

O papel do Poder Judiciário na aplicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão



Guilherme Fraiha Granjo

Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013). Servidor Público Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3).

RESUMO: O presente trabalho terá por objeto analisar qual é o papel que o Poder Judiciário deve exercer na implementação dos denominados direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, gênero este que compreende todas aquelas prerrogativas dependentes de uma prestação positiva do Estado. Uma simples análise empírica da realidade social que nos cerca é suficiente para se averiguar que muitos indivíduos ainda são mantidos em condições de extrema pobreza e de difícil acesso a recursos essenciais em relação aos quais teriam direito pela Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, o Poder Judiciário vem se notabilizando por, cada vez mais, conferir efetividade a tais prerrogativas. A atuação dos magistrados na efetivação dos direitos ditos sociais é controversa, necessitando, pois, ser bem delimitada para que possa se desenvolver dentro de balizas constitucionais. Buscaremos demonstrar que, se de um lado ao Poder Judiciário não é dado intervir em todas as esferas de decisão do Poder Público a pretexto de atender aos direitos fundamentais de segunda dimensão, de outro, é igualmente relevante pontuar que a “cláusula da reserva do possível” não pode representar argumento padrão e automático dos entes políticos de nossa federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para impedir a implementação dos direitos sociais sob seu encargo.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais. Poder Judiciário. Ativismo judicial. Cláusula da reserva do possível. Direitos sociais, econômicos e culturais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to examine which role the Judiciary must play in the implementation of the so-called fundamental rights of second class – those dependents of positive actions from the State. An empirical analysis of the social reality is enough to indicate that many individuals are kept in extremely poor conditions and difficult access to vital items of daily life, for which the Constitution recognizes several rights. In this context, the Judiciary is implementing such rights. This controversial endeavor must be delimited in order to function in accordance with the Constitution. This paper seeks to demonstrate that the Judiciary cannot intervene in all decision-making spheres of the State on the pretext of implementing

fundamental rights of second class. On the other hand, it is also clear that the political entities of the federation (Federal Government, the States, the Federal District and the Municipalities) cannot use the default argument of the “under reserve of possibilities” in order to avoid the implementation of the social rights which such entities are in charge of.

KEYWORDS: Fundamental rights. Judiciary. Judicial activism. “Under reserve of possibilities”. Economic, social and cultural rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Escorço histórico dos direitos fundamentais. 3. A separação dos “poderes” e a implementação dos direitos sociais. 4. A judicialização dos direitos sociais. 5. Ativismo judicial e legitimidade democrática. 6. A cláusula da reserva do possível e a questão da macrojustiça. 7. Parâmetros constitucionais para a atuação judicial na efetivação dos direitos sociais. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Este trabalho se propõe a demonstrar que a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração,¹ embora controversa em alguns aspectos, especialmente por envolver o que se denomina de “ativismo judicial”, pode ocorrer de maneira válida, desde que observados alguns pressupostos constitucionais.

A fim de alcançarmos tal conclusão, é imperioso que num primeiro momento cuideemos dos direitos fundamentais de maneira geral, na tentativa de estabelecer o alcance dessa expressão. Com efeito, a conceituação dos chamados direitos fundamentais constitui

etapa prévia e necessária para que o leitor do artigo tenha exata noção das premissas assumidas pelo autor antes de desenvolver as ideias centrais do trabalho.

Na sequência, passaremos a analisar, ainda que de maneira sucinta, o processo histórico de surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos, dando maior enfoque às três primeiras dimensões das prerrogativas classificadas de fundamentais. Muito embora a literatura jurídica mundial comece a esboçar direitos fundamentais pertencentes a uma quarta e a uma quinta dimensões, delas não nos ocuparemos muito, tendo em vista que os avanços sobre esta temática ainda não se encontram inteiramente consolidados.

Atingida essa etapa, iniciaremos estudos que intencionem verificar como as três funções do Poder (Executiva, Legislativa e Judiciária) atendem aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração. Para tanto, mencionaremos as funções típicas e atípicas de cada um dos “Poderes”, bem como o controle recíproco que cada um deles exerce sobre os demais por intermédio do sistema de freios e contrapesos.

Traçado todo o referencial teórico que consideramos essencial ao tratamento da questão principal deste artigo, passaremos a enfrentar propriamente a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais dos artigos 6º e seguintes da Constituição Federal de 1988, buscando essencial-

¹ Importante destacar a divergência existente entre os estudiosos do Direito Constitucional acerca do termo a ser empregado para designar a evolução histórica dos direitos fundamentais. Paulo Bonavides recorre à ideia de “gerações” de direitos fundamentais. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Compreendemos, porém, que o termo preferível seria o relativo a “dimensões” dos direitos fundamentais, em função das razões expressas por Ingo Wolfgang Sarlet. O preclaro jurista entende que o processo evolutivo de tais prerrogativas é cumulativo, não havendo que se falar em substituição de direitos por outros subsequentes, noção errônea que o termo “gerações” poderia transmitir. Além disso, entende que os direitos fundamentais têm natureza complementar, devendo ser tomados em conjunto no plano interno. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Em que pese estarmos de acordo com a última posição esposada, recorreremos aos termos “dimensões” e “gerações” de forma indistinta neste artigo.

mente validá-la dentro dos parâmetros que reputamos necessários. Também a esta altura, trataremos de assuntos que suscitem amplos debates na doutrina e na jurisprudência pátrias, como os relativos ao ativismo judicial e à “cláusula da reserva do possível”, sem qualquer intenção de esgotá-los, obviamente.

A importância de cuidarmos das nuances a envolver os direitos sociais é manifesta e dispensa maiores explicações. O atendimento às prerrogativas previstas no Título II, Capítulo II, de nossa Lei Maior, a saber, aquelas relacionadas à educação, saúde, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, dentre outras, é essencial para que se possa garantir um estado de coisas mais consentâneo com a dignidade da pessoa humana, fundamento da república previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Política.

É necessário ressaltar que os direitos sociais carregam tal adjetivação por uma razão singular: apenas por meio da sua efetivação ou implementação é que se pode falar em justiça social e redução das desigualdades sociais, as quais persistiram mesmo após o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração.

Nosso país revela índices pouquíssimos satisfatórios quanto ao atendimento dos direitos sociais previstos constitucionalmente.² O enfrentamento acadêmico destas questões, aqui incluída a forma como tais prerrogativas são tuteladas ou concretizadas pelos juízes, constitui pressuposto vital para compreender

a realidade social em que estamos inseridos, dando-nos meios de eventualmente alterar o quadro colocado, caracterizado pela extrema marginalização e pobreza de nossos cidadãos, assim como pela ausência do Estado no suprimento de necessidades básicas da população.

2. Escorço histórico dos direitos fundamentais.

As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” têm sido utilizadas de maneira indistinta atualmente. Concebemos os direitos humanos como aquelas prerrogativas ínsitas à condição humana dos indivíduos, válidas, segundo lição do eminente constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, “para todos os povos e em todos os tempos” (caráter universal),³ independentemente de estarem ou não contempladas em um dado sistema jurídico, ao passo que os direitos fundamentais seriam, segundo uma acepção mais restrita do termo, os direitos humanos que estejam efetivamente previstos ou positivados pelo texto constitucional de um Estado.⁴

Os direitos fundamentais que hoje estão expressos pela Constituição Federal de 1988 são fruto de todo um processo histórico de conquistas humanas que obviamente não se limita às fronteiras do território nacional. Em realidade, se atualmente se concebe tais prerrogativas como sendo fundamentais, tomando-se por certa e inevitável a previsão delas nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, é porque a História registrou momentos de lutas e reclamações de ordem social, até o ponto em que foram institucionalizadas pelo Direito.

As revoluções ditas burguesas, com especial destaque à Revolução Francesa de 1789, foram responsáveis por conceber a

2 É bem verdade que o Brasil vem experimentando melhoras significativas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), chegando a uma avaliação de 0,755, padrão este considerado alto pelo recenseamento. Todavia, é importante esclarecer que o país acaba de perder uma posição para Sri Lanka no ranking publicado junto ao Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), de responsabilidade do Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento (PNUD), passando a ocupar apenas a 75ª colocação, em que pese apresentar-se como a sétima principal economia global. Dados disponíveis em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=4237>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

3 Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 529.

4 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 578-580. Neste trabalho, todavia, tomaremos ambas as expressões como sinônimas.

primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais. Lembremos que o movimento revolucionário burguês ocorrente na França insurgia-se contra a monarquia, a nobreza e o clero, os quais, sob o pretexto da justificação divina, alçavam-se aos postos de poder e prestígio social, ligados ao Primeiro e ao Segundo Estados. Nesse contexto, a burguesia ascendente, mesmo contando com o acúmulo de capitais e a propriedade dos meios, condições e instrumentos do trabalho, estava engessada do ponto de vista social.

O Iluminismo do Século XVIII foi essencial para alavancar definitivamente o movimento histórico dos revolucionários burgueses, na medida em que pregava uma maior valorização da razão, em detrimento do conhecimento baseado no divino ou em noções pré-científicas. Ora, considerando que toda a estrutura de poder da época estava calcada em justificações pouco ligadas à razão, aos insurgentes abria-se todo um referencial teórico que possibilitaria ascender aos cargos políticos.

Concluída a Revolução e instituído o Estado de Direito Burguês, a preocupação passou a ser a de resguardar o indivíduo de eventuais abusos cometidos pelo Estado. À diferença do que ocorria comumente no âmbito do Antigo Regime, em que o Monarca era soberano e tudo podia realizar, ao indivíduo seriam reconhecidos direitos e prerrogativas que nem mesmo os ocupantes dos cargos de poder estariam autorizados a restringir, salvo em hipóteses especificadas previamente na lei.⁵

5 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 compreende o instrumento jurídico que sintetiza ou entabula as principais considerações dos vitoriosos revolucionários burgueses. O artigo 4º do mencionado documento histórico afirma categoricamente que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique o próximo” e que o exercício natural dos direitos do homem só pode ter limites “determinados pela lei”. Por sua vez, o artigo 5º do mesmo diploma reforça essa previsão, ao estatuir que “tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”. In: FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

Vê-se, por conseguinte, que os direitos humanos de primeira dimensão são aqueles associados a uma abstenção estatal, referindo-se, pois, às liberdades civis e políticas. Seu titular é o indivíduo tomado de forma singular, que pode opor tais prerrogativas ao Estado, motivo pelo qual esses direitos estão umbilicalmente vinculados ao constitucionalismo na sua origem. Diante disso, Paulo Bonavides afirma que o traço mais característico desses direitos é a subjetividade.⁶

Nas décadas finais do Século XIX e iniciais do Século XX, contudo, a humanidade verificou que os direitos fundamentais de primeira dimensão garantiam apenas e tão somente uma pretensa igualdade, a qual se apresentaria de modo formal, isto é, perante o ordenamento jurídico, mas não exatamente no plano material ou real. Muito pelo contrário: o que se verificou, de forma incontestável, foram graves problemas de ordem social e econômica, sobretudo depois do processo de industrialização dos meios de produção.

Face ao contexto da industrialização, que potencializou as desigualdades sociais anteriormente existentes, bem como em razão de movimentos reivindicatórios de condições minimamente dignas à massa operária e trabalhadora,⁷ incluindo o Socialismo, os ordenamentos jurídicos passaram a incorporar direitos ligados a uma atuação positiva do Estado, daí surgindo as concepções de Estado

6 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 582.

7 Os direitos sociais nascem das considerações de diversos pensadores no plano filosófico-político, os quais não raro apresentam alta carga ideológica. As proposições de Marx e Engels, a título de exemplo, pregavam a história como movimento marcado pela luta de classes e a alienação como estado inicial da consciência, com o nítido objetivo de afastar a dominação que o capital exerce sobre os indivíduos e combater o Estado Liberal. Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Em que pese tal fator ideológico, reconhecemos nestas teorias filosófico-políticas, marcadamente no Socialismo, uma importância fundamental no reconhecimento dos direitos sociais.



de Bem-Estar Social ou, simplesmente, Estado Social. Trata-se dos direitos fundamentais de segunda geração, os quais incluem os direitos sociais, econômicos e culturais (doravante denominados simplesmente por “direitos sociais” enquanto gênero).

Dentre os instrumentos normativos que inovaram ao prever os direitos sociais, podemos citar a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No plano internacional, tais prerrogativas ganharam corpo posteriormente, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. No âmbito do ordenamento jurídico interno, a primeira Constituição brasileira a prevê-los foi a de 1934.

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) deu origem a uma nova dimensão dos direitos humanos. Com o fim daquele que pode ser considerado um dos maiores conflitos armados por que passou a humanidade, senão o maior, e considerando os genocídios ocorrentes durante a escalada da guerra, uma nova consciência passou a ganhar contornos.

Os direitos que se reconheceram ao homem até então o tomaram singularmente, como indivíduo (caso dos direitos funda-

mentais de primeira dimensão), ou então enquanto membro de uma coletividade (situação dos direitos fundamentais de segunda geração). No pós-guerra, com a massificação das sociedades, esboçou-se uma nova ordem de direitos fundamentais, responsáveis por considerar o gênero humano como um todo, sem qualquer limitação que diga respeito às fronteiras dos Estados nacionais ou à etnia das pessoas. Cuidam-se dos direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração, a incluir os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,⁸ os relativos ao consumidor,⁹ dentre tantos outros.

Vistas as três dimensões dos direitos fundamentais, cumpre esclarecer, aproveitando primorosa lição do eminente Paulo Bonavides, que o lema revolucionário francês de “liberdade, igualdade e fraternidade” antecipou e sintetizou toda a evolução histórica a que se fez menção acima.¹⁰

Hodiernamente, a doutrina jurídica nacional e internacional passou a ocupar-se de direitos fundamentais pertencentes a uma quarta e até quinta dimensões, embora nesse

8 Os direitos fundamentais de terceira dimensão foram incorporados pela Constituição Federal de 1988. Relativamente à manutenção dos recursos naturais, estabelece nossa Lei Maior, no seu artigo 225, *caput*, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

9 No que tange ao direito do consumidor, o Poder Constituinte Originário, reconhecendo a sua importância, determinou, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que o Congresso Nacional elaborasse, no prazo de cento e vinte dias, um código de defesa do consumidor. Com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11/09/1990, a mencionada determinação constitucional restou atendida.

10 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 580-581. Esclareça-se que, ao falarmos em liberdade, nos referimos à liberdade do indivíduo em face do Estado (primeira dimensão). Por sua vez, ao falarmos em igualdade, pretendemos destacar a material, existente no plano real, e não meramente a formal, reconhecida no corpo normativo (segunda dimensão). Por fim, ao mencionar fraternidade, buscamos retratar a união que os povos devem formar para concretizar ou efetivar prerrogativas que são comuns a todos eles (terceira dimensão).

aspecto a questão esteja longe de ser considerada pacífica, unânime ou resolvida. Relativamente aos direitos de quarta dimensão, por exemplo, observamos que há quem defenda serem eles as prerrogativas à democracia, à informação e ao pluralismo, como Paulo Bonavides,¹¹ ao passo que outros sustentam estarem eles ligados à engenharia genética, caso de Norberto Bobbio.¹²

O próprio Paulo Bonavides nos antecipa, por outro lado, que o direito à paz substanciaria uma prerrogativa fundamental de quinta dimensão, teoria esta que ainda reclama a adesão dos demais juristas.¹³

3. A separação dos “poderes” e a implementação dos direitos sociais.

Tal como averbamos no tópico precedente, relativamente à confusão terminológica que atualmente se faz quanto ao uso das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, também no que concerne à divisão orgânica do poder verificam-se erros de ordem técnica no manejo das nomenclaturas. Explicamo-nos.

Com efeito, devemos ter em mente que o poder, compreendido enquanto a capacidade franqueada a alguns homens de determinar o comportamento dos demais, bem como a de vedar condutas indesejadas, é, segundo uma visão clássica, uno e indivisível, emanando de um único centro irradiador de decisões: o Estado. Todavia, muito embora o poder seja caracterizado pela sua unicidade, sua expressão, manifestação ou exteriorização pode ser fracionada em favor de diferentes órgãos. Bem por isso se afirma, em meio a doutrina político-jurídica, a existência de diferentes funções: a legislativa, a executiva e a judiciária.

A referência aos “Poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário, na intenção de indicar os órgãos que desempenham tais encargos constitucionais, não é, portanto, correta do ponto de vista técnico, pois o poder, como visto, é uno e indivisível. Muito mais acertada seria a alusão às funções do poder, já que estas sim podem ser fragmentadas e distribuídas para distintos órgãos.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior esclarecem que as diferentes funções do poder foram identificadas por Aristóteles durante a Antiguidade. Contudo, foi Montesquieu, em obra intitulada “O Espírito das Leis”, quem vislumbrou a necessidade de se estabelecer uma divisão entre as funções do poder em favor de órgãos distintos, com vistas a assegurar a liberdade e a segurança dos indivíduos.¹⁴

Assim, à função legislativa compete a elaboração de comandos gerais e abstratos, aptos a regular a vida do homem em sociedade. Nesse sentido, o principal produto da atuação do Legislativo é a lei. Por sua vez, ao Executivo cabe a administração dos bens e serviços públicos, dentro dos parâmetros fixados pela lei previamente aprovada pelo Legislativo, sendo a principal manifestação do seu labor o chamado ato administrativo. Por fim, o Judiciário estaria encarregado de aplicar a lei aos casos litigiosos que se lhe apresentam, fixando a conformidade ou inconformidade da situação concreta perante o corpo normativo, bem como deduzindo as consequências jurídicas deste estado de coisas, mediante a definitividade própria da coisa julgada. Essa função é caracterizada pelas sentenças, acórdãos e demais decisões judiciais.

A existência de uma divisão de funções próprias do Poder entre diferentes órgãos, todos autônomos e independentes em relação aos outros, seria responsável por gerar um sistema de controle mútuo, traduzido na co-

11 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 590.

12 Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

13 Cf. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

14 Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

nhecida expressão dos “freios e contrapesos” e, a partir daí, uma estrutura mais voltada a manter incólumes os direitos previstos em favor dos cidadãos.

Para que funcione em conformidade com a finalidade para a qual foi instituída, qual seja, a de resguardar as liberdades civis e políticas dos indivíduos, a divisão orgânica do poder pressupõe o respeito a três cláusulas, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior: (i) a independência e harmonia entre os “Poderes”; (ii) a indelegabilidade de funções; e (iii) a inacumulabilidade de funções e cargos provenientes de “Poderes” distintos.¹⁵

Por outro lado, é igualmente relevante destacar que a divisão orgânica do poder permite o surgimento da dicotomia segundo a qual podemos falar em funções típicas e atípicas do Legislativo, Executivo e Judiciário. Levando em consideração que cada “Poder” deve se manter autônomo e independente em relação aos demais, concluímos que, no âmbito de suas estruturas, cada órgão deve desempenhar a função primordial para a qual foi instituído (típica), mas também outras que, muito embora não estejam propriamente associadas com as suas atribuições constitucionais, são necessárias para que se mantenham em pleno funcionamento (atípicas).

Imaginemos, pois, a situação do Poder Legislativo. Afirmamos, linhas acima, que sua função constitucional é a de elaborar os comandos gerais e abstratos que irão reger a vida dos homens em sociedade. No entanto, se admitíssemos que a administração de seus recursos ficaria a cargo do Poder Executivo, por ser deste a atribuição de gerir os bens públicos, comprometeríamos definitivamente o pressuposto da independência inerente à divisão orgânica do poder. Diante disso, imperativos de ordem prática demandam que o próprio Legislativo administre seus recursos financeiros, no exercício de uma função atípica.

Podemos recorrer a outros exemplos. A Presidência da República, pertencente ao Poder Executivo, ao sancionar ou vetar projetos de lei, participa do processo legislativo, exercendo, assim, função atípica.¹⁶ Cite-se também o Legislativo, que ao julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade, o faz no uso de função atípica, próxima daquela desempenhada pelo Estado-juiz.¹⁷

Em realidade, todos os denominados Poderes da República exercem funções de ordem típica e atípica, como pressuposto lógico da independência e autonomia que deve existir entre eles. A rigidez da distribuição de funções redundaria, inevitavelmente, na dissolução da própria divisão orgânica do poder.

Restando claro, portanto, a sistemática clássica da divisão dos poderes, cumpre-nos salientar que nossa Constituição Federal de 1988 a prevê em seu artigo 2º.¹⁸ Interessa-nos indagar como os diferentes Poderes devem equacionar a questão dos direitos sociais previstos na Carta Política.

Tomando as considerações acima expendidas, poderíamos concluir, ao menos numa primeira análise, que o Poder Legislativo tutela os direitos sociais ao exercer as competências legislativas que lhe foram outorgadas pelo Poder Constituinte. De outro giro, o Poder Executivo atenderia as prerrogativas sociais previstas na Carta Magna mediante a implementação de políticas e medidas públicas, com base na lei. Finalmente, o Judiciário só atuaria em tal seara se viesse a ser pro-

16 O artigo 66, *caput* e parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988 estabelecem que o Presidente da República deverá se manifestar quanto ao projeto de lei aprovado em ambas as casas do Congresso Nacional, sancionando-o ou vetando-o (por motivo político, ligado à inconveniência e inoportunidade da medida, ou jurídico, relativo à inconstitucionalidade do projeto).

17 Os crimes de responsabilidade, previstos pelo artigo 85 da Constituição Federal de 1988, são infrações político-administrativas que o Presidente da República pode cometer durante o exercício do mandato e que podem acarretar no seu *impeachment*, segundo o procedimento previsto no artigo 86 do mesmo diploma normativo.

18 “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

15 *Ibidem*, p. 342.

vocado pelo titular do direito, no âmbito de casos contenciosos.

No contexto atual, entretanto, constata-se um movimento global de *judicialização* de várias temáticas, inclusive aquelas antes afetas exclusivamente ao campo político, das quais os direitos sociais não são exceção. A partir desse cenário, o Poder Judiciário, ao determinar a prestação positiva de um direito social, pode eventualmente interferir ou esbarrar em juízos de conveniência e oportunidade e na administração dos recursos públicos, tarefas estas que a princípio seriam da competência do Executivo, responsável pela eleição e implementação das políticas públicas na ordem que considera ideal.

Por isso, frente ao novo papel assumido pelo Judiciário, em especial nos casos que envolvam o atendimento aos direitos sociais, já há quem questione se o princípio da separação dos poderes estaria em franca decadência.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em primoroso artigo acadêmico,¹⁹ leciona que a divisão dos “poderes” trouxe como uma das principais consequências a noção ideológica e essencial ao Estado de Direito Burguês da neutralização política do Poder Judiciário. No desempenho de seu mister, os magistrados centralizam sua atividade apenas e tão somente na lei e na dogmática jurídica, desvinculando-se das raízes sociais do Direito.

No entanto, aponta a existência de um movimento por ele denominado de “desneutralização” do Poder Judiciário, o qual se originou com o nascimento do Estado de Bem-Estar Social e o reconhecimento dos direitos sociais. Os juízes, no seu entender, tal como os membros do Poder Legislativo e os mandatários do Poder Executivo, foram expostos à crítica pública em razão dos meios de comunicação de massa, passando a ser cobrados pela implementação das prerrogati-

vas essenciais para a coletividade. Por outras palavras, segundo o próprio Tércio, citando Mauro Cappelletti:

Tanto a imunidade da judicatura quanto o princípio da coisa julgada, ao invés de decorrências “lógicas” da divisão dos poderes, estão na verdade a serviço de valores, finalidades socialmente relativas que o sistema legal, de vários modos, procura realizar.²⁰

Diante desse cenário, a suposta neutralização política do juiz, tão cara em tempos passados, cederia espaço a um movimento de politização do magistrado, ao qual estaria franqueada, no desempenho de suas funções jurisdicionais, a possibilidade de cuidar de assuntos de interesse coletivo.

Aproveitando o contexto ora verificado de inserção cada vez maior dos magistrados no espaço político do Estado e no atendimento às demandas sociais da coletividade, buscaremos analisar até que ponto, em nossa visão, o Judiciário estaria autorizado a implementar os direitos sociais previstos constitucionalmente, sem que, com tal expediente, afronte os ditames do próprio Texto Maior e a separação institucional de funções próprias do Poder, por ele expressa, em favor do Legislativo e do Executivo.

4. A judicialização dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais de segunda geração traduzem, como perquirimos linhas acima, prerrogativas dependentes de uma prestação positiva por parte do Estado, diferenciando-se, em muito, dos direitos fundamentais de primeira dimensão, referentes a uma abstenção ou atuação negativa dele. O reconhecimento de ditas prerrogativas sociais deu azo ao surgimento daquilo que concebemos por neoconstitucionalismo.

¹⁹ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, v. 21, p. 12-21, mar./maio 1994.

²⁰ *Ibidem*, p. 20.

Vale dizer: se o constitucionalismo preocupava-se em resguardar o indivíduo dos muitos abusos cometidos pelo Estado relativamente a sua vida privada, o neoconstitucionalismo intenciona redimensionar o papel da Constituição que, além de fixar o rol de direitos infensos a intervenções estatais indevidas, elencaria verdadeiras “normas diretivas”²¹ para encaminhar os trabalhos dos Poderes Públicos.

Evidentemente que a concretização dos direitos sociais representa um custo a ser arcado pelo Estado.²² Bem por isso, é impossível cogitar-se da implementação imediata de todos os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, uma vez que as demandas daí decorrentes são inúmeras, mesmo ilimitadas, enquanto que os recursos necessários ao seu pleno atendimento são, como bem se sabe, escassos. Dessa forma, o atendimento aos direitos sociais envolve uma obrigatória seleção das prioridades que o Poder Público deseja enfrentar.

Tal tarefa, segundo a clássica divisão orgânica dos poderes, estaria a cargo do Legislativo, por meio da edição das leis orçamentárias e demais normas a reger os direitos sociais, e do Executivo, a quem competiria cumprir os comandos prescritos pelas normas legais e, dentro do campo de discricionariedade que lhe é aberto, traçar as políticas públi-

cas necessárias ao seu atendimento.

Entretanto, o Poder Judiciário, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, tem tomado parte cada vez mais ativa na concretização dos direitos sociais, valendo-se, para tanto, de todo um embasamento teórico que se presta a esta finalidade.

Com efeito, a denominada *doutrina da efetividade* é uma das mencionadas teorias que permitem a atuação cada vez mais incisiva do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais. Cuida-se do resultado de um movimento que buscava, essencialmente, conferir aplicação direta e imediata aos dispositivos constitucionais, mormente aqueles relacionados aos direitos fundamentais, em vista do quadro de total dissonância entre os comandos que derivam do Texto Maior e a realidade social do país. Por outros termos, a doutrina da efetividade promove o reconhecimento do atributo da *imperatividade* em favor das normas constitucionais, tal como ocorre com as regras jurídicas em geral.²³

Com base nas formulações teóricas oriundas da doutrina da efetividade, os magistrados têm aplicado as normas reconhecedoras dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988 independentemente de qualquer legislação ordinária intermediadora e atendido às demandas judiciais propostas por indivíduos singulares.

De par com a doutrina da efetividade, a *teoria dos princípios* a que se referem os estudos de Ronald Dworkin²⁴ e, sobretudo, Robert Alexy, também desempenhou papel fundamental para a judicialização dos direitos sociais. Este último teórico traça uma interessante classificação segundo a qual podemos falar em duas espécies de normas no orde-

21 Cf. STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em *Terrae Brasiliis*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 4, p. 272-308, jul.-dez. 2004.

22 Marcelo Figueiredo, citando as lições de Cass Sunstein, adverte que não apenas os direitos sociais, econômicos e culturais, mas também os direitos civis e políticos representam custos a serem arcados pelo Estado. O cidadão, por exemplo, ao exercer o direito de voto próprio da democracia, recorre a uma estrutura mantida, no Brasil, pela Justiça Eleitoral, a custo de dispendiosas verbas empregadas pelo Estado para a sua realização. Portanto, as prerrogativas de primeira dimensão não envolvem apenas uma abstenção, como dantes se imaginava, mas também, em certa medida, um fazer do Estado. Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. *Direitos sociais no Brasil e na América Latina*. Os papéis da comissão e da corte interamericana de direitos humanos. In: Seminário Internacional “Protección de los Derechos Sociales”, San Juan, Argentina, abr. 2012.

23 Sobre o tema, ver BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006.

24 Verificar DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 11. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

namento jurídico: de um lado, os princípios, e, de outro, as regras jurídicas propriamente ditas.²⁵

De acordo com Robert Alexy, regras jurídicas são comandos que seguem a lógica do “tudo ou nada”, com o que pretendemos dizer que ou se cumpre integralmente a conduta desejada, ou se desatende por completo o seu conteúdo, restando, assim, afrontada. Luís Roberto Barroso, retratando o pensamento de Robert Alexy, afirma que “não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva”.²⁶

Por sua vez, o princípio consubstanciaria um valor a ser perseguido. O ordenamento jurídico apresenta diversos princípios diferentes, que não só podem como efetivamente entram em situações de claro conflito. Em função disso, a lógica do princípio não pode ser aquela relativa a uma simples regra jurídica (“tudo ou nada”), pois os princípios representam *mandados de otimização*, a serem realizados na maior medida possível.

Assim, os direitos fundamentais, por entrarem em rota de colisão entre si, podem também ser classificados como princípios segundo as proposições de Alexy, demandando, pois, efetivação ou concretização sempre que viável, mesmo que pela via judicial.

Colhe-se dos dois exemplos acima listados (doutrina da efetividade e teoria dos princípios) que a atuação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais baseia-se em fundamentos doutrinários. São vários os juristas que defendem o que se convencionou chamar de “ativismo judicial”, principalmente

em face da necessidade de se concretizar os direitos derivados do Estado Social e da clara ineficiência do Executivo na administração dos recursos públicos.²⁷

Contudo, é de se notar que a atuação cada vez mais proeminente da judicatura a esse respeito é passível de severas críticas. Focaremos em duas das principais objeções que se faz à judicialização dos direitos sociais: a referente à legitimação democrática dos juízes e à “cláusula da reserva do possível”.

5. Ativismo judicial e legitimidade democrática.

A forma de investidura dos magistrados é inequivocamente diferente daquela por meio da qual os membros do Poder Legislativo e os ocupantes de cargos políticos do Poder Executivo são alçados aos seus postos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os senadores da república, deputados federais, deputados estaduais, deputados distritais e vereadores, assim como o Presidente da República, os governadores e os prefeitos são eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico,²⁸ para exercer, por meio de repre-

25 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

26 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

27 Wandimara Pereira dos Santos Saes relaciona os juristas que defendem o ativismo judicial. Dentre outros, podemos citar João Luís M. Esteves (ESTEVES, João Luís M. *Direitos sociais fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Coleção Prof. Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2007, p. 137), Sérgio Fernando Moro (MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 292), Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19) e Victor Abramovich e Christian Courtis (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 132). Cf. SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *A justificabilidade dos direitos sociais no Brasil: abordagem analítica, empírica e normativa*. Mestrado (Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. São Paulo – SP, 2008, p. 296.

28 O artigo 60, § 4º, da Lei Maior prevê que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II – o voto direto, secreto, universal e periódico”. Trata-se do que a doutrina costumeiramente classifica enquanto “cláusula pétrea”, “cerne imutável” ou “núcleo intangível” da Constituição Federal de 1988.

sentação, o poder que emana do povo.²⁹ Por outro lado, a mesma Carta Política preceitua que os juízes ingressam na carreira por meio de concurso de provas e títulos,³⁰ salvo na hipótese relativa ao quinto constitucional.³¹

Verificamos, portanto, que a população só tem o poder de eleger os seus representantes no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, não havendo que se falar em exercício da democracia quanto aos membros do Poder Judiciário, conforme a regência que decorre dos ditames da própria Constituição Federal. Ocorre que o Poder Judiciário, com o advento do Estado Social, como vimos, atravessa um momento de verdadeira “politização”, tomando parte cada vez mais ativa na efetivação dos direitos sociais e, com isso, interferindo na administração da coisa pública.

Frente a esse contexto, uma das principais objeções ao ativismo judicial é a que diz respeito à falta de legitimidade democrática dos juízes para se irrogarem nas funções próprias do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

A esse respeito, leciona com propriedade de Luís Roberto Barroso:

Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a

prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção à saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.³²

Compartilha da mesma visão J.J Gomes Canotilho, para quem:

Os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação.³³

A objeção ganha consistência quando se considera que o ativismo judicial garante a efetivação dos direitos sociais somente em favor daqueles que buscam o atendimento de suas pretensões junto ao Poder Judiciário. Tal circunstância é temerária, na medida em que muitos indivíduos estão privados do acesso à Justiça, por razões de ordem econômica (impossibilidade de arcar com os custos referentes ao processo ou com os honorários advocatícios) e/ou social (falta de informação quanto à possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário).

De fato, não se afigura coerente reservar àqueles que acionem o Poder Judiciário a possibilidade de usufruir determinado direito social, de um lado, e, de outro, deixar ao largo

29 “Art. 1º. (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

30 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (...)”.

31 “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.”

32 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n. 15, nov. 2008, p. 27-28.

33 Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 946.

da mesma fruição diversas outras pessoas que se encontrem em situação idêntica ou, ao menos, similar, simplesmente em razão dos mecanismos inerentes ao funcionamento da Justiça.

Superada essa primeira crítica, cumprenos analisar a “reserva do possível”.

6. A cláusula da reserva do possível e a questão da macrojustiça.

A cláusula da reserva do possível constitui um dos principais limitadores ao atendimento dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles referentes à segunda geração ou dimensão. Corresponde, em síntese, à teoria que considera a escassez de recursos humanos e financeiros para afirmar a impossibilidade de se atender, de modo simultâneo e completo, a integralidade dos direitos sociais de todos os indivíduos. Por ela, a aplicabilidade imediata das prerrogativas fundamentais, que no caso brasileiro decorre da disposição do artigo 5º, § 1º, da CF/88,³⁴ deve ser mitigada em função da disponibilidade econômica do Estado.

A gestão dos recursos públicos envolve sempre escolhas a serem realizadas pelo administrador, tendo em vista a já noticiada escassez de disponibilidades econômicas e a quantidade ilimitada de demandas sociais. Diante das necessárias escolhas a serem feitas na gestão dos recursos estatais e na implementação de medidas e políticas sociais, o Poder Público, quando acionado judicialmente, vem apresentando como argumento, com alguma frequência, a cláusula da reserva do possível e a separação constitucional dos poderes.

É que as decisões judiciais que determinam o cumprimento de prestações positivas por parte do Estado acabam por interferir na administração da coisa pública, prejudicando as escolhas que deveriam ser promovidas pelo

Poder Público na concretização das políticas sociais.

É plenamente justificável, por exemplo, que o Estado deixe de construir uma escola em determinada localidade com o objetivo de priorizar a entrega de um hospital, sem que se possa alegar que, com tal expediente, a Administração Pública esteja a inviabilizar a fruição de direitos sociais. Essa espécie de decisão é completamente natural na administração dos valores públicos. Com a profusão de decisões judiciais tendentes a dar concretude aos direitos sociais, contudo, escolhas como a exemplificada acima são frustradas, havendo, por conseguinte, a substituição do gestor público pelos juízes na administração dos recursos financeiros.

Sobre este contexto, mas especificamente no que diz respeito ao direito social à saúde, com previsão no artigo 6º da Constituição Federal,³⁵ bem como ao fornecimento de medicamentos, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, assim disserta:

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimento integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se pla-

³⁴ “Art. 5º. (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

³⁵ “Art. 6º. 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.”

nejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. No contexto da análise econômica do direito, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável.³⁶

O prejuízo que as decisões judiciais acarretam à administração dos recursos públicos não se circunscreve, em absoluto, ao campo das políticas de saúde e à distribuição de medicamentos, valendo, outrossim, para as medidas políticas que visem atender aos demais direitos sociais.

O impasse é inequivocamente complexo. Aos juízes falta o conhecimento técnico de que a Administração Pública, com toda a sua estrutura de funcionários especializados, é detentora. Lembremos que a temática dos direitos sociais é composta de variados matizes (saúde, transporte, educação, saneamento básico, trabalho, previdência social, dentre muitas outras), em relação aos quais o magistrado não pode saber tudo, pois cada segmento demanda atuação conjunta de vários colaboradores com conhecimentos específicos. Além disso, o juiz não detém o conhecimento integral quanto à situação financeira do Estado e à viabilidade econômica de atender a tal ou qual demanda particular.

Fala-se que o Estado-juiz está predisposto à realização de uma *microjustiça*, ou seja, da aplicação da lei ao caso concreto. É a Administração Pública a incumbida de atender aos ditames da justiça social ou, por outras palavras, a *macrojustiça*. Porém, ao atender aos direitos sociais e interferir na gestão dos recursos públicos, o Poder Judiciário tutela assuntos de *macrojustiça*, sem contar com o conhecimento especializado imprescindível a tal atuação.



7. Parâmetros constitucionais para a atuação judicial na efetivação dos direitos sociais.

O espaço de atuação do Poder Judiciário, diante de tudo o quanto abordado acima, é controverso. A divisão clássica do poder, segundo a qual podemos falar em funções jurisdicional, legislativa e executiva, já não é suficiente para explicar o fenômeno do tratamento e efetivação dos direitos sociais, ante a “politização” por que vem passando o Poder Judiciário. Os magistrados tornaram-se agentes sociais e políticos, de par com o

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n. 15, nov. 2008, p. 28-29.

papel de solucionador de situações litigiosas concretas e particulares, postura passível de diversas críticas.

Como, então, equilibrar a atuação jurisdicional no que toca aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, sem que, de um lado, haja o chamado ativismo judicial, marcado pela extrema judicialização de questões que seriam afetas à Administração Pública, e, de outro, uma omissão dos magistrados quanto a essas mesmas prerrogativas essenciais? A resposta a essa indagação não é evidente e nem mesmo uma só.

O Poder Judiciário tem por uma de suas principais finalidades o controle de legalidade dos atos administrativos, estando inviabilizado de analisar a conveniência e oportunidade das medidas levadas a efeito pelo gestor público, segundo uma corrente de pensamento mais clássica, ou, ao menos, sujeito a limitações maiores na esfera da discricionariedade ou mérito administrativo.

Dessa forma, é certo que se um dever deflui da própria Constituição Federal de 1988 ou de outra norma legal, o Poder Judiciário estaria autorizado a analisar o cumprimento dos referidos comandos por parte da Administração Pública, como parte de seu natural e ínsito poder de fiscalizar o atendimento ao que a lei, em seu sentido lato, estabelece. Essa atividade, como é cediço, insere-se no controle de legalidade que os juízes exercem sobre a atuação administrativa.

Todavia, se o que está a se discutir no caso concreto colocado sob a atenção do juiz não é a legalidade do ato administrativo que vise a efetivar um determinado direito social, mas sim a viabilidade financeira do custeamento desta prerrogativa, ou o mérito da decisão administrativa, a questão ganha em complexidade. Temos que, em situações como esta, ao magistrado é necessário conduzir o litígio de maneira mais cautelosa e, principalmente, fundamentada, antes de proceder a qualquer determinação.

Por outras palavras, não é porque a Constituição Federal de 1988 garante o direito social à saúde, por exemplo, que os juízes, com base nessa previsão, devem atender a todas as demandas que se lhe apresentam a respeito da temática em apreço, independentemente da análise da efetiva necessidade do medicamento, do seu custo, do prejuízo que a determinação pode acarretar ao Sistema Único de Saúde (SUS) como um todo, dentre todos os demais aspectos inerentes ao contexto da saúde pública.

Sustentamos esse ponto de vista em razão de um motivo singular: na medida em que o juiz passa a atuar na realização das questões afetas à macrojustiça, efetivando os direitos sociais com previsão na Carta Política de 1988, deve estar ele cada vez mais ciente das consequências que as suas decisões produzem para o contexto global da coletividade, sobretudo na gestão pública dos recursos financeiros, e não apenas ao espectro particular do caso concreto submetido a sua apreciação.

De outra parte, se não possível que o Poder Judiciário intervenha em todas as esferas de decisão do Poder Público, também não é admissível que as autoridades administrativas, quando acionadas judicialmente, recorram à cláusula da reserva do possível como um argumento padrão e automático, a fim de evitar a concretização dos direitos sociais.

Primeiramente, o argumento da cláusula da reserva do possível deve observar o que costumamos denominar de mínimo existencial ou *minimum core obligation*. Embora se trate de uma expressão equívoca, que admite variados sentidos, podemos afirmar a verificação de um consenso quanto a um dado essencial do mínimo existencial: o de que ele se refere ao conjunto de condições primordiais para que qualquer indivíduo tenha uma vida minimamente digna. Marcelo Figueiredo esclarece que as obrigações componentes do mínimo existencial “devem ser disponibilizadas pelo Poder Público com prioridade e com

relação a elas não pode ser arguida a reserva do possível”.³⁷

Em segundo lugar, a reserva do possível não pode ser alegada de forma leviana, desacompanhada de elementos que efetivamente comprovem o desarranjo que a decisão judicial provocará na atuação do Poder Público. Aos autos do processo judicial que discuta a implementação de um direito social em específico, devem ser carreadas provas cabais no sentido de que o Poder Judiciário, em acolhendo a pretensão do autor, estará, em última análise, interferindo indevidamente nas atividades dos outros poderes e arriscando prejudicar os demais indivíduos que delas dependem.

Nesse sentido, recorrendo aos ensinamentos de Cristina M. M. Queiroz, as ponderações de Wandimara Pereira dos Santos Saes:

Nesse contexto, a cláusula da reserva do possível não tem como consequência a sua ineficácia, como bem adverte Cristina M. M. Queiroz, visto que ela expressa unicamente a “necessidade de sua ponderação”. Não obstante, ela não pode conduzir à negativa da justiciabilidade dos direitos sociais, e sim vincular a atuação estatal ao “máximo possível” na sua implementação mediante a ponderação do binômio necessidade-possibilidade. Na hipótese de violações dos direitos sociais, a cláusula da reserva do possível não deve afastar de plano a responsabilidade estatal. Ao revés, deve instar o Poder Público à comprovação da conformação constitucional de sua atividade, visto que os recursos podem se tornar indisponíveis por má gestão, fruto de ineficiência administrativa.³⁸

8. Conclusão.

Os direitos sociais, com previsão nos artigos 6º e seguintes de nosso texto constitucional, são aqueles que dependem de uma atuação positiva do Estado, compreendendo as necessidades materiais de que toda coletividade se ressente. Ao contrário do que ocorre em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos ditos sociais necessitam fundamentalmente de uma atitude concreta do Poder Público.

Todos os Poderes de nossa República têm por dever promover os direitos sociais, cada um no seu respectivo âmbito de atuação. Assim, o Poder Legislativo deve criar normas gerais e abstratas que efetivamente contemplem tais prerrogativas; o Poder Executivo elaborar políticas públicas, com base na lei, que os efetivem; e, finalmente, o Poder Judiciário analisá-los na ótica dos casos litigiosos que se lhe apresentam.

Atualmente, porém, o que se verifica é uma invasão de competências por parte dos juízes nacionais no que se refere ao assunto em apreço. Com efeito, é comum a verificação de sentenças, acórdãos e demais decisões, até mesmo aquelas de caráter liminar, que determinem a realização de uma obrigação de fazer ao Estado, tendo por fundamento os direitos sociais, situação esta que acaba por interferir na divisão clássica dos poderes e prejudicar as escolhas, seleções e demais aspectos próprios da administração dos recursos públicos.

Somos, pois, da opinião de que não cabe ao Poder Judiciário promover desenfreadamente, por meio de decisões prolatadas no seio dos processos judiciais a seu encargo, políticas públicas tendentes a efetivar os direitos sociais, uma vez que tal tarefa insere-se no rol de atribuições dos Poderes Legislativo,

³⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *Os direitos sociais: conceito e âmbito de aplicação. A progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no cenário latino-americano com foco na realidade brasileira*. No prelo.

³⁸ Cf. SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *A justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil: abordagem analítica, empírica e normativa*. Mestrado (Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. São Paulo –

SP, 2008, p. 308. Ver também QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites da justiciabilidade*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-216.

através da edição de normas de caráter geral e abstrato, e Executivo, por intermédio da concretização de medidas públicas.

Ao Poder Judiciário compete, em realidade, tutelar os direitos subjetivos no caso concreto, desde que no âmbito do controle de legalidade dos atos administrativos ou de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral. É dizer, o Poder Judiciário tem, e assim deve ser, uma atuação muito mais restrita no atendimento às demandas sociais, tendo em vista que o seu foco repousa no litígio apresentado, e não no contexto geral da coletividade.

Afora essas situações em que as obrigações do Poder Público decorram de expresse comando da lei, a tutela jurisdicional deve conduzir-se com reservas, de maneira cautelosa, pois as decisões na esfera dos direitos fundamentais de segunda dimensão, dependentes de uma prestação positiva por parte do Estado, influem seguramente, em maior ou menor medida, na administração dos recursos públicos e, por via de consequência, nas demais funções do poder.

É de bom alvitre ressaltar, contudo, que essa conclusão não autoriza o uso indiscriminado da cláusula da reserva do possível. Admitir essa situação seria o mesmo que consentir com um Estado omissivo que foge aos seus deveres constitucionais. Assim, devemos ter em mente que o argumento segundo o qual o Estado não dispõe de recursos infinitos para atender toda gama de demandas sociais merece ser utilizado de maneira consciente, e não automática.

Dois parâmetros surgem para balizar a utilização da cláusula da reserva do possível pelo Poder Público, quando este pretende furtar-se ao cumprimento de uma pretensão judicializada pelo indivíduo. O primeiro deles, conforme tópico acima, é o referente ao mínimo existencial, isto é, ao conjunto de condições mínimas para que o indivíduo tenha uma vida digna. Trata-se de conceito corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento da república com previsão no artigo 1º, inciso

III, da Lei Maior. Pretendemos dizer que a reserva do possível não poderá ser alegada quando o direito social que se discuta compunha o mínimo existencial de um indivíduo, ou seja, quando a prerrogativa cogitada seja, de fato, imprescindível para a manutenção de uma vida digna, embora reconheçamos, neste particular, que o conceito invocado carece de melhor delimitação.

Já o segundo parâmetro é o que tange ao ônus da prova que deverá ser suportado pelos diversos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em geral colocados no polo passivo das ações que reclamam prestações positivas do Estado, para furtar-se ao cumprimento da obrigação de fazer pleiteada judicialmente. A partir da propugnada exigência processual, o magistrado terá subsídios e elementos mais prestantes a fim de solucionar a lide, bem como uma forma de aferir a eficiência na gestão dos recursos públicos.

Dessa maneira, se, por acaso, o Estado demonstrar cabalmente que não pode arcar com o custo relativo a um medicamento ou tratamento médico extremamente dispendioso porque isso acarretaria, inevitavelmente, no encerramento do atendimento hospitalar em uma região, não cabe ao juiz ponderar qual valor é mais importante neste caso, já que essa espécie de valoração compete aos órgãos políticos de nosso país, legítimos representantes do povo brasileiro.

Não obstante, caso, na mesma situação, o Estado alegue despretensiosamente a cláusula da reserva do possível, sem comprovar a contento as consequências que eventual decisão judicial importe na gestão dos recursos públicos, o magistrado, em nosso entender, poderá acolher a pretensão formulada pelo indivíduo, ante o comando que deriva de nossa Constituição e demais leis de regência.

A recomendação acima expendida, a título de arrematação, parece-nos favorecer a separação constitucional das funções do poder, a eficiência administrativa e o mínimo existencial.

Referências bibliográficas.

ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 11. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, v. 21, p. 12-21, mar./maio 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Direitos sociais no Brasil e na América Latina*. Os papéis da comissão e da corte interamericana de direitos humanos. In: Seminário Internacional “Protección de los Derechos Sociales”, San Juan, Argentina, abr. 2012.

_____. *Os direitos sociais: conceito e âmbito de aplicação*. A progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no cenário latino-americano com foco na realidade brasileira. No prelo.

FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-a-criacao-da-Sociedade-das-Nacoes-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ONU. *Relatório de desenvolvimento humano (programa das nações unidas para o desenvolvimento)*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=4237>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites da justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *A justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil: abordagem analítica, empírica e normativa*. Mestrado (Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. São Paulo – SP. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em *Terrae Brasilis*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 4, p. 272-308, jul.-dez. 2004.