico www.constitutionalcourt.org.za, acessado em 10/02/2008.

moradia. No caso, o governo sul-africano contava com política pública voltada para esta área, mas a Corte entendeu que ela falhava, por não incluir medidas emergenciais focadas nas pessoas em situação de carência desesperadora (*desperate need*). Diante disso, determinou que a política fosse reformulada, de forma a contemplar medidas de alívio imediato daquelas pessoas, sem, no entanto, precisar que providências deveriam ser adotadas. E aí vem a parte que nos interessa neste ponto: para permitir uma fiscalização mais adequada da execução da sua decisão, a Corte atribuiu a um órgão técnico independente – a *Human Rights Commission* – de reconhecida *expertise* e prestígio na África do Sul em matéria de direitos sociais, a tarefa de supervisionar a elaboração e implementação do novo programa, reportando-se ao tribunal⁹⁸. Medidas deste tipo, se fossem adotadas no Brasil, contribuiriam para a racionalização da tutela judicial dos direitos positivos.

Já no que se relaciona à limitação quanto ao acesso a informações e pontos de vista diversificados, decorrente da lógica do processo judicial, esta pode ser atenuada pelo exercício mais firme dos poderes de instrução conferidos aos juízes, assim como pela maior participação de terceiros nas lides, como, por exemplo, através da atuação dos *amici curiae*. Tratam-se, contudo, de providências apenas paliativas – algumas, inclusive, de difícil operacionalização nas ações individuais, tendo em vista o quadro de assoberbamento do nosso Poder Judiciário.

Em conclusão, entendo que não se devem ignorar as deficiências da capacidade institucional do Judiciário para tutelar os direitos sociais. Para enfrentar esta dificuldade, além das medidas acima sugeridas, deve-se adotar um parâmetro adicional para o exercício da proteção judicial destes direitos: quanto mais a questão discutida envolver aspectos técnicos de políticas públicas, mais cautelosa e reverente em relação às decisões dos demais poderes deve ser a atuação do Judiciário⁹⁹. Este não é um parâmetro isolado, na medida em que deve ser conjugado com outros, como os

⁹⁸

A decisão, e, em especial, esta solução, foram elogiadas por Vitor Abramovich e Christian Courtis, em . *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. *Op. cit.*, p. 160-168.

⁹⁹ Gustavo Binbenojm adota parâmetro semelhante para o controle judicial dos atos administrativos. Um dos *standards* para o exercício deste controle é, nas suas palavras: “quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial” (*Uma Teoria do Direito Administrativo ... Op. cit.*, p. 236). E a mesma idéia pode ser colhida em Humberto Ávila que, ao tratar da intensidade do controle do Judiciário sobre outros poderes, afirmou que “o âmbito de controle pelo Judiciário deverá ser tanto menor, quanto mais ... (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria” (*Teoria dos Princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126).

sugeridos acima, atinentes à razoabilidade da universalização da pretensão do titular do direito, e à essencialidade, para ele, da prestação social demandada. Mas me parece que dito critério deve desempenhar um papel relevante na adjudicação judicial dos direitos sociais.

8- Demandas Individuais e Coletivas

No sistema processual brasileiro, os direitos sociais podem ser assegurados judicialmente através de ações individuais ou de demandas coletivas. Todavia, o Poder Judiciário brasileiro tem se mostrado, de um modo geral, muito mais generoso nas ações individuais do que nas coletivas, o que, na minha opinião, gera uma grave distorção, em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da racionalidade do sistema¹⁰⁰.

Com efeito, apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas no que tange ao acesso à Justiça, a principal clientela do Judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média¹⁰¹. Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente vão à Justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes nem conhecem estes direitos. Neste contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, as decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como uma espécie de “Robin Wood às avessas”, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média. Enquanto isso, graves violações de direitos perpetradas contra os mais carentes ficam sem resposta judicial.

Por outro lado, na tutela coletiva, os magistrados não têm como escapar de uma reflexão que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial de universalização do que foi pedido. Não há como

¹⁰⁰ Um exemplo eloqüente desta tendência foi a recente decisão da Ministra Ellen Gracie, que, na qualidade de Presidente do STF, suspendeu acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, que acolhera pedido formulado em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, para obrigar a União a realizar no âmbito do SUS os procedimentos médicos de redesignação sexual em pessoais transexuais. Na referida decisão, S. Exa. exteriorizou o seu entendimento de que, em matéria da proteção judicial dos direitos sociais, deve-se adotar uma análise tópica, “caso-a-caso”, em detrimento da tutela coletiva, uma vez que esta repercuta “na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas”, o que caracterizaria “grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional.”. STA 185/DF, DJ 04.12.2007.

¹⁰¹

Neste sentido apontam as conclusões da pesquisa estatística coordenada pelo Prof. Vírgilio Afonso da Silva, relacionada a clientela das ações judiciais com pedido de fornecimento de medicamentos que tramitam na Justiça do Estado de São Paulo. Os resultados da pesquisa ainda não foram publicadas, mas o Prof. Vírgilio os vem citando em diversas palestras proferidas sobre o tema.

decidir uma ação civil pública que afete a todo um amplo universo de pessoas sem considerar o seu efeito sobre as políticas públicas em vigor e as verbas existentes. O impacto aqui é inequívoco e por isso tem de ser enfrentado. O julgamento força uma análise de “macrojustiça”, que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos.

Nas ações individuais, o raciocínio judicial deveria ser o mesmo. Contudo, aqui é muito mais fácil para o juiz “tapar o sol com a peneira”, e conceder “com o coração” qualquer prestação demandada, já que os efeitos concretos de cada decisão sobre o orçamento público costumam ser diminutos e existe todo um apelo emocional que inclina os magistrados a decidirem com maior generosidade em favor das pessoas concretas, de carne e osso, cujas carências e necessidades foram explicitadas no processo¹⁰². Assim, muitas vezes o Judiciário acaba assegurando direitos que, diante dos recursos disponíveis e da existência de outras necessidades igualmente importantes, não teriam como ser universalizados. Ocorre que estas decisões tendem a se multiplicar, comprometendo a racionalidade das políticas públicas e criando implicitamente preferências para algumas pessoas sobre bens escassos, fora de qualquer parâmetro ético ou jurídico. Finge-se que a escassez não existe, o que, obviamente, não a elimina, mas apenas “empurra para debaixo do debate”, suprimindo o espaço para a discussão dos critérios de justiça na partilha do bolo.

Por outro lado, a multiplicação de decisões em casos individuais, muitas vezes desencontradas, pode criar um cenário caótico para o administrador, comprometendo a possibilidade do Estado de implementar com eficiência as políticas públicas de atendimento aos direitos sociais da população. Sob este ângulo, o tratamento judicial coletivo é preferível, por reduzir a entropia e fornecer critérios claros e gerais para a eventual correção das políticas públicas, visando à sua adequação à Constituição.

Ademais, as ações coletivas tendem a possibilitar uma instrução processual mais completa, franqueando ao juiz um maior contato com as inúmeras variáveis envolvidas na implementação das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais, que tenderiam a ser negligenciadas nas ações individuais. Isto, evidentemente, possibilita a adoção de decisões mais informadas, a partir de uma visão mais abrangente da problemática subjacente à adjudicação de cada direito social.

¹⁰²

. Cf. Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia do Princípios Jurídicos Op. cit.*, p. 275.

Com isso, não pretendo sustentar o descabimento das ações individuais para a proteção dos direitos sociais. Tal posição não seria compatível com a concepção aqui advogada de que os direitos sociais configuram autênticos direitos fundamentais, nem tampouco com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF). Além do que, ela fragilizaria a garantia de tais direitos, ao torná-la dependente das iniciativas dos legitimados para a propositura das ações coletivas, dentre os quais não figura o próprio titular do direito lesado. Não bastasse, há situações absolutamente singulares de determinados titulares de direito social, que não se enquadram no perfil da ação coletiva, pois esta, como se sabe, pressupõe a indivisibilidade ou a homogeneidade do direito a ser tutelado. Tais situações não podem ser ignoradas pelo Judiciário, e as demandas individuais são o meio adequado para trazê-las ao conhecimento dos tribunais.

Enfim, o que me parece absolutamente equivocada é a adoção de dois pesos e duas medidas pelo Judiciário brasileiro em matéria de direitos sociais, que tem primado pela generosidade nas ações individuais e pela parcimônia nas ações coletivas. Entendo, por outro lado, que as ações coletivas constituem um ambiente mais adequado do que as individuais para os debates que envolvem o controle das políticas públicas em matéria de direitos sociais, e por isso o seu uso deve ser estimulado pelo legislador e pelo Judiciário¹⁰³. Já em relação às demandas individuais, não se trata de bloquear esta via importante para a cidadania, mas de empreender uma reflexão mais amadurecida sobre as conseqüências perniciosas para os pobres de um ativismo judicial sem parâmetros, que, ao tudo conceder para os que têm acesso à justiça, pode acabar retirando daqueles que não o desfrutam.

9- Conclusões

Na última década, com a consolidação da nova cultura constitucional que emergiu no país em 88, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. Juízes bem intencionados e independentes, inspirados por uma dogmática focada na efetivação da Constituição, passaram, com uma freqüência cada vez maior, a conceder prestações materiais aos jurisdicionados com fundamento em normas constitucionais.

¹⁰³

No mesmo sentido, Cécile Fabre. *Social Rights under the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 175-182.

Na minha avaliação, já vencemos, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais. Já é chegada a hora de iniciarmos uma outra fase, de racionalização deste processo. Esta racionalização, do meu ponto de vista, passa por dois pontos principais: (a) a superação de uma certa “euforia judicialista” que tomou conta dos meios jurídicos brasileiros, com o reconhecimento de que o Poder Judiciário, apesar da relevância da sua função, não é, nem tem como ser, por suas limitações institucionais, o grande protagonista no cenário de afirmação dos direitos sociais, que dependem muito mais das políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo e da mobilização da sociedade civil; e (b) o traçado de parâmetros ético-jurídicos para as intervenções judiciais nesta seara. O presente estudo foi exatamente uma tentativa de esboçar alguns destes parâmetros, que não repetirei aqui, para não enfadar o leitor. Cabe-me, contudo, compartilhar uma última reflexão:

O traço mais distintivo da ordem social brasileira é a desigualdade. Já se tornou um jargão a afirmação de que em nosso país convivem, lado a lado, elites vivendo de acordo com os padrões do 1º Mundo e setores da população sobrevivendo em verdadeiro estado de exceção econômica, privados do acesso às necessidades mais básicas. Neste contexto, os direitos sociais deveriam exercer um papel essencial, de emancipação dos componentes destes segmentos excluídos, ao proporcionar-lhes não só mais bem-estar, como também a possibilidade efetiva de fruição das suas liberdades individuais e políticas. Temo, contudo, que a persistência de certos padrões enviesados da jurisprudência brasileira possa comprometer o desempenho deste papel. Daí a necessidade de mudança destes padrões, não para esvaziar os direitos sociais, mas para redirecioná-los ao seu verdadeiro propósito: promover a inclusão dos excluídos.