

DIREITOS SOCIAIS, ESTADO DE DIREITO E DESIGUALDADE: REFLEXÕES SOBRE AS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

Jane Reis Gonçalves

Pereira¹

*There is only one thing worse than
Injustice, and that is Justice
without her sword in her hand. When Right
is not Might, it is Evil...*
(Gilbert, the critic as an artist)
Oscar Wilde

Resumo

A tensão ancestral entre democracia e poder judicial é aparentemente acentuada quando se trata de conferir efetividade aos direitos sociais. O presente artigo discute as principais críticas à implementação de direitos positivos pelo Poder Judiciário. Primeiramente, é apresentada uma revisão dos tópicos mais importantes na dogmática sobre os direitos sociais. Em sequência, busca-se enfrentar as objeções postas à ampliação do papel do Judiciário na realização desses direitos, sem deixar de reconhecê-las como referenciais importantes para a construção de um modelo interpretativo adequado. A hipótese central é de que as críticas à intervenção do Judiciário em políticas públicas sobrevalorizam as falhas e efeitos negativos da jurisdicionalização, mantendo uma visão idealizada quanto à eficiência, racionalidade e equidade na administração dos serviços públicos. Como a distribuição de recursos escassos é ainda influenciada pelo clientelismo e patrimonialismo, as decisões judiciais podem ter um efeito catalisador que corresponde à natural atualização da velha noção de *checks and balances*.

Palavras-chave: Direitos sociais; judicialização; Estado de Direito.

INTRODUÇÃO: A CARTA DE 1988 ENTRE EXPECTATIVA E REALIDADE

A Constituição de 1988 é um documento repleto de simbologias e promessas²³. Mais que um texto jurídico de reorganização do país, ela funciona como o estandarte da

¹ Doutora em Direito Público pela UERJ. Professora Adjunta de Direito Constitucional da UERJ. E-mail: janergp@gmail.com

decisão coletiva de mudar o rumo da história, ao jogar luz no futuro e enunciar o compromisso de cessar o longo ciclo de violência estatal, de democratizar a política e de construir uma sociedade justa e inclusiva. Na sequência da euforia cívica vivida durante os trabalhos da Constituinte, colocou-se o desafio de transformar em realidade as demandas reprimidas por democracia, liberdade e igualdade.

É verdade que muitas proclamações da Carta de 1988 já não inspiram o otimismo dos primeiros anos. Seus defeitos tornaram-se mais aparentes e muitos dos seus comandos são vistos com descrença. Formou-se uma visão caricatural e anedótica a respeito do perfil detalhista e abrangente do texto constitucional. Afirma-se, não sem razão, que ele aborda matérias em excesso, muitas das quais poderiam ter sido deixadas para a deliberação parlamentar comum (SARMENTO, 2006; BARROSO, 1999, p. 43). É possível que essa característica seja consequência da falta de confiança ancestral nas instituições e no legislador ordinário. Ao enclausurar certas matérias em normas constitucionais, buscavam-se barreiras adicionais de proteção das decisões constituintes contra o casuísmo, o personalismo e o oportunismo que estigmatizam a política cotidiana.

Foi no campo dos direitos humanos que se operaram as conquistas mais relevantes. Ainda que de forma insuficiente, as minorias têm sido contempladas por políticas inclusivas respaldadas na Constituição. São exemplares desse movimento a criação de cotas para negros nas universidades, o reconhecimento das uniões homoafetivas e a Lei Maria da Penha.

Contudo, a despeito dos avanços, convivemos com verdadeiras zonas de exclusão de direitos humanos. Há grupos invisíveis cujos direitos fundamentais são sistematicamente negligenciados. Índios, moradores de comunidades pobres e presos vivem sob um regime de exceção, sujeitos a variadas formas de opressão e violência pela ação e pela omissão do Estado.

A mais importante missão constitucional não realizada é eliminar o gigantesco fosso que separa os que têm acesso ao Direito e aos direitos e os que não têm. A sociedade brasileira continua a conviver com uma distribuição estamental e censitária

² Agradeço imensamente a ajuda inestimável prestada por Renan Medeiros na pesquisa e edição deste artigo.

³ Sobre o efeito simbólico das constituições e da de 1988 v. NEVES, 1994 e 2008.

dos benefícios de viver em um Estado de Direito. Como agudamente observou Oscar Vilhena Vieira:

A exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a invisibilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições (VIEIRA, 2007, p. 29).

Há uma clara relação entre nossa iniquidade ancestral e as demandas que estouraram nas ruas em 2013. A revolta em torno do alto custo e baixa eficiência do transporte público foi o pavio que incendiou uma sequência inédita de manifestações contra a violência policial, por acesso à saúde e à educação, por inclusão urbana e pela lisura na gestão pública. Esses eventos, cuja interpretação é tarefa por fazer e cujos desdobramentos ainda não são claros, abriram uma fresta que nos permite identificar o amálgama entre ineficiência e desigualdade na prestação dos serviços públicos e tensões políticas variadas.

No presente artigo, abordarei um dos pontos em relação ao qual a Carta não conquistou maturidade epistemológica: a efetivação dos direitos sociais de caráter prestacional e os problemas impostos por sua crescente judicialização.

O déficit no acesso aos serviços públicos essenciais ainda representa um dos mais importantes desafios a serem superados no plano material e no interpretativo.

No domínio dos direitos sociais, torna-se evidente o caráter multifacetado da desigualdade. Há uma mistura inextrincável entre a dificuldade de fruição de serviços públicos básicos, o déficit democrático e a desigualdade de acesso às ferramentas do Direito. Os grupos marginalizados não apenas têm maior dificuldade em acessar as prestações estatais, como também em interferir na formulação das políticas públicas e em acionar o Judiciário para compelir o Estado a prestá-las.

Paralelamente, em relação aos direitos sociais, o constitucionalismo brasileiro montou uma equação de difícil solução. No campo normativo, temos uma Carta que atribui ao Estado o dever de agir intensamente para suprir as necessidades básicas das pessoas através de políticas públicas. No plano social, convivemos com um cenário de desigualdade estrutural e multidimensional, marcada por um dos piores índices de distribuição de renda no cenário mundial. A despeito dos significativos progressos sociais conquistados na última década, as carências e demandas são crescentes. No

plano econômico, os recursos destinados a satisfazer essas carências são limitados e distribuídos de forma assimétrica. No plano político, as decisões sobre a alocação dos recursos financeiros disponíveis nem sempre são tomadas de forma ajustada às prioridades estabelecidas na Constituição.

Diante dessa equação, podemos adotar uma atitude otimista ou cética, já que a relação entre direitos e escassez é paradoxal e se apresenta em duas vertentes:

De um lado, podemos pensar nos direitos sociais como instrumentos para colaborar na justa distribuição dos recursos e na promoção de uma vida decente. As carências sociais e a limitação de recursos, vistas desta perspectiva, podem ser entendidas como problemas a serem resolvidos com as ferramentas do Direito. Nessa perspectiva, podemos pensar o acesso à justiça como um instrumento de emancipação, que serve para corrigir os impasses e bloqueios impostos pela burocracia e pela política ordinária (CLÈVE, 1995).

Por outro lado, a escassez de recursos pode ser vista como fato inamovível, que limita as possibilidades do Direito como instrumento de efetivação da igualdade. Assim, especialmente no que se refere aos direitos sociais e econômicos, a escassez de recursos pode ser encarada como um obstáculo que converte as declarações de direitos em promessas vãs, e a judicialização das demandas sociais seria um paliativo ineficaz e antidemocrático.

Os dois enfoques mencionados, ao contrário do que possa parecer, não são excludentes, mas complementares. Em verdade, são ângulos de visão do mesmo problema. O direito e a judicialização das demandas por serviços públicos não podem, sozinhos, resolver a questão da desigualdade social e da irracionalidade nos gastos públicos. Entretanto, como em outros domínios, o Direito pode ter a função de corrigir assimetrias e desobstruir canais bloqueados pelo aparato burocrático.

A década de noventa foi marcada por um progressivo crescimento de pleitos individuais e coletivos no Poder Judiciário com o fim de assegurar prestações sociais. Essa explosão de demandas pode ser relacionada ao amplo reconhecimento pela Carta de 1988 dos direitos sociais, à disseminação de uma cultura jurídica da efetividade (SOUZA NETO, 2006b) com a ampliação dos mecanismos institucionais de acesso à justiça.

Esse fenômeno, como é intuitivo, é parte de um cenário mais amplo de judicialização da política e das relações sociais em geral, que tem alcance global⁴. Fala-se de forma crítica, na substituição da democracia por uma supremocracia (VIEIRA, 2008), versão brasileira da juristocracia (HIRSCHL, 2004), que consiste na ampliação dos poderes decisórios do Judiciário em detrimento dos órgãos de representação tradicional.

O otimismo doutrinário e jurisprudencial em relação às possibilidades de implementação dos direitos sociais pela via judicial teve como ápice o conhecido precedente em que o STF enunciou a ideia de que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa inconsequente”⁵.

Essa tendência em favor da judicialização, ao menos no debate acadêmico, parece se encaminhar para uma trajetória pendular. No discurso jurídico, diversas vezes têm apresentado argumentos críticos à judicialização e promovido tentativas de construir critérios objetivos que limitem e racionalizem a intervenção dos juízes nesse domínio.

Meu principal objetivo, aqui, será organizar, avaliar e problematizar as críticas que vêm sendo contrapostas à ampliação do papel do Judiciário na realização de direitos sociais prestacionais.

Antes, porém, apresentarei um breve resumo da discussão teórica que gravita em torno dessas críticas. O esteio conceitual em que se apoia a disputa em torno da aplicação dos direitos sociais diz respeito à qualificação destes direitos como direitos fundamentais e à competência do Poder Judiciário de determinar sua implementação com base apenas na Constituição. A controvérsia não diz respeito aos direitos que já foram reconhecidos pelo legislador ordinário, hipótese em que, havendo falhas na

⁴ O termo *judicialização da política* passou a integrar o vocabulário do direito e das ciências sociais a partir da obra de TATE, TORBJÖRN, 1995, que utilizam o termo para designar dois fenômenos: i) o processo de ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário no domínio das políticas públicas pela via do *judicial review* e ii) o processo pelo qual métodos e regras próprios dos processos judiciais passam a integrar os procedimentos do Executivo e do Legislativo.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE nº 271286 AgR*, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24/11/2000. “[...] sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

execução das políticas legalmente previstas, o Judiciário intervém apenas para determinar sua efetivação.

O desafio está em definir quais são os limites da aplicação direta de comandos constitucionais no contexto de recursos materiais limitados, no qual o papel do Judiciário não depende apenas de condições normativas dadas pelas instâncias tradicionais de representação democrática, mas também das condições fáticas e avaliações técnicas, com impactos importantes na gestão dos serviços públicos. A discussão inesgotável – para a qual pretendo dar uma contribuição modesta e preliminar – refere-se a se e como o Judiciário pode interferir na implementação dos direitos sociais com base diretamente no texto da Constituição.

A tendência maximalista dos juízes em matéria de direitos prestacionais tem sido problemática em função de dois fatores:

1. A ausência de critérios minimamente uniformes para a solução de problemas envolvendo direitos sociais prestacionais⁶; e
2. A pouca interlocução e cooperação entre os órgãos do Judiciário e os gestores das políticas públicas. No campo doutrinário, como se disse, é perceptível um movimento pendular em direção a uma leitura mais restritiva da exigibilidade dos direitos sociais. Muitas dessas leituras restritivas apoiam-se em objeções à judicialização de direitos sociais, com foco especial em matéria de saúde e fornecimento de medicamentos.

Buscarei, aqui, formular críticas às críticas à judicialização, sem deixar de levá-las a sério e reconhecê-las como referencial importante para a construção de um modelo mais racional. Minha hipótese é de que – em vista do aumento vertiginoso da judicialização dos direitos sociais – as objeções à intervenção do Judiciário em questões envolvendo políticas públicas promovem um exame seletivo das falhas e inconsistências do tratamento judicial da questão, partindo de uma visão idealizada quanto à eficiência, racionalidade e equidade na distribuição dos serviços públicos (BARROSO, 2008; SARMENTO, 2008; SOUZA NETO, 2008). Várias dessas críticas centram-se nos efeitos nefastos da judicialização, subvalorizando os impactos positivos desse fenômeno na

⁶ Por desbordar do foco principal deste ensaio, não me ocuparei dos standards de interpretação de forma sistematizada. Alguns autores já formularam reflexões interessantes sobre a construção de parâmetros interpretativos. Neste sentido, v. SOUZA NETO, 2006a e SARMENTO, 2008. Minhas pontuais divergências são expostas ao longo deste ensaio

construção de políticas inclusivas. Pretendo desenvolver a tese de que, na construção de parâmetros racionais para a intervenção judicial no domínio dos direitos sociais, não se pode superestimar os efeitos negativos da intervenção judicial nem subestimar sua capacidade corretiva essa seara.

CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS, SEUS FUNDAMENTOS E ENQUADRAMENTO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM BREVE PANORAMA

A definição dos direitos sociais tem sido objeto de produção dogmática extensa e sofisticada. Entre as múltiplas abordagens, destacam-se habitualmente cinco aspectos na sua qualificação:

1. Serem historicamente posteriores aos direitos de liberdade;
2. Serem pressupostos para a efetiva fruição da liberdade;
3. Estarem conectados à promoção da igualdade material, à subsistência e à dignidade humana;
4. Gerarem obrigações estatais, funcionando como “direitos-crédito”;
5. Dependem, para sua implementação, de dispêndios financeiros. Tais características são associadas aos diversos direitos tradicionalmente entendidos como sociais, tais como o direito à educação, à saúde, ao trabalho em condições dignas, à previdência, à moradia, ao saneamento e à alimentação⁷. Trato brevemente, a seguir, de cada um desses aspectos.

APARECIMENTO TARDIO

Sob a perspectiva histórica, os direitos sociais costumam ser apresentados como adições ulteriores às liberdades clássicas, que, isoladamente protegidas, não foram suficientes para combater as diversas formas de servidão. Seguindo essa linha, eles são apontados como integrantes da chamada segunda geração dos direitos humanos⁸ – que

⁷ Nesse sentido, por exemplo, o artigo 6º da Constituição Brasileira prevê: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

⁸ A organização dos direitos em gerações foi feita por Karel Vasak em palestra de 1979, proferida no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo - França. O autor associou a

sobreveio após a primeira geração, formada pelos direitos civis e políticos conquistados nas revoluções liberais e democráticas. Eles seriam, segundo essa descrição biográfica, consequências naturais das demandas por inclusão social e igualdade que eclodiram no período que sucedeu a Revolução Industrial⁹.

É interessante notar como essa conhecida narrativa cronológica, apoiada na história dos direitos humanos das democracias europeias, não é passível de universalização e não corresponde ao processo de afirmação desses direitos entre nós.

O sociólogo britânico Thomas H. Marshall produziu um famoso ensaio, publicado em 1950, no qual associa as várias dimensões da cidadania à sequência da aquisição dos direitos na Inglaterra. Em linha semelhante à descrição do processo de reconhecimento dos direitos humanos em gerações, ele explica que os cidadãos nas democracias europeias conquistaram gradualmente os três tipos de direitos necessários ao exercício da cidadania. No século XVIII, foram afirmadas as liberdades clássicas. No século XIX, o avanço do governo parlamentar adicionou os direitos políticos e, apenas no século XX, direitos sociais como educação, saúde, renda mínima e aposentadoria foram contemplados (MARSHALL, 1967, p. 87-104).

No Brasil, entretanto, essa aquisição não se operou cumulativa e progressivamente. Como mostrou o historiador José Murilo de Carvalho em obra fundamental, as três dimensões da cidadania (direitos civis, políticos e sociais) não se afirmaram no Brasil de forma encadeada e linear, gerando assim uma cidadania

evolução histórica dos direitos humanos aos ideais da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade). Assim, afirmou que a primeira geração protegeria os direitos humanos como direitos de liberdade, abrangendo os direitos civis e políticos; a segunda geração os protegeria como direitos de igualdade, abarcando os direitos sociais, culturais e econômicos, sendo marca desta geração o caráter prestacional dos direitos; e a terceira geração os protegeria como direitos de fraternidade, envolvendo os direitos transindividuais, como o direito ao meio ambiente. Atualmente, alguns autores falam em outras gerações de direitos. Paulo Bonavides, por exemplo, defende a existência de uma quarta geração de direitos, os quais estariam ligados à globalização política na esfera da normatividade jurídica. Assim, o autor enquadra nesta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, p. 570-572). Para uma detalhada reconstrução histórica dos Direitos Humanos, v. SARLET, 2009, p. 36-57.

⁹ Há, todavia, quem indique origens mais remotas dos direitos sociais. Nesse sentido, relata-se que, na Prússia e na Baviera, a ideia de que o Estado devia ter preocupação com a felicidade e o bem-estar de seus súditos remonta ao século XVII (DAVIS, p. 1021). Outro antecedente importantíssimo é a Constituição francesa de 1793, que estabelecia a igualdade como um direito natural (art. 3), proclamava que os socorros públicos são um débito sagrado e a sociedade tem o dever de assistir os desamparados, “garantindo meios de subsistência aos desprovidos de condições de trabalhar” (art. 21), bem como fazia referência à educação como necessidade de todos (art. 23). No Brasil, a Constituição de 1824, possivelmente inspirada na declaração francesa, fez referência aos socorros públicos.

inconclusa (CARVALHO, 2002). Ele aponta como a sequência apresentada por Marshall aqui aconteceu de forma invertida. Os direitos sociais foram estabelecidos na década de 30, durante a ditadura de Getúlio Vargas, período em que houve severo cerceamento dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, no Brasil, as prestações sociais foram concedidas para compensar o autoritarismo, numa fórmula nefasta de paternalismo social.

FUNCIONALIDADE EMANCIPATÓRIA

A principal justificativa funcional para a criação e a proteção dos direitos sociais é amparada na insuficiência do conceito de liberdade como não interferência, noção que, levada ao extremo, permitia que crianças de nove anos trabalhassem nas minas de Manchester por dezesseis horas diárias. No limiar do século XX, vários textos constitucionais deixam de conceber a lei e o Estado como sinônimos de opressão, encarando-os como meios de proteção da autonomia e promoção de condições de vida dignas. Essa mudança de concepção é sintetizada na célebre frase do monge Henry de Lacordaire (em sermão no qual falara sobre o trabalho aos domingos): “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que emancipa”¹⁰ (LACORDAIRE apud FIERENS, 2014, p. 9). Esse enfoque está inserido no processo de releitura do próprio liberalismo, rejeitando que a liberdade seja invocada para legitimar a exploração. Os direitos sociais, nesse prisma, operam como mecanismos de promoção de condições de exercício das liberdades clássicas e dos direitos políticos. A ideia subjacente é a de que, sem um padrão mínimo de subsistência, não se pode fazer escolhas, seja na esfera privada, seja no campo político¹¹.

OS DIREITOS SOCIAIS COMO EXPRESSÃO DA IGUALDADE MATERIAL E DA VIDA DECENTE

Os direitos sociais são conectados à igualdade em sua dimensão material – pois se ligam estreitamente às assimetrias e vulnerabilidades sociais –, bem como se ligam à

¹⁰ «Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit».

¹¹ Sobre a evolução do liberalismo veja-se MERQUIOR, 2014. Na linha da síntese liberal que pressupõe um piso mínimo de proteção social para a efetiva fruição da liberdade, veja-se, ainda, ESPADA, 1995 e TORRES, 1989.

noção de dignidade humana, conceito que emergiu como síntese da ideologia dos direitos humanos na segunda metade do século XX.

O vínculo dos direitos sociais com o valor da igualdade decorre da sua origem nas lutas operárias contra a exploração e, ainda, da dimensão redistributiva e comunitária que encerram.

Nesse aspecto, fica clara a tensão dialética que se estabelece entre tais direitos e o ideário de matriz liberal clássica. De um lado, o estabelecimento de redes de proteção social coopera para o incremento do poder de autodeterminação das pessoas. Em contrapartida, o aparato estatal e as interferências legislativas necessárias para a realização dos direitos sociais entram em atrito com a dimensão da liberdade como não interferência.

No constitucionalismo contemporâneo, o valor da igualdade guarda conexão com os direitos sociais em múltiplos enfoques. Eles se relacionam à realização da igualdade como pressuposto da democracia e como premissa básica da realização do Estado de Direito (VIEIRA, 2007). A realização dos direitos sociais liga-se ainda a elementos centrais da igualdade material, como igualdade de chances – como ponto de partida – e da igualdade de resultados, como ponto de chegada (AÑÓN, 2003, p. 91).

Sua conexão com a ideia de dignidade é também clara. O conceito de dignidade humana tem um alcance que transcende a imposição de ações estatais voltadas à garantia de direitos sociais, mas está fortemente estabelecida a relação entre as prestações mínimas e a garantia de uma “vida decente”. A Corte Constitucional alemã estabeleceu essa relação quando reconheceu que:

A assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social [...]. Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. (MARTINS, 2005, p. 828)

Na fundamentação substantiva dos direitos sociais, a noção de igualdade funciona como um dos pressupostos da dignidade humana, calcada do valor tanto na

dimensão do reconhecimento (que dialoga com a vertente material da igualdade), como do valor intrínseco do ser humano (que está na base da noção de igualdade formal)¹².

OS DIREITOS SOCIAIS DEFLAGRAM OBRIGAÇÕES DE AGIR, FUNCIONANDO COMO DIREITOS-CRÉDITO

Outra característica habitualmente relacionada aos direitos sociais é a circunstância de eles reclamarem ações positivas do Estado. Nas visões mais ortodoxas, esse seria um elemento relevante de diferenciação com os direitos de liberdade, que constituiriam meros comandos negativos (não expropriar, não prender arbitrariamente, não censurar etc.). Esse traço dos direitos sociais seria decisivo para a imposição de um regime jurídico distinto.

Se, de um lado, é verdade que os direitos sociais funcionam predominantemente como direitos de crédito em face do Estado, de outro, é reducionista e simplista a visão de que os direitos de liberdade reclamam meras abstenções. As modalidades de comportamento que os variados direitos exigem do Estado e de terceiros comportam variações tipológicas e de gradação, mas todos os direitos são multifuncionais, reclamando tanto abstenções como ações positivas para serem efetivados.

Com efeito, nenhum direito pode ser assegurado sem a montagem de estruturas institucionais e sem o dispêndio de recursos materiais. Para tutelar as várias liberdades e proteger os bens jurídicos a elas atrelados, o Estado deve criar inúmeras salvaguardas legais e montar sofisticadas estruturas burocráticas que assegurem sua implementação (tais como a polícia, os tribunais e agências de fiscalização). Os direitos políticos, por sua vez, também apresentam uma estrutura complexa. Encerram o dever do Estado de abster-se de obstruir a participação no processo político e, ao mesmo tempo, pressupõem a criação de órgãos e procedimentos que viabilizem a participação dos indivíduos na formação da vontade estatal.

Quanto aos direitos sociais, embora tenham como nota característica o fato de reclamarem variadas ações positivas do Estado, também possuem uma dimensão negativa. O direito à saúde, por exemplo, encarta a exigência de que o Estado se abstenha de promover políticas lesivas à saúde dos cidadãos. O direito à educação, por

¹² Sobre o princípio da dignidade na teoria constitucional, vejam-se, por todos BARROSO, 2012 e SARLET, 2012.

seu turno, pressupõe que o Estado não crie obstáculos irrazoáveis no acesso aos bens culturais, bem como o direito à moradia interdita a adoção de políticas urbanas que representem a remoção arbitrária de habitantes de comunidades estabelecidas.

Em vista dessa complexidade, uma outra tentativa de classificar os direitos fundamentais os divide sob o ângulo funcional. De acordo com essa perspectiva, os direitos podem ser tratados como direitos de defesa, como direitos de participação ou direitos à prestação (SARLET, 2009, p. 159-207).

Essas classificações – a despeito de sua utilidade – não podem ser utilizadas como parâmetro absoluto para definir os direitos. Qualquer tentativa de enquadrar conceitualmente os direitos sociais deverá estar amparada em critérios de preponderância, não em referenciais estanques relacionados ao tipo de atuação exigida do Estado.

É certo, porém, que o problema da limitação dos recursos materiais afeta de forma muito mais intensa e evidente os direitos sociais na sua dimensão prestacional. Paralelamente, despesas advindas da solução no Judiciário para as lesões individuais a tais direitos são, normalmente, mais visíveis e apuráveis.

OS DIREITOS SOCIAIS DEPENDEM, PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO, DE DISPÊNDIOS FINANCEIROS

O ponto de vista embutido nessa descrição é que os direitos de liberdade têm repercussões financeiras pequenas, enquanto os direitos sociais são altamente onerosos. Por consequência, os regimes jurídicos de tais direitos devem ser distintos. Ocorre que essa concepção, aparentemente descritiva, encerra a premissa normativa de que o atual esquema de distribuição dos recursos públicos deve permanecer inalterado. Como destacou Waldron (1993, p. 580), afirmar que falta dinheiro para a realização de direitos sociais quer dizer apenas que é “politicamente muito difícil arrecadar”.

Como afirmei no tópico anterior, não apenas os direitos sociais, mas também os direitos liberais clássicos dependem de um bom funcionamento de estruturas

sofisticadas no aparato estatal. Um Estado sem recursos financeiros não tem como assegurar o direito de ir e vir, nem a propriedade privada, nem o direito de se expressar. A polícia e os tribunais, que são estruturas tradicionalmente voltadas para a salvaguarda dos direitos negativos, consomem uma quantidade enorme de recursos públicos (GARGARELLA, 1998; SUNSTEIN, 2000).

Por fim, esse aspecto está intrinsecamente conectado às estruturas sociais subjacentes. Em um contexto de prosperidade econômica e baixa desigualdade, os custos dos direitos sociais serão menos impactantes do que nos contextos desigualitários. Paralelamente, em sociedades profundamente iníquas, as assimetrias de poder privado e os altos índices de violência fazem com que mesmo liberdades básicas, como a liberdade de expressão e a liberdade de ir e vir, dependam de uma atuação positiva e onerosa por parte do Estado.

No entanto, a relevância econômica tem uma visibilidade mais acentuada nos direitos sociais. A razão dessa maior visibilidade pode radicar na circunstância de que, apesar de todos os direitos fundamentais dependerem de políticas públicas abrangentes, certos direitos sociais, como o direito à saúde e o direito à educação, são fruídos individualmente. No caso da saúde, há ainda um elemento agravante. É possível mensurar o custo individual do tratamento dispensado ao cidadão. Enquanto muitos serviços públicos relacionados aos direitos de liberdade são prestados de forma universal (*uti universi*) e indivisível, como é o caso da segurança pública, inúmeros serviços relacionados aos direitos sociais, como saúde, educação, assistência social, são prestados *uti singuli*, de modo que os usuários são determinados e o custo da fruição do direito é mensurável para cada titular. Nesse contexto, eventuais desníveis no dispêndio de dinheiro público são mais perceptíveis no caso das prestações sociais do que em relação àquelas que são, em tese, de fruição comum, como segurança pública.

Essa circunstância gera inquietações sob a ótica da justiça distributiva. Ela está na base das principais críticas deduzidas à judicialização desses direitos. Tanto assim que, quando o Judiciário assegura um direito negativo, essa intervenção não costuma ensejar a objeção de que sua salvaguarda promove a desigualdade entre os que recorreram à solução judicial e os que não o fizeram. Retornarei a esse ponto mais adiante.

A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A premissa elementar em que se ampara a discussão sobre o regime jurídico dos direitos sociais tem como ponto de partida sua qualificação como direitos fundamentais dotados de proteção jurídica reforçada. O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais pode ser abordado em dois planos distintos: i) no plano ético-filosófico, a partir de argumentos que justifiquem sua relevância valorativa; e ii) no plano jurídico-formal, mediante sua positivação em documentos internacionais e nos textos constitucionais. No primeiro ângulo, está em pauta a fundamentalidade material do direito, atributo que pressupõe avaliar seu grau de importância axiológica. No segundo ângulo, enfoca-se a fundamentalidade formal dos direitos, que está presente nas hipóteses em que tenham sido qualificados como tais pela ordem constitucional (SARLET, 2009, p. 74-78) (PEREIRA, 2006, p. 76-77).

Quanto à fundamentalidade material dos direitos, na filosofia constitucional contemporânea, é predominante a ideia de que direitos sociais são dotados de elevada importância axiológica, devendo ser entendidos como direitos fundamentais indivisíveis dos demais. O reconhecimento dessa interdependência recíproca entre os direitos, como abordei, é resultado de um longo processo de afirmação histórica. Os direitos sociais aparecem na trajetória dos direitos humanos como os “outros direitos”, ou os direitos que “vêm depois” (PELÁEZ, 1994, p. 15), para suprir as insuficiências do Estado liberal. Eles contêm a ambiguidade de terem emergido em tensão com as liberdades clássicas, e ao mesmo tempo, serem imprescindíveis para sua realização. É possível intuir que o reconhecimento da ideia de dignidade humana como o eixo em torno do qual gravitam os diversos direitos humanos cooperou decisivamente para a afirmação da existência de uma conexão simbiótica entre liberdade, igualdade e prestações para garantir uma vida decente¹³.

O reconhecimento da fundamentalidade material dos direitos sociais se relaciona à visão, hoje disseminada, de que a dignidade humana é poliédrica. No constitucionalismo atual, os vastos catálogos de direitos humanos são construídos como

¹³ Utilizando o conceito de vida decente como conceito central na fundamentação dos direitos sociais, confira-se FABRE, 2000.

redes interligadas, nas quais uns não subsistem logicamente sem os outros. A ideologia dos direitos concebe liberdade, igualdade, dignidade e democracia como forças que atuam em sinergia, razão por que os esquemas e divisões tradicionais já não funcionam como no passado.

É certo, porém, que a qualificação dos direitos sociais como materialmente fundamentais, por si só, não nos dá a resposta sobre em que medida e com que intensidade devem ser juridicamente protegidos. Essa análise pressupõe uma posição sobre a razão por que tais direitos são relevantes para a construção de uma sociedade justa. Não há, assim, resposta uniforme quanto ao grau e forma de proteção desses direitos. Como é possível deduzir, as respostas possíveis à indagação sobre se e em que proporção os direitos sociais devem ser tutelados dependem das variadas concepções de justiça. Cada modelo filosófico que dite parâmetros sobre as relações entre Estado e sociedade dará uma resposta diferente para essa questão, de acordo com a concepção de bem que assumir. Alguns priorizam a cooperação desses direitos para o incremento da liberdade, outros, da democracia, outros à igualdade e à dignidade¹⁴. No sentido da fundamentalidade material dos direitos sociais, como resultado da unidade de propósitos que informa o reconhecimento dos direitos humanos em geral, é precisa a síntese de Gregorio Peces-Barba:

Os direitos, junto com os valores e os princípios, formam parte do conteúdo de justiça de uma sociedade democrática moderna e têm como objetivo último ajudar a que todas as pessoas possam alcançar o nível de humanização máximo possível, em cada momento histórico. São meios para que a organização social e política permita o desenvolvimento máximo das dimensões que configuram nossa dignidade, quer dizer, para que possamos eleger livremente, para que possamos construir conceitos gerais e refletir, para que possamos nos comunicar, transmitir a semente de cultura como obra do homem na história, e para que possamos decidir livremente nossa moralidade privada, nossa idéia de bem, de virtude, da felicidade ou da salvação, segundo seja o

¹⁴ Desbordaria dos limites desse artigo uma enumeração das variadas fundamentações filosóficas dos direitos sociais. As linhas de argumentação prevalentes conectam sua proteção à fruição da liberdade e à participação política (ALEXY, 1997, p. 484 e ss.; RAWLS, 2002, p. 215-216; RAWLS, 2000, p. 50; MICHELMAN, 1973; TORRES, 2009; HABERMAS, 1996, p. 150; SOUZA NETO, 2006a; GUTMANN, 1998, p. 210 e ss., FABRE, 2000). Nas teorias liberais-igualitárias e democráticas, predomina a noção de que os direitos sociais devem ser protegidos por cumprirem uma função instrumental, que é a de fornecer condições materiais mínimas para a fruição efetiva dos demais.

ponto de vista em que nos situemos. (MARTÍNEZ, 1999, p. 62)

No plano jurídico-formal, a Constituição brasileira fez uma escolha clara em qualificar os direitos sociais como fundamentais. Eles estão contemplados no Capítulo II, do Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Essa localização manifesta, de forma bastante evidente, a decisão constituinte de reconhecer sua fundamentalidade. Em acréscimo, o art. 5º, § 2º estabelece uma cláusula de abertura que permite identificar direitos fundamentais em outros setores do texto constitucional, hipótese em que o critério material funcionará como ferramenta de atribuição de um status diferenciado aos direitos fora do catálogo. E, por fim, o Brasil é signatário de convenções internacionais que reconhecem tais direitos¹⁵, e a Constituição confere status constitucional aos tratados¹⁶. Todos esses elementos apontam no sentido de que a Carta de 1988 não estabelece um regime jurídico distinto para os direitos sociais e os direitos de liberdade. Essa decisão constituinte encarta o desdobramento lógico de tratá-los, no plano metodológico, de forma tendencialmente uniforme.

Apesar da clareza textual da decisão política constituinte, são muitas as discussões na doutrina nacional relacionadas aos mecanismos para o tratamento jurídico desses direitos. Por envolver problemas de redistribuição e divisão de recursos

¹⁵ Atualmente, fortaleceu-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos deve transcender o domínio estatal. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi um marco no tema, destacando a universalidade e indivisibilidade de tais direitos. Assim, tratados internacionais passaram a tratar sobre direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966. Além disso, no campo dos direitos sociais destaca-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que foi incorporado pelo Brasil em 1992 por meio do Decreto nº 591, de 06 jul. 1992. Tal Pacto reconhece, dentre outros, os direitos à saúde e à educação, além de exigir a adoção de medidas concretas pelos Estados signatários no sentido assegurar o pleno exercício dos direitos reconhecidos pelo Pacto (Art. 2(1)). A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 1969, incorporada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 06 nov. 1992, também traz previsões sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Para uma análise do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com destaque para os direitos sociais, v. PIOVESAN, 2009

¹⁶ O § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, inserido pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, prevê que os Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados segundo o rito constitucional têm status constitucional. Com isso, passou-se a entender que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à inserção do dispositivo não poderiam, de um lado, ser comparados às normas constitucionais, mas, de outro, teriam caráter especial em relação aos demais tratados. Além disso, em virtude deste caráter especial, não seria mais aceitável a tese que pugnava pelo status legal de tais tratados. Logo, tem-se o seguinte cenário: os tratados de direitos humanos aprovados segundo o rito constitucional qualificado têm status constitucional, ao passo que os que forem aprovados segundo o rito ordinário, terão status infraconstitucional, mas supralegal, isto é, estarão acima das leis, mas abaixo da Constituição. O STF solidificou este entendimento no julgamento conjunto do RE 349.703, do HC 87.585, do HC 92.566 e do RE 466343. Uma análise do histórico das teses defendidas sobre a hierarquia dos tratados e o atual entendimento sobre o tema podem ser conferidos em MENDES, BRANCO, 2013, p. 589-605.

limitados, a hermenêutica dos direitos sociais é fortemente influenciada pelas premissas ideológicas do intérprete, e, no caso brasileiro, essa interligação fica particularmente clara. Como um possível fator de influência, é interessante notar que vários países que inspiraram nossa trajetória constitucional não elevaram os direitos sociais à categoria de direitos constitucionalmente enumerados, nem tampouco lhes conferiram explicitamente fundamentalidade e proteção jurídica reforçada. Nos Estados Unidos, direitos e princípios relacionados ao Estado Social sequer constam da bicentenária Constituição, que, envelhecida e desconectada da realidade que a circunda, permanece como uma relíquia do liberalismo oitocentista¹⁷. Daí resulta, por exemplo, o extremo atraso daquele país em questões já resolvidas em outras democracias maduras, como a estruturação do sistema de saúde (BLACKMAN, 2013). Na Europa, muitas constituições não contemplam explicitamente direitos sociais, ou os enunciam de forma oblíqua e indeterminada, ou não lhes conferem o mesmo status de proteção dos direitos de liberdade (SARLET, 2013b, p. 535). Nesses países, a definição e o alcance dos direitos sociais dependem da edição de leis que os concretizem ou, em cenários de ativismo judicial, que os tribunais construam direitos subjetivos a partir de cláusulas abertas ou como dimensões prestacionais das liberdades clássicas. Foi, por exemplo, o que ocorreu na Alemanha, onde o direito fundamental à previdência foi extraído do direito de propriedade¹⁸. Hoje, os países que oferecem modelos interessantes de comparação com o Brasil são África do Sul e Colômbia. Esses países, como o Brasil, positivaram direitos sociais nas suas Constituições, têm ordens sociais acentuadamente desiguais e vivenciaram, na última década, um processo de expansão do Poder Judiciário¹⁹.

Por fim, cabe abordar a discussão em torno do conceito de mínimo existencial, largamente usado como base na construção da fundamentalidade dos direitos sociais e como métrica de sua exigibilidade jurídica. A complexidade dessa categoria – que busca conferir alguma densidade ao vago conteúdo dos direitos sociais – é diretamente

¹⁷ Sobre a necessidade de uma carta de direitos sociais para os Estados Unidos confira-se. SUNSTEIN, 2006.

¹⁸ Veja-se SARLET, 2007.

¹⁹ A Índia não possui um catálogo de direitos sociais. Naquele país, a Constituição prevê, na Parte IV, Princípios Diretivos de Política do Estado, dentre os quais encontram-se previsões sobre saúde e educação, por exemplo (Arts. 41 e 45-47). Porém, o art. 37 veda a possibilidade de os Princípios da Parte IV serem exigidos judicialmente. Todavia, a partir da década de 80 a Suprema Corte Indiana passou a conferir uma leitura ampla dos direitos à vida e à liberdade pessoal, os quais são passíveis de controle judicial (SARMENTO, 2008).

proporcional à importância que ostenta no debate acadêmico e na jurisprudência. No plano mais geral, a ideia de mínimo existencial relaciona-se ao entendimento dos direitos sociais como fórmulas para atender necessidades humanas básicas, visando a garantir a autonomia existencial e a dignidade do indivíduo²⁰. Assim como em relação aos direitos sociais genericamente considerados, variadas posições filosóficas podem ser empregadas para fundamentar a noção de um mínimo vital exigível do Estado. Sob o ângulo instrumental, ele é justificado a partir da noção de que uma rede de proteção existencial mínima é pressuposto para a fruição da autonomia e para a participação política. Sob um viés substantivo, ele se ampara na ideia de que o valor inerente à pessoa humana é uma exigência independente que justifica sua proteção²¹. Em sociedades plurais e heterogêneas, como a brasileira, a adoção de uma linha de fundamentação do mínimo vital não precisa nem deve excluir as demais. Considerando a natureza compromissória e o hibridismo ideológico da Constituição de 1988, que coloca em patamares equivalentes o valor da pessoa, a liberdade e a democracia, penso que a melhor opção é conjugar as fundamentações funcionais e as substantivas, estruturando uma fundação mista para lastrear o direito ao mínimo existencial no direito brasileiro.

O conceito em questão, como vários outros da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, foi formulado na Alemanha no prolífico período que se seguiu à edição da Lei Fundamental de 1948. A primeira referência ao mínimo existencial no debate brasileiro aparece no trabalho seminal de Ricardo Lobo Torres, que – formulando uma teoria extremamente restritiva do alcance dos direitos prestacionais na Carta de 1988 – usou a categoria como referencial para definir que apenas os direitos sociais atrelados ao mínimo existencial seriam fundamentais (TORRES, 1989).

Como informa Ingo Sarlet, o primeiro autor a sustentar um direito a um mínimo de segurança social como pressuposto da dignidade humana foi Otto Bachoff, no início da década de 1950²². Logo em seguida, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha

²⁰ Sobre a fundamentação dos direitos sociais como necessidades veja-se PELÁEZ, 1994, p. 41 e ss.

²¹ Sobre as fundamentações instrumentais e substantivas do mínimo existencial veja-se, SARMENTO, 2008, p. 575.

²² Sarlet esclarece que Bachoff “considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por

o utilizou, e, alguns anos mais tarde, a Corte Constitucional endossou o entendimento²³. A ideia de um mínimo existencial como desdobramento da dignidade humana tem sido adotada em diversos países, podendo ser considerada uma formulação com tendência transnacional. Nesse sentido, o conceito aparece na jurisprudência de países como Colômbia²⁴, Portugal²⁵, México²⁶ e África do Sul²⁷. No Brasil, há precedentes do STF²⁸ e do STJ empregando a teoria do mínimo existencial.

Entre nós, as abordagens doutrinárias sobre o tema do conteúdo essencial são numerosas e diversificadas, estando conectadas ao tipo de compreensão que os autores possuem sobre o alcance e vinculatividade das normas sociais de conteúdo mais aberto. Tratarei das múltiplas visões sobre a justiciabilidade dos direitos sociais no tópico a seguir.

Ressalto, porém, que é importante lançar luz sobre um aspecto decisivo no tratamento dogmático e jurisprudencial do mínimo vital. Como mencionei, trata-se de um conceito que ingressou em nosso sistema a partir do fenômeno das migrações de ideias constitucionais (CHOUDHRY, 2006, p. 1-35). Quando isso ocorre, é imprescindível dar especial atenção às diferenças de contexto e referencial normativo em que a categoria absorvida se insere. Nessa linha de argumentos, importante trabalho

esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.” (SARLET, 2013a, p. 31).

²³ BVerfGE 40, 121.

²⁴ A primeira decisão sobre o tema na Jurisprudência Colombiana é de 1992 (Sentencia T-426 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)). Posteriormente, houve uso reiterado e abrangente do conceito. Sobre o tema, v. ARANGO, LEMAITRE, 2002.

²⁵ O Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão nº 509 de 2002, declarou a inconstitucionalidade de norma que retirava os jovens de 18 a 25 anos de idade direito ao rendimento social de inserção, sob o fundamento de que existe “o direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas nos artigos 1º, 2º e 63º, n. 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa”. Sobre o tema, VIEIRA DE ANDRADE, 2004.

²⁶ O conceito foi aplicado em matéria fiscal, como limite de ação ao legislador tributário. Sobre o tema, vejam-se *Amparos en Revisión* nº 1780/2006 e nº 811/2008. Disponível em: <<http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=114032&SeguimientoID=274>>. Acesso em: 03 out. 2015.

²⁷ Uma análise do conceito na jurisprudência da África do Sul pode ser conferida em YOUNG, 2008; PILLAY, 2012.

²⁸ No ARE 639337 AgR, o STF afirmou que a cláusula da reserva do possível não poderia ser invocada em face da garantia do mínimo existencial, que resulta, de forma implícita, de determinados preceitos constitucionais. Assim, o Supremo manteve sentença recorrida que reconheceu o direito de que crianças tenham acesso à educação infantil em unidades de ensino próximas de sua residência ou endereço de trabalho de seus responsáveis legais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJ 15/09/2011).

de Andreas Krell aponta, em crítica aguda e acertada, como conceitos da dogmática alemã foram transpostos por autores brasileiros para o debate nacional com seus propósitos contrários, sem que essa inversão fosse explicitada (KRELL, 1999).

A noção de mínimo existencial foi construída na jurisprudência alemã como uma adição, uma agregação aos direitos de liberdade, como um desdobramento lógico que viabilizou sua exigibilidade em juízo. A Constituição germânica, de onde o conceito foi colhido e transplantado, não tem um catálogo de direitos sociais. Por isso, a noção de mínimo existencial foi construída a partir de uma leitura instrumental dos outros direitos enumerados, criando novos direitos subjetivos como apêndices necessários à realização das liberdades. Na Carta de 1988, diversamente, os direitos sociais encerram escolhas políticas substantivas autônomas. Eles não foram consagrados como meras ferramentas necessárias à promoção da liberdade, mas como autênticas decisões político-constituintes. Nesse processo de migração, um conceito-cimento, que fora concebido para edificar direitos fora do catálogo, converteu-se em conceito-tesoura, usado para comprimir o alcance jurídico dos direitos sociais constitucionalizados²⁹.

Não quero com isso afirmar que os conceitos jurídicos, ao transitarem entre países, precisam manter sua conformação original. Entretanto, esse processo de adaptação impõe, na medida do possível, o compartilhamento das informações relevantes sobre seu contexto de origem³⁰, especialmente quando se trata de um conceito fluido de configuração altamente influenciável pela matriz ideológica de quem o manipula. A abordagem desses elementos liga-se a um propósito de sinceridade e transparência metodológica. Voltarei a esse assunto no tópico a seguir, em que esclareço as três principais correntes nacionais sobre a justiciabilidade dos direitos sociais.

TRÊS CORRENTES SOBRE A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS

Paralelamente às discussões sobre a definição e a fundamentalidade dos direitos sociais, e de forma estreitamente interligada, surgem as controvérsias sobre se tais direitos são “justiciáveis”, ou seja, se as prestações necessárias para sua realização

²⁹São exemplares dessa abordagem as obras de TORRES, 2009 e BARCELLOS, 2008, que abordo no tópico subsequente.

³⁰ Nesse sentido veja-se o excelente trabalho de FREIRE, 2014.

podem ser exigidas em juízo como direitos subjetivos. O problema não abarca direitos que já foram concretizados por meio de leis ordinárias e que, portanto, já se tornaram exigíveis segundo a fórmula ortodoxa de fabricação de direitos subjetivos. O núcleo da controvérsia reside em saber em que medida o judiciário pode extrair direitos a prestações diretamente de cláusulas constitucionais e determinar, de forma coercitiva, sua implementação pelo Estado.

Essa questão tem como núcleo um problema de competência, relacionando-se à divisão de tarefas que deflui da fórmula da separação de poderes. Em outras ordens jurídicas, onde direitos sociais não foram catalogados, o problema envolve o uso de acentuada criatividade judicial. No Brasil, todavia, houve constitucionalização explícita desses direitos, de modo que o reconhecimento de sua força jurídica e a conversão dos comandos constitucionais em prestações concretas envolve um grau menor de criação no reconhecimento judicial desses direitos³¹.

A produção acadêmica sobre o tema é extensa e envolve abordagens muito variadas. Não seria viável, nos estreitos limites desse trabalho, fazer um inventário de todas elas e de suas particularidades e diferenças. Para facilitar a compreensão das críticas à judicialização, de que me ocupo no tópico a seguir, cumpre fazer o registro das três principais correntes doutrinárias em matéria de justiciabilidade dos direitos sociais.

A TESE DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, vários autores, entusiasmados com sua potencialidade de transformação, sustentaram teorias preconizando sua máxima efetividade e endossando a possibilidade de judicialização

³¹ Isso não significa que intervenções judiciais criativas de relevo sejam inexistentes nesse campo. O fenômeno pode ser ilustrado especialmente através das chamadas sentenças aditivas de prestação, assim compreendidas as que estendem o acesso a um direito, cuja implementação imponha gastos públicos a grupo não contemplado no relato normativo abstrato, com fundamento na isonomia. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decisão nesse sentido foi tomada em julgado relativo à pensão por morte dos dependentes de servidores do estado de Minas Gerais. De acordo com lei desse ente federado, consideram-se dependentes do segurado a esposa e o marido, porém esse último, apenas se inválido. Rejeitando tese de que seria necessária a edição de lei específica disciplinando o direito a pensão por morte devida a cônjuge supérstite do sexo masculino não inválido, o STF decidiu pela extensão do tratamento conferido pela lei às viúvas aos viúvos dependentes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no RE nº 699199*, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ de 12/06/2015. Sobre as modalidades de sentenças aditivas, v. ELIA, 1985. Em língua portuguesa, sobre o tema das sentenças manipulativas e da criação judicial do direito, confira-se o excelente trabalho de GONÇALVES, 2015.

desses direitos. Essa linha visava a superar a concepção arcaica que conferia às normas programáticas caráter meramente proclamatório, dependendo de intermediação legislativa para surtir efeitos jurídicos. A premissa mais comum a essa tese é de que a aplicação de direitos sociais envolve um raciocínio silogístico similar ao aplicável a qualquer outro direito. Assim, se um direito está elencado na constituição, ele pode ser demandado em juízo e ter sua aplicação forçada. Essa concepção traz embutida uma postura esperançosa quanto à atuação do Judiciário como agente de realização das promessas constitucionais, mesmo que interferindo na gestão das políticas públicas e na aplicação dos recursos orçamentários³².

A ABORDAGEM MINIMALISTA

Um segundo grupo de posições é composto por teses que, por variadas razões, rejeitam ou limitam a patamares mínimos a intervenção do Judiciário na realização dos direitos sociais (AMARAL, 2009; GALDINO, 2005). Esse enfoque não crê que seja papel dos juízes promover a efetivação dos direitos sociais. Entende-se que são obstáculos à judicialização:

1. A circunstância de as normas que contemplam direitos sociais terem textura aberta, deixando às instâncias de representação a tarefa de definir os meios de efetivação;
2. O fato de a implementação destes direitos gerar custos financeiros importantes; e
3. A circunstância de as decisões judiciais repercutirem na organização global das políticas públicas. Segundo essa leitura, os direitos sociais constitucionalizados em termos vagos dependem de interposição legislativa para se converterem em direitos subjetivos públicos.

Argumenta-se, também, que o instrumento por excelência de decisão sobre a distribuição de recursos limitados é o orçamento, que, como ato parlamentar, conta com um pedigree democrático. Como a materialização de direitos sociais envolve a alocação de recursos escassos, caberia ao povo, por meio de seus representantes, decidir como distribuí-los (AMARAL, 2009). A atuação do Judiciário nessa seara só poderia ser

³² São representativos dessa visão MELLO, 2011; PIOVESAN, 2010; KRELL, 1999; CLÈVE, 2003; BARROSO, 2000, p. 140.

realizada em situações limite, especialmente quando estivesse em questão a garantia do mínimo existencial. Ocorre que, na perspectiva minimalista, a própria noção de mínimo existencial é concebida de forma extremamente restritiva³³.

DIREITOS SOCIAIS COMO NORMAS VINCULANTES PRIMA FACIE

Uma terceira vertente, que conta com a adesão de parte substancial da doutrina brasileira, adota o entendimento de que a aferição do grau de exigibilidade dos direitos sociais depende da realização de uma ponderação de normas constitucionais, orientada pelo princípio da proporcionalidade³⁴. A proporcionalidade, aplicada aos direitos prestacionais e aos deveres de agir do Estado, funciona como a “vedação da proteção insuficiente”³⁵.

Entendo que essa é a abordagem mais adequada para a solução dos problemas constitucionais envolvendo tais direitos, pois permite levá-los a sério e, simultaneamente, ser prudente em relação às limitações fáticas de execução desses direitos e respeitar a margem de ação do legislador democrático.

Essa tese pressupõe que as normas de direitos sociais, assim como as que enunciam direitos de liberdade, possuem uma dimensão principiológica, encerrando comandos de otimização. Nessa ordem de ideias, elas determinam que algo deve ser realizado da melhor maneira possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas. Tal modelo trabalha com o instrumental teórico fornecido pela influente teoria dos princípios de Robert Alexy. No entanto, cabe notar que o modelo por ele sustentado

³³ Na teoria nacional, são representativas dessa leitura minimalista as posições de TORRES, 2009 e BARCELLOS, 2002, p. 247 e ss. Ricardo Lobo Torres afirma que os direitos sociais só são fundamentais naquilo que toca ao mínimo existencial. Ambos os autores sustentam só serem sindicáveis em juízo as prestações materiais atreladas ao mínimo existencial. Para Ana Paula de Barcellos, são exigíveis: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência em caso de necessidade e o acesso à justiça. Não compartilho dessa visão, seja por seu caráter excessivamente restritivo, seja pela impossibilidade de definir o conteúdo do mínimo existencial de forma abstrata.

³⁴ Os expoentes do modelo são ALEXY, 1997, p. 435 e ss. e seu discípulo BOROWSKI, 2003. Veja-se, ainda, KLATT. Entre nós, a tese é adotada, com variações, por SARLET, 2009, LEIVAS, 2006 e SARMENTO, 2008.

³⁵ A proporcionalidade surgiu, originariamente, como um parâmetro de avaliação de constitucionalidade das intervenções promovidas pelo Estado nos direitos fundamentais. É, assim, uma ferramenta hermenêutica voltada para o controle das ações estatais potencialmente violadoras de direitos. Não obstante, a proporcionalidade vem sendo empregada também como um instrumento de avaliação da legitimidade das omissões estatais, funcionando nesse caso como uma escala que determina em que medida o Estado deve agir para promover a proteção dos direitos fundamentais. Sobre o tema veja-se STRECK, 2005, p. 180; SARLET, 2005.

para os direitos sociais fundamentais – qualificados como direitos a prestações em sentido estrito – apoia-se em um lastro normativo substancialmente distinto do brasileiro. Como expliquei antes, a constituição alemã não contém um catálogo de direitos sociais, que foram construídos como desdobramentos das liberdades enumeradas. Assim, no modelo de Alexy, as ponderações das quais se extraem normas de direitos fundamentais sociais definitivas partem da premissa de que esses direitos defluem do princípio da liberdade fática, sendo que os direitos prestacionais *prima facie* que se constroem como conseqüências da liberdade são ponderados com o princípio democrático e com o princípio da margem de conformação do legislador. No Brasil, a aplicação desse esquema teórico pressupõe adaptações importantes.³⁶ Em nossa Constituição, os direitos sociais não se configuram apenas como comandos de otimização decorrentes da liberdade, mas ostentam status constitucional autônomo. Nesse cenário, a composição da equação ponderativa deverá seguir um arranjo diferente, na qual o peso atribuído ao direito social deverá levar em consideração a opção constitucional no sentido de protegê-lo. A vantagem da ponderação, como em outros contextos, é permitir um equilíbrio entre vinculatividade das normas constitucionais que enunciam direitos sociais e deferência às escolhas democráticas. Esse equilíbrio, porém, depende da formulação de critérios de sopesamento minimamente uniformes e previsíveis, tarefa ainda por realizar no constitucionalismo brasileiro.

REFLEXÕES SOBRE AS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

*Try telling him the subtle difference between
justice and contempt
Elvis Costello*

A discussão no Brasil sobre o alcance dos direitos sociais é uma tarefa inacabada. As críticas à atuação do Judiciário na promoção dos direitos sociais são variadas e volumosas. Ainda que as interpretações minimalistas desses direitos não sejam prevalentes – e que, nos tribunais, ainda prevaleçam as concepções maximalistas –, existe uma tendência em afirmar que os direitos sociais prestacionais devem ser “tirados

³⁶Em sentido semelhante, SARMENTO, 2008, p. 568.

das Cortes”³⁷. As objeções à judicialização dos direitos sociais amparam-se na formulação de críticas que não são irrelevantes, e merecem ser levadas a sério. Na análise que faço a seguir, parto da premissa de que a participação do Judiciário no processo de efetivação desses direitos se impõe como conseqüência da velha noção de “checks and balances” e da própria ideia de Estado de Direito. Paralelamente, tenho como ponto de partida as seguintes contingências do sistema brasileiro:

1. A Constituição fez a clara opção de tratar as prestações sociais como autênticos direitos;
2. O Brasil convive com índices de desigualdade e exclusão alarmantes, que geram demandas cuja gravidade, urgência e relevância não permitem aguardar o andamento ordinariamente lento que envolve o processo de formulação e implementação de políticas públicas; e
3. As instituições legislativas e administrativas não têm uma tradição de agilidade, eficiência e tratamento prioritário na proteção de direitos sociais, razão por que não se pode prescindir de instrumentos corretivos para impulsionar a atuação dos agentes políticos.

A seguir, abordo as críticas mais comuns à judicialização dos direitos sociais³⁸, formulando reflexões sobre suas inconsistências e analisando de que forma elas podem ser absorvidas para construir um modelo mais colaborativo e racional de judicialização.

O JUDICIÁRIO NÃO POSSUIRIA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA PROFERIR DECISÕES QUE INTERFEREM NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS LIMITADOS

Essa objeção contém dois elementos que guardam relativa autonomia, mas que na literatura jurídica brasileira aparecem de forma interligada, razão por que os examinarei em conjunto.

A primeira dimensão da objeção refere-se à legitimidade democrática do Judiciário para interferir em decisões tomadas pelas instâncias representativas. Nesse sentido, está em pauta o caráter contramajoritário da judicialização dos direitos sociais.

³⁷ A expressão é de TUSHNET, 1999.

³⁸ Trato, apenas, das críticas que se apoiam em argumentos não relacionados à negação da fundamentalidade dos direitos sociais, já analisada no tópico precedente,

O esteio em que se ampara essa crítica é semelhante, sob o ângulo teórico, àquela que se opõe ao processo de controle de constitucionalidade e de controle das ações legislativas no âmbito dos direitos negativos. No entanto, tal tese, quando aplicada à judicialização dos direitos sociais, apresenta matizes peculiares. O foco é posto no fato de que a violação ao princípio democrático decorreria da circunstância de que as decisões judiciais nesse domínio comprometem a liberdade política de alocação orçamentária. Elas afetam a previsibilidade do planejamento das despesas. Restringem, ainda, a liberdade de ação do Poder Executivo na gestão dos recursos financeiros. Nessa ordem de argumentos, as decisões que determinam a implementação de direitos sociais constituem uma ingerência indevida do Judiciário, que comprime a esfera de decisão dos agentes eleitos.

Essas críticas não devem ser menosprezadas. Quando juízes decidem sobre questões que repercutem nas políticas públicas, devem sempre ter em conta o princípio da margem de ação do legislador, considerando a circunstância de que a administração pública implementa programas e projetos de agentes democraticamente eleitos. Ainda assim, há outros aspectos que contribuem para colocar essa objeção em outra perspectiva.

Primeiramente, a atuação do Judiciário, mesmo quando interfere em decisões tomadas por agentes respaldados no voto popular, pode ter uma funcionalidade democrática. Ao mesmo tempo em que a ação do Judiciário nesse domínio é contramajoritária – porque derruba, reformula ou intercede em decisões que são tomadas por órgãos democraticamente constituídos –, ela pode estar conectada ao suprimento das deficiências da democracia. Nesse sentido, se aceitamos que os direitos sociais são premissas elementares para o exercício das liberdades e para o exercício dos próprios direitos políticos³⁹ – como explanei em tópico anterior –, uma decisão que promova a inclusão de quem não tem acesso a prestações sociais fundamentais coopera para a realização das condições da democracia. Quem não tem acesso à saúde, à educação ou à moradia não tem condições de exercer sua liberdade fática, ou de participar da formação da vontade política. Os titulares de direitos sociais fundamentais não realizados, por sua própria condição de desamparo, estão subrepresentados no

³⁹ Nesse sentido, SOUZA NETO, 2008.

processo político⁴⁰. Contextos de acentuada desigualdade social e assimetrias distributivas fabricam processos democráticos disfuncionais. Nesse cenário de obstrução dos canais democráticos, o judiciário pode cooperar para o acesso a recursos que, uma vez garantidos, fortalecem as condições da democracia⁴¹.

Além do argumento da subrepresentação política dos socialmente excluídos, há cenários em que os canais de acesso democrático encontram-se bloqueados ou dificultados em relação a temas específicos. Tome-se como exemplo a questão da judicialização do fornecimento de medicamentos anti-HIV na década de noventa. Tratava-se de uma epidemia que avançava rapidamente e acometia com maior intensidade minorias estigmatizadas. Parece legítimo supor que o processo de judicialização, aliado à mobilização política dos grupos afetados, acelerou a implementação de uma política universal de distribuição desses fármacos, com efeitos positivos na própria contenção da epidemia (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 99 e ss.). Situação semelhante ocorreu em relação à imposição da realização da cirurgia de transgenitalização. Após judicializada por meio de ação coletiva, cuja decisão chegou a ser suspensa pela então presidente do STF⁴², a prestação de saúde em questão veio a ser

⁴⁰ Nesse sentido, SOUZA NETO, 2006b e FABRE, 1998.

⁴¹ A tese de que os direitos sociais funcionam como pressupostos da deliberação democrática foi sustentada entre nós por SOUZA NETO, 2006b.

⁴² Em 2007, o TRF da 4ª Região proferiu importante decisão que condenou o SUS a realizar a cirurgia de redesignação sexual em transsexuais (BRASIL, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *AC nº 2001.71.00.0262799*, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Roger Raupp Rios, Data de julgamento 14/08/2007, D.E. 22/08/2007). Entendeu-se que a limitação da reserva do possível não se aplicava ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente – nos casos de lesão aos órgãos genitais – e o reduzido quantitativo de intervenções requeridas. Foi conferida eficácia nacional à decisão, em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves consequências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais – haveria, segundo o Desembargador Relator, prejuízo à efetividade do processo, à natureza do direito pleiteado, à isonomia entre os cidadãos brasileiros e à própria racionalidade e eficiência administrativas. Contudo, em 2007 a Ministra Ellen Gracie suspendeu a obrigatoriedade de que o SUS realize cirurgias de mudança de sexo. Segundo a Relatora, pedidos de contracautela formulados em situações relacionadas a pagamento de tratamentos, cirurgias e medicamentos, são analisados de forma concreta, caso a caso, e não de forma abstrata e genérica, e, além disso, os efeitos de uma decisão em tal situação se restringiriam ao caso específico analisado. Também afirmou a Ministra que estaria configurada grave lesão à ordem pública, pois “a gestão da política nacional de saúde, feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos médico-cirúrgicos que devem ser fornecidos gratuitamente à população brasileira, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”. Por fim, a Ministra pontuou que a execução da decisão impugnada implicaria o “remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde, o que certamente causará problemas de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

inserida nos protocolos do SUS⁴³. Sem superestimar o papel do Judiciário como locus dessas conquistas, parece legítimo afirmar que as ações judiciais funcionaram como elementos catalisadores para a implementação das políticas públicas.

Um outro argumento relacionado à tese da ilegitimidade da judicialização dos direitos sociais realocando recursos refere-se à noção de reserva do possível. Essa fórmula, como tantas outras, foi importada da jurisprudência alemã. Na multicitada decisão que pela primeira vez empregou esse conceito⁴⁴, pleiteava-se a ampliação no número de vagas no curso de medicina, com fundamento no preceito constitucional que tutela a liberdade de profissão. A Corte germânica entendeu que – a despeito de o direito à liberdade de profissão encartar o dever do Estado viabilizar o acesso ao ensino superior – há um limite daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, cabendo ao legislador, prioritariamente, equilibrar as demandas por prestações com os interesses da coletividade. Atribui-se ao conceito uma dupla dimensão: a fática e a jurídica. Na primeira, está em pauta a escassez de recursos. Na segunda, a necessidade de autorização orçamentária (SARLET, 2009, p. 289). Entre nós, o conceito foi desgastado pelo uso indiscriminado como cláusula-coringa para respaldar a negação da possibilidade de implementar direitos sociais fundamentais. Entendo que essa decomposição binária entre um ângulo de análise de escassez e de possibilidades jurídicas permite associar a noção de reserva do possível e a ideia dos direitos fundamentais como normas que encerram comandos de otimização, que exigem que o Estado os realize na melhor medida possível, considerando as condições fáticas (dadas pelas circunstâncias objetivas) e jurídicas (dadas pelos princípios antagônicos). A noção

Supensão de Tutela Antecipada nº 185-2 DF. Rel^a. Min^a. Ellen Gracie. Data de julgamento 10/12/2007. Publicação DJE 14/12/2007).

⁴³ Em 2008, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 1.707, que instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Esta norma foi revogada pela Portaria nº 2.803, de 13 de novembro de 2013, que redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde. Dentre as previsões da Portaria de 2013, cabe destacar, por exemplo, a integralidade da atenção a transexuais e travestis, que serão atendidos por equipe interdisciplinar e multiprofissional, de forma humana e acolhedora, livres de discriminação (art. 2º). Além disso, o artigo 5º prevê atendimento por duas modalidades: i) Modalidade Ambulatorial, que consiste nas ações de âmbito ambulatorial, quais sejam acompanhamento clínico, acompanhamento pré e pós-operatório e hormonioterapia; e ii) Modalidade Hospitalar: consiste nas ações de âmbito hospitalar, quais sejam realização de cirurgias e acompanhamento pré e pós-operatório. Por fim, cabe registrar que a Portaria nº 457, de 19 de agosto de 2008, da Secretaria de Atenção à Saúde, regulamentou o Processo Transexualizador.

⁴⁴ Trata-se do Acórdão *Numerus Clausus* (BVERFGE 33, 303), que pode ser encontrado em MARTINS, 2005, p. 656-667.

de reserva do possível, na minha percepção, é hermeneuticamente útil se compreendida como uma categoria que decorre logicamente da ideia de proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente. Ela não pode ser compreendida como um conceito-coringa a ser invocado pelo Estado para alegar a impossibilidade de realizar um direito prestacional em qualquer circunstância, mas como um parâmetro orientado à análise daquilo que é razoável exigir do Estado, como textualmente afirmado na decisão que pela primeira vez o utilizou.

Nesse sentido, considero em parte correta a associação que Daniel Sarmento (2008, p.572) faz entre a ideia de reserva do possível e o ideal de universalização das soluções envolvendo direitos sociais. Se tratarmos a noção de reserva do possível como um consectário da proporcionalidade, deveremos adotar a ideia de que a solução dada às ponderações realizadas para o fim de determinar o coeficiente de exigibilidade dos direitos sociais deve ser repetida em casos semelhantes, ou seja, em casos nos quais estejam presentes as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas. No entanto, isso não é exatamente o mesmo que afirmar que a “reserva do possível pode ser entendida como a possibilidade de universalização da prestação requerida”. Em demandas individuais, muitas vezes não será possível avaliar, no curto prazo, essa viabilidade econômica, seja pela impossibilidade de exigir que essa prova seja produzida pelo autor, seja pela dificuldade que a própria administração pode ter de formular prova negativa. Paralelamente, pode haver significativas diferenças de solução de acordo com o local e o ente público reclamado. É possível, também, que uma prestação seja faticamente universalizável, porém não passe no teste da proporcionalidade. A ideia de universalização, se compreendida em termos puramente econômicos, pode servir como um referencial negativo genérico de pretensões – de forma similar ao que ocorreu com a própria noção de reserva do possível –, sob o fundamento de que a administração não possui, naquele momento em que a questão está posta em juízo, estrutura suficiente para atender eventuais demandas que venham a repetir o mesmo pleito⁴⁵.

⁴⁵ Como destacado em precedente do STJ, “a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. [...] Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra

Por outro lado, a ideia de que o impacto orçamentário é um traço peculiar às decisões judiciais envolvendo direitos sociais deve ser relativizado. Todas as ações em que figura como parte o Estado geram repercussões na equação entre receitas e despesas. Assim, decisões relacionadas à remuneração de servidores públicos, decisões que envolvem questões tributárias, bem como as condenações em ações de responsabilidade civil movidas contra o Estado, também têm relevância econômica. No entanto, utilizar o argumento das causalidades econômicas para definir a decisão certa em julgamentos dessa natureza não é algo tão corriqueiro. E dar a essas considerações um peso exacerbado no discurso jurídico pressupõe um consequencialismo pragmatista que, levado muito longe, coloca premissas caras ao Estado de Direito em risco. Assim, como afirma Jeremy Waldron (1995, p. 580), em matéria de direitos sociais, a alegada impraticabilidade ou impossibilidade se ancora “na suposição de que a distribuição de recursos existente deve permanecer inalterada”.

O JUDICIÁRIO NÃO POSSUIRIA CAPACIDADE INSTITUCIONAL DE DECIDIR QUESTÕES QUE ENVOLVEM CONHECIMENTOS TÉCNICOS SETORIZADOS

Judicial finding of law has a real advantage in competition with legislation in that it works with concrete cases and generalizes only after a long course of trial and error in the effort to work out a practicable principle. Legislation, when more than

que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. [...] Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. [...] Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. [...] Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1185474/SC*, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

declaratory, when it does more than restate authoritatively what judicial experience has indicated, involves the difficulties and the perils of prophecy. Roscoe Pound⁴⁶

Uma das críticas mais comuns à judicialização dos direitos sociais afirma que os tribunais não dispõem de capacidade institucional para decidir questões que envolvem políticas públicas. Segundo essa linha de argumentação, a falta de expertise dos juízes para lidar com problemas que envolvem conhecimentos técnicos setorializados – como, por exemplo, saúde – é um fator complicador que impõe a adoção de uma postura de autocontenção. Afirma-se, ainda, que o processo judicial é uma ferramenta débil de deliberação, que encerra limitações de tempo e de informação, bem como constitui um mecanismo insuficiente para sopesar alternativas e calcular custos⁴⁷.

Uma premissa usual da tese de que os juízes não dispõem capacidades institucionais necessárias refere-se ao caráter policêntrico das questões que envolvem direitos sociais. O argumento se apoia em conhecido ensaio escrito por Lon Fuller na década de setenta (FULLER, 1978), no qual o autor argumenta que situações de conflito que possuem repercussões que transcendem às partes em litígio não deveriam ser resolvidas pelos tribunais. Decisões tomadas em casos desse tipo podem ter consequências imprevistas, que os juízes não têm como considerar. Essa ideia aparece em muitas das formulações críticas à judicialização no debate nacional. As corriqueiras afirmações de que “toda decisão alocativa de recursos é também uma decisão desalocativa”, bem como de que o processo judicial encerra uma “visão de túnel”, são representativas dessa tese (SARMENTO, 2008, p. 556 e 580).

A discussão sobre o caráter policêntrico das demandas de direitos sociais e a inadequação do Judiciário como foro de solução guardam semelhanças entre si e com a discussão sobre a legitimidade democrática. O ponto nevrálgico, aqui como lá, refere-se a uma leitura seletiva de desvalorização das demandas sociais, em contraposição aos outros tipos de demandas⁴⁸. Como destaca Jeff King, a dimensão policêntrica é um traço

⁴⁶ 1938, p. 51 *apud* HOROWITZ, 1977, p. 3.

⁴⁷ Em estudo seminal realizado na década de setenta, David Horowitz – cientista político e jurista – analisou quatro casos envolvendo direitos humanos nos Estados Unidos, investigando como as questões chegavam ao Judiciário, como as Cortes obtinham informações, como os juízes usavam dados sociais e quais os desdobramentos posteriores aos julgamentos. O autor conclui que os recursos dos tribunais são insuficientes e inadequados, mas destaca também os pontos fortes do processo judicial (HOROWITZ, 1977).

⁴⁸ Nesse sentido, destaca LANGFORD, 2008, p. 36: “O debate sobre ‘policentricidade’ é comparável ao debate sobre legitimidade. Há uma simplificação do problema, uma desvalorização dos direitos

dominante da adjudicação em geral. Todavia, ela é mais comumente invocada como critério de autocontenção nas demandas relacionadas ao bem-estar social. Essa preocupação não se manifesta com tanta frequência, por exemplo, em causas tributárias e nas que envolvem a regulação de atividades econômicas⁴⁹.

Não defendo que se deva desconsiderar esse elemento na interpretação dos direitos sociais, mas é importante chamar atenção para a circunstância de que a preocupação com efeitos sistêmicos e com as limitações do processo judicial deflagra dificuldades que não surgem unicamente nas demandas envolvendo direitos sociais. Como em outros domínios do direito, o policentrismo e as consequências globais da judicialização são elementos a serem considerados, mas não podem operar como justificativa para tornar os direitos sociais insindicáveis. Também não parece razoável invocar tais fatores como parâmetro restritivo em relação apenas aos direitos sociais, como se fossem particularidades que justificassem uma maior contenção nesse domínio temático do que, por exemplo, em matéria tributária.

Por outro lado, a crítica calcada nas limitações institucionais do Judiciário muitas vezes parte de uma visão idealizada da Administração e das instâncias técnicas, pressupondo um grau ótimo de racionalidade e eficiência. Ocorre que há contextos em que a precariedade e baixa qualidade dos órgãos técnicos e dos serviços contribui para um cenário de disfuncionalidade em dois ângulos. Em um primeiro momento, gera crises de confiança nos usuários, contribuindo para o aumento da judicialização. Em um segundo momento, a precariedade do aparato administrativo torna-se um fator que coopera para a baixa qualidade do contraditório no curso do processo. Serviços públicos mal aparelhados do ponto de vista técnico e material geram efeitos nefastos tanto por acarretarem restrições indevidas à fruição dos direitos sociais, quanto por dificultarem a colheita de informações relevantes para subsidiar a formulação da decisão judicial.

sociais e um equívoco sobre a regra de adjudicação e as possíveis soluções. A simplificação vem através da caricatura de reivindicações de direitos sociais como policêntricos em comparação com outras áreas do Direito.” (tradução livre).

⁴⁹ KING, 2012, p. 56: “o requerimento da Corte de que o Estado preste serviços para alguém é normalmente um benefício prima facie, e eu não conheço críticos que se oponham quando esse é o resultado da adjudicação nas áreas altamente legalizadas do estado de bem estar (ou taxa ou regulamento).” (tradução livre). Em outra oportunidade, o autor destacou: “a lei fiscal é fortemente policêntrica, mas há uma regra aceita pelas Cortes em proteger os cidadãos contra o espectro de poder público irrestrito” (tradução livre) (KING, 2008).

O policentrismo das questões envolvendo direitos sociais gera ainda os seguintes dilemas, que merecem ser explorados:

1. O relativo à melhora do processo de produção da informação no processo judicial; e
2. O que diz respeito às implicações do tratamento do tema em ações individuais ou em ações coletivas.

Quanto ao primeiro aspecto, a falta de expertise dos juízes em questões de natureza técnica impõe o uso de ferramentas de cooperação entre os poderes que incrementem o compartilhamento de informações relevantes. Nesse sentido, são interessantes iniciativas como a criação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do Núcleo de Assessoria Técnica (NAT), que funciona em parceria com a Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil. Ações relativas a medicamentos, por exemplo, contam com pareceres técnicos produzidos pelo núcleo, o que aumenta a quantidade e, possivelmente, a qualidade de informações apresentadas em juízo⁵⁰.

Os instrumentos de cooperação são relevantes não apenas por contribuírem para a formação de um processo judicial deliberativo, mas também porque questões envolvendo direitos sociais encerram um amálgama entre saber científico, escolhas políticas e direito. Se não é simples desenhar a linha que traça a fronteira entre direito, técnica e política, fórmulas processuais que viabilizem a interlocução entre os protagonistas de cada um desses domínios contribuem para decisões mais justas, do ponto de vista substantivo, e mais justificadas, do ponto de vista procedimental⁵¹.

O segundo ponto refere-se ao dilema que opõe tutela individual versus tutela coletiva. Considerando a policentralidade das questões que afetam políticas públicas, bem como a questão da isonomia na prestação de serviços, autores como Daniel Sarmiento (2008) e Cláudio Pereira de Souza Neto (2008) sustentam que ações coletivas devem ter preferência sobre as individuais. Todavia, se, por um lado, é verdade que essa modalidade de ação colabora para a realização dos direitos sociais, por outro, não parece viável estabelecer um ideal abstrato de preferência das tutelas coletivas sobre as

⁵⁰ Sobre o tema, veja-se o excelente estudo de SILVA, 2012 e também de FERREIRA, COSTA, 2013.

⁵¹ Rainier Forst fala do direito à justificação, a mais universal e básica reivindicação de todo ser humano, que não pode ser rejeitado por outras pessoas nem pelo Estado. O direito à justificação seria o direito de ser respeitado como uma pessoa moral, que é autônoma e não deve ser tratado de forma pela qual razões adequadas não possam ser fornecidas (FORST, 1999).

individuais. A maior conveniência na aplicação de um ou outro mecanismo depende de uma série de fatores contingentes, não sendo possível estabelecer esse tipo de prioridade. Explico meu ponto.

As ações coletivas – assim como o controle de inconstitucionalidade por omissão – apresentam a vantagem comparativa de alcançar potencialmente, por meio de uma única decisão, todo o conjunto de cidadãos que tiverem seus direitos vulnerados, promovendo, em uma única empreitada institucional, uma correção ou aprimoramento da política ativa ou omissiva contrária à constituição.

Ocorre que, além da circunstância óbvia de que o uso da ação coletiva pressupõe a correção de falhas estruturais, existem outros elementos que afastam, a meu ver, a defesa de uma preferência abstrata por estas. A primeira delas diz respeito à intensidade dos efeitos e impactos da decisão. Em relação a ações individuais e coletivas, existe um trade off entre promoção da isonomia e grau de interferência nas políticas públicas. Mesmo que se entenda que, do ponto de vista puramente teórico, elas não encerram um conflito mais acentuado com o princípio democrático do que as individuais, no plano prático seus efeitos são mais intensos. Assim, sob o ângulo pragmático, a possibilidade de resistência ao cumprimento da ordem judicial, relacionada a dificuldades materiais de implementação, é significativa, gerando, nos seus estágios iniciais, maior fricção entre Judiciário e Executivo. Em temas altamente controvertidos, as ações individuais podem, no plano da busca da afirmação de direitos fundamentais, representar uma aproximação pulverizada e experimental quanto à possibilidade de modificação da política contestada. Paralelamente, ações individuais podem, em certos contextos, ser o caminho para atenuar demandas urgentes. Assim, os inequívocos ganhos em eficiência, isonomia e racionalidade global oferecidos pelas ações coletivas são, em determinados cenários, contrabalançados pelo dinamismo de que alguns tipos de ações individuais são dotados. Não raramente, o ajuizamento de uma ação coletiva ganha força e maior probabilidade de sucesso quando proposta após o julgamento de algumas demandas individuais. Um número elevado de ações individuais pode representar um impulso de

ordem política para que as instituições que possuem legitimidade de ajuizar ações coletivas o façam⁵².

A posição relativa às limitações dos atores judiciais depende do que se espera deles. Se não entendermos que o papel dos juízes é decidir de forma abrangente sobre a alocação de recursos, mas corrigir as injustiças decorrentes de descumprimentos de obrigações constitucionais, os mecanismos tradicionais de jurisdição serão, muitas vezes, adequados. Entretanto, o incremento vertiginoso da judicialização impõe o experimentalismo institucional visando a soluções coletivas e amparadas na construção de procedimentos deliberativos.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TERIA EFEITOS DESIGUALITÁRIOS, POIS SÓ ATENDE ÀS PARTES POSTULANTES, GERANDO DESEQUILÍBRIO NA DISTRIBUIÇÃO DOS BENS SOCIAIS

Não é incomum a alegação de que a judicialização dos direitos sociais traria embutidos efeitos desigualitários. Por um lado, sustenta-se a judicialização individual instituiria um tratamento desigual em relação aos que não reclamaram em juízo. Nessa perspectiva, ela funcionaria como um fator de desequiparação do tratamento isonômico que deve nortear as políticas públicas. Por fim, há quem sugira que a judicialização favorece a classe média, deixando de fora os grupos severamente marginalizados.

O primeiro argumento incorre em problema semelhante ao da policentralidade. Ele aparece com frequência na discussão sobre direitos sociais, porém lida com uma dificuldade que é inerente ao sistema judicial globalmente considerado. Esse tipo de objeção não costuma ser empregado como justificativa para autorrestrrição judicial em matéria tributária, no domínio do direito administrativo da regulação, ou no âmbito do direito privado. A construção de precedentes judiciais, muitas vezes, segue a lógica da formulação de soluções em casos concretos e pulverizados que, a partir da repetição, contribuem para a construção progressiva de argumentos que se convertem em razões de decidir aplicáveis a casos semelhantes. Essa não é, portanto, uma tese persuasiva como objeção à formulação de decisões concessivas de prestações sociais.

⁵² Sobre a trajetória complexa e acidentada que envolve as políticas públicas de fornecimento de antirretrovirais, relatando a participação do Poder Judiciário em várias etapas de processo, veja-se: MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005.

A proposição incorre, também, na inconsistência de presumir que os critérios usados pela administração de distribuição de serviços fornecidos de forma divisível (como saúde, vagas em escolas, etc.) são sempre igualitários e republicanos. Porém, em um país como o Brasil, com tradição de cultura patrimonialista e clientelista, parece legítimo afirmar que o acesso ao Judiciário, via defensorias públicas, será em alguns contextos mais igualitário que o acesso à administração. Assim, a judicialização não promove a desigualdade, mas, ao contrário, pode contribuir para desbloquear o acesso do cidadão a um aparato burocrático que não distribui recursos escassos com fulcro apenas em razões técnicas e racionais, por ser ainda contaminado pela cultura patrimonialista e clientelista. A crescente literatura da ciência política sobre o clientelismo na prestação de serviços na América Latina confere um bom panorama desse quadro (RONIGER, 2004; POTTER;1998). Especificamente no tema da saúde, a questão guarda contornos mais acentuados e dramáticos. Nesse sentido Vicente Faleiros (FALEIROS, 1997), ao discutir os critérios na distribuição de recursos limitados no sistema de saúde, indica que “a pressão política para se atender algum afilhado ou apadrinhado, amigo ou indicado, tem sido um dos critérios práticos mais utilizados para se passar na frente das imensas filas de espera. É a prevalência da troca de favores, do clientelismo...”⁵³. Mais recentemente, NICTER (2011) usa o exemplo da prestação dos serviços de saúde no Brasil para ilustrar a figura do clientelismo relacional. Vale a transcrição:

Embora poucos estudos sobre clientelismo foquem a saúde, evidências sugerem que políticos em algumas municipalidades entregam medicina e serviços de saúde em troca contingente por apoio político. Duas características da saúde no Brasil aumentam sua atratividade para as máquinas políticas – a discricionariedade sobre os gastos de saúde pública e as demandas substancias não atendidas. Políticos em nível municipal tem discricionariedade considerável sobre os gastos de saúde e portanto são capazes de usar o critério político quando alocam recursos escassos. A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu um sistema público que pretende ser universal e compreensivo (...). Considerando o alto nível de descentralização política e fiscal, agentes

⁵³ E completa: “Trata-se de uma prática abominável, pois extremamente subjetiva, não-transparente, utilizando a organização pública como se fosse a propriedade privada de quem atende, ou seja, o patrimonialismo. Esse tipo de atendimento não deixa de ser uma privatização do público e, mais ainda, uma regra sem regra, pois fica ao arbítrio de cada um.”

públicos em nível municipal têm discricionariedade substancial em relação aos gastos do SUS.

Esses elementos nos permitem inferir que o Judiciário pode funcionar como um agente de desbloqueio do acesso ao sistema, pressionando para o emprego de critérios mais objetivos e transparentes na distribuição de recursos escassos. A afirmação, corriqueira na produção jurídica sobre o tema dos direitos sociais – de que a prestação jurisdicional desorganiza a administração – pressupõe de uma visão idealizada da gestão de recursos no Brasil.

Por último, também deve ser posta em xeque a hipótese, que circula em discussões sobre o tema, de que a judicialização da saúde reforçaria desigualdades econômicas, porquanto as classes médias se beneficiariam mais frequentemente do sistema judicial, em comparação aos verdadeiramente miseráveis. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres afirma que “a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública, tem levado à predação da renda pública pelas elites” (TORRES, 2008, p. 335). Um estudo de Luis Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2007) – intitulado “Tirando dos pobres para dar aos ricos” – sugere que, no Estado de São Paulo, tal distorção está presente. No entanto, sob o ângulo empírico, essa noção de favorecimento da classe média no acesso à Justiça desconsidera a heterogeneidade da realidade brasileira. O Estado de São Paulo, que serviu de objeto de análise no estudo referido, estruturou sua Defensoria Pública tardiamente, o que permite deduzir que o resultado apresentado é resultado de uma dupla violação aos direitos fundamentais sociais: o direito à saúde dos mais vulneráveis estaria sendo subprotegido por uma falha grave na prestação do direito de acesso à Justiça. Nessa linha, estudos recentes apresentam números a partir dos quais é possível deduzir uma conexão entre a existência de defensorias públicas mais estruturadas (com atendimento presente em mais comarcas) e instituídas há mais tempo e o acesso aos caminhos da judicialização pelos mais pobres (VENTURA, 2010; PEPPE, 2010).

É certo que, em relação aos mais vulneráveis, a proposição de ações coletivas assume importância maior. No entanto, é interessante notar que, na linha do que se afirmou antes, as tutelas individual e coletiva dos direitos sociais são complementares. Nesse sentido, as defensorias públicas – conjugando uma boa estrutura para o atendimento aos necessitados com a atribuição de ajuizar ações civis públicas – podem

constituir o elo institucional que promove a complementaridade entre as duas formas de tutela.

ENCERRAMENTO

O tema da judicialização dos direitos sociais encerra uma rede de questões complexas, repleta de nós dogmáticos, muitos dos quais merecem aprofundamento posterior. Busquei aqui explorar algumas inconsistências importantes nas críticas à judicialização dos direitos sociais.

O fundamento filosófico, a matriz normativa-constitucional e a metodologia de aplicação dos vários direitos fundamentais (aí incluídos os direitos sociais) devem ser convergentes (NOVAIS: 2010; QUEIROZ: 2006). Partindo dessa premissa, torna-se necessário encarar as críticas à vinculatividade dos direitos sociais como elementos de aperfeiçoamento dos critérios de interpretação, das estruturas institucionais e dos mecanismos processuais aplicáveis, e não como argumentos que justifiquem seu esvaziamento normativo. A ideia de judicialização como ferramenta de correção de disfuncionalidades políticas e administrativas, bem como a adoção de técnicas processuais que favoreçam a interlocução entre os vários atores envolvidos na realização desses direitos, corresponde, em última análise, à necessária atualização da velha noção de “checks and balances”.

SOCIAL RIGHTS, RULE OF LAW AND INEQUALITY: REFLECTIONS ON THE JUDICIALIZATION OF POSITIVE RIGHTS

Abstract

The ancient tension between democracy and judicial power is apparently accentuated when it comes to providing effectiveness to social rights. This article discusses the main critics that have been made against the increase of the judicial role in enforcing positive rights. Firstly, it is presented a review of the main topics regarding the social rights dogmatic knowledge. Afterwards, the study aims to organize and discuss the critics that have been made about the increase of the judicial role in enforcing those rights, while continuing to recognize them as a relevant reference in the construction of an appropriate interpretative model. The main hypothesis is that the objections to judicial intervention in matters involving to public policies prioritize the failures and inconsistencies of adjudication while assuming an idealistic view about the efficiency, rationality and equity in distribution of public services. Considering that the distribution of scarce resources is still influenced by clientelism and patrimonialism,

judicial decisions may have a catalyst effect which corresponds to a natural updating of the old *checks and balances* concept.

Keywords: Social rights; Judicialization; Rule of Law.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AÑÓN, José García. Derechos Sociales E Igualdad. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, Ch. (Compiladores) **Derechos Sociales: Instrucciones de Uso**. México: Distribuciones Fontarama, 2003.

ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital. In: **Estudios ocasionales CIJUS**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 803-826, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional”. *Revista dos Tribunais*, v. 919, p. 127-196, 2012.

_____. “**Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)**”. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 52, p. 36-65, 1999.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 875-904, 2008.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BLACKMAN, Josh. **Unprecedented: the constitutional challenge to Obamacare**. New York: PublicAffairs, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOROWSKI, Martín. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O Longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CHOUDHRY, Sujit (Org.). **The migration of constitutional ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “**A eficácia dos direitos fundamentais sociais**”. Revista Crítica Jurídica, n. 22, p. 17-29, jul./dez., 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/22/pr/pr4.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34-53, 1995.

DAVIS, D. M. Socio-Economic Rights. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 1020-1035, 2012.

ELIA, Leopoldo. Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza dela Corte Costituzionale. In: ANZON, Adele et. al., **Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli**. 1. ed. Pádua: CEDAM, p. 299-324, 1985.

ESPADA, João Carlos. “**Direitos sociais de cidadania – uma crítica a F. A. Hayek e R. Plant**”. Análise Social, v. 30, n. 131-132, Lisboa, p. 265-287, 1995.

FABRE, Cécile. “**Constitutionalising Social Rights**”. The Journal of Political Philosophy, v. 06, n. 03, p. 263-284, 1998.

_____. **Social Rights Under the Constitution – Government and the Decent Life**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

FALEIROS, Vicente de Paula. “**Prioridade Versus Escassez de Recursos em Saúde**”. Revista Bioética, Brasília, v. 05, n. 1, não paginado, 1997.

FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. “**Núcleos de Assessoria Técnica e Judicialização da Saúde: Constitucionais ou Inconstitucionais?**”. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-240, abr., 2013.

FIERENS, Jacques et al. **L'étranger, la veuve et l'orphelin. À propos de l'exclusion sociale et de diverses manières de ne pas y remédier**. Presse Namur, Namur, 2014.

FORST, Rainer. “**The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights**”. *Constellations*, Oxford, v. 06, n. 01, p. 35-60, 1999.

FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações Sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-126, 2014.

FRIEDMAN, Barry. **The Will Of The People: How Public Opinion Has Influenced The Supreme Court and Shaped The Meaning Of The Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FULLER, Lon. “**The Forms and Limits of Adjudication**”, *Harvard Law Review*, v. 92, n. 02, p. 535-409, 1978.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

GARGARELLA, Roberto. “**Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?**”. *Jueces para la Democracia*, n. 31, p. 11-15, 1998.

_____. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 207-229, 2008.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. **O Desenvolvimento Judicial do Direito: Construções, Interpretação Criativa e Técnicas Manipulativas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro: 2015.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. Tradução: Eduardo Mendonça. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 149-165, 2007.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and Disagreement**. Cambridge, MA: Belknap Press, 1998.

HABERMAS, Frank Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of Law and democracy**. Massachusetts: MIT Press, 1996.

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

HOROWITZ, David. **The Courts and Social Policy**. Washington, DC: The Brookings Institution, 1977.

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

_____. **“The Pervasiveness of Polycentricity”**. Public Law, p. 101-124, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1027625>>. Acesso em: 05 nov. 2015

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KRELL, Andreas J. **“Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)”**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LANGFORD, Malcolm. The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. In: _____ (Ed.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 3-45, 2008.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía y Política**. Madrid: Dykinson, 1999.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Coletânea Original: Jürgen Schwabe**. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo: Antigo e Moderno**. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

MICHELMAN, Frank. I. **“In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls’ Theory of Justice”**. University of Pennsylvania Law Review, v. 121, p. 962-1019, 1973.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais/Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 417-450, 2008.

NICHTER, Simeon. “**Electoral Clientelism or Relational Clientelism? Healthcare and Sterilization in Brazil**”. American Political Science Association. Annual Meeting Paper, Washington, p. 1-39., 2011 Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1903104>>. Acesso em: 30 out. 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

PELÁEZ, Francisco J. Contreras. **Derechos Sociales: Teoría e Ideología**. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEPE, Vera Lúcia Edais. et. al. “**Caracterização de Demandas Judiciais de Fornecimento de Medicamentos “Essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil**”. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 26, n. 03, p. 461-471, mar. 2010.

PILLAY, Anashri. “**Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement**”. International Journal of Constitutional Law, Oxford, v. 10, n. 02, p. 732-755, 2012.

PIOVESAN, Flávia. “**Direitos Sociais: Proteção nos Sistemas Internacional e Regional Interamericano**”. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 67-80, p. 67-80, out., 2009.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POTTER, Joseph E; CAETANO, Junqueiro André. “**Clientelismo e Esterilização no Nordeste Brasileiro 1986-1995**”. Anais do XI Encontro Nacional de Estudos Populacionais da ABEP, Caxambu, p. 151-182, 1998.

RONIGER, Luis. “**Political Clientelism, Democracy, and Market Economy**”. Comparative Politics, New York, v. 36, n. 3, p. 353-375, abr., 2004.

QUEIROZ, Cristina, **Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político** 2. ed. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pipeta e Lenita Maria Rivoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. “**Dignidade (da Pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional: Algumas Aproximações e Alguns Desafios**”. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 01, n. 01, p. 29-44, dez., 2013a.

_____. “**O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.**” Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), n. 09, p. 1-23, mar./mai., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Comentários ao Artigo 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; _____; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Saraiva/Almedina, p. 533-547, 2013b.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. “**Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**”. Revista de Direito do Estado, v. 2, p. 83-118, abr./jun., 2006.

_____. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 553-586, 2008.

SILVA, Miriam Ventura da. **O Processo Decisório Judicial e a Assessoria Técnica: a Argumentação Jurídica e Médico-Sanitária na Garantia do Direito à Assistência Terapêutica no Sistema Único de Saúde.** 186 f. Tese (Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 515-552, 2008.

_____. Fundação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 285-326, 2006a.

_____. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo Sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

STRECK, Lenio Luiz. “**A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**”. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, p. 171-202, mar., 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **The Second Bill of Rights: FDR’s Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever.** New York: Basic Books, 2006.

_____. HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W. W. Norton & Company, 2000.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. “**O Mínimo existencial e os direitos fundamentais**”. Revista de Direito Administrativo, n. 177, p. 20-49, 1989

_____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 313-340, 2008.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “**A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito**”. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 06, p. 28-51, 2007.

_____. “**Supremocracia**”. Revista Direito GV, v. 04, n. 02, p. 441-463, jul./dez., 2008

SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights**. 2007. Disponível em: <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop13/Afonso.pdf>
Acesso em 5.out.2015

WALDRON, Jeremy. Verberthe Rights. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. (Eds.). **A Companion to Contemporary Political Philosophy**. Oxford: Blackwell Publishing, 1993.

YOUNG, Katharine G. “**The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content**”. The Yale Journal of International Law, New Haven, v. 33, n. 01, p. 113-175, 2008.

Trabalho enviado em 06 de novembro de 2015.

Aceito em 06 de novembro de 2015.