

RECEBIDO EM: 29/09/2015

APROVADO EM: 22/12/2015

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: ALGUNS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

*THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS: SOME PARAMETERS
FOR THE WORK OF THE JUDICIARY*

Carolina Bastos Lima Paes

Procuradora Federal

Mestranda em Direito pelo Programa

de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controvérsias em torno da judicialização dos direitos sociais; 2 O aumento do número de demandas judiciais sobre direitos sociais e seus riscos; 3 Repensando a judicialização dos direitos sociais: alguns parâmetros para a atuação do Poder Judiciário; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo central do trabalho é a construção de um conjunto de parâmetros que devem nortear a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, para que a intervenção judicial não comprometa a efetividade e a universalidade das políticas públicas sociais como um todo. Inicia-se com uma breve exposição dos argumentos democráticos contrários à possibilidade de os direitos sociais serem reclamados nas vias judiciais, os quais, em seguida, são afastados por outros argumentos, também de cunho democrático. E, após a demonstração do aumento do número de demandas judiciais de reivindicação de direitos sociais, são apresentados alguns riscos que delas podem advir, os quais precisam ser aceitos, e compreendidos, para que possam, então, ser superados. A parametrização da atuação do Poder Judiciário na seara das políticas públicas sociais, porém, está em processo de construção. Não se pretende esgotar o assunto, mas sim contribuir para este processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Judicialização. Possibilidade. Riscos. Parâmetros. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The paper's central objective is to build a set of parameters that should guide the work of the Judiciary in achieving the social rights, so that judicial intervention does not compromise the effectiveness and the universality of social public policy as a whole. It begins with a brief statement of democratic arguments that advocate social rights can not be claimed in legal procedures, which are opposed by other also democratic arguments. And after demonstrating the increasing number of lawsuits claiming social rights, the paper presents some of them risks that may arise, which must be accepted and understood, so that they can then be overcome. The parameterization of the Judiciary acting in the harvest of social public policies, however, is under construction. This article is not intended to exhaust the subject, but rather to contribute with this process.

KEYWORDS: Social Rights. Judicialization. Possibility. Risks. Parameters. Judiciary.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de os direitos sociais serem reclamados por seus titulares em sede judicial, diante da omissão dos poderes políticos na concretização das disposições constitucionais que os preveem, já foi rechaçada por uma série de argumentos, que se diziam lastreados no princípio democrático, segundo os quais as tarefas de elaborar e de executar as políticas públicas sociais estariam a cargo, exclusivamente, dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto ao Poder Judiciário restaria a atividade de controle de tais políticas, sem, contudo, ser-lhe lícito se imiscuir na concretização dos direitos sociais, quando os dois Poderes competentes houvessem falhado.

Muito se discutiu acerca do tema, tendo-se acrescentado ao argumento democrático outros argumentos de cunho prático, como, por exemplo, o custo de implementação dos direitos sociais, que exigiria uma prévia programação orçamentária e a eleição de prioridades, dentre as inúmeras necessidades sociais a serem satisfeitas pelos *escassos recursos* financeiros disponíveis. Segundo tais argumentos, os órgãos judiciais não estariam tecnicamente preparados para esse tipo de análise macroeconômica, nem poderiam fazê-lo dentro do limitado âmbito de conhecimento das demandas judiciais individuais.

Os argumentos de cunho prático, ao invés de obstaculizarem a judicialização dos direitos sociais, consubstanciam alguns riscos que o deslocamento da implementação das políticas sociais, das esferas políticas para a esfera judicial, pode fazer surgir, caso não sejam seguidos alguns parâmetros. A correta compreensão de tais argumentos, portanto, implica em conhecê-los e aceitá-los, para que, então, possam ser construídos alguns parâmetros para nortear a atuação do Poder Judiciário, na tarefa de concretização dos direitos sociais.

Nesta conjuntura, o artigo parte da exposição de argumentos que, também de feição democrática, são capazes de afastar aqueles que não admitem a realização dos direitos sociais por intervenção do Poder Judiciário, independentemente ou para além da prévia atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Em seguida, a partir da constatação de que o número de demandas judiciais com este objeto é crescente, demonstram-se alguns riscos que podem advir da atuação indiscriminada dos órgãos judiciais. Por fim, como objetivo central do estudo, constrói-se um conjunto de parâmetros para a atuação do Poder Judiciário, sem, contudo, obstar a possibilidade de novos parâmetros virem a ser construídos pela prática jurisprudencial e doutrinária.

1 CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A concretização de direitos sociais por intervenção do Poder Judiciário já sofreu severas críticas, fundadas, especialmente, no seu caráter supostamente antidemocrático. Argumentava-se que as decisões políticas deveriam ser tomadas exclusivamente pelos representantes populares, não sendo legítimo aos juízes, que não foram eleitos pelo povo para o exercício de tal *mister*, fazer substituir a vontade dos legisladores e dos administradores pela sua própria vontade, até mesmo porque os juízes não estariam tecnicamente preparados para escolher a melhor adequação aos recursos públicos, diante das inúmeras necessidades sociais.

Nas palavras de Daniel Sarmento, o argumento defende que o controle judicial dos direitos sociais

não é democraticamente legítimo, na medida em que permite a juízes - que não respondem politicamente perante o povo - interferir nas decisões adotadas por representantes populares sobre quais demandas e necessidades humanas priorizar nos gastos públicos, e sobre como equacioná-las adequadamente, num cenário marcado pela escassez de recursos. Os adversários da sindicabilidade dos direitos sociais aludem ao caráter antidemocrático da suposição de que uma elite de supostos sábios, com assento nos tribunais, teria condições de decidir melhor estas questões do que legisladores e administradores, que foram escolhidos pela própria população. Daí, afirmam que a tutela judicial dos direitos sociais implicaria transferir para o Judiciário um poder excessivamente amplo, para cujo exercício os juízes, além de não possuírem legitimidade, não estariam tecnicamente preparados.¹

O que dá sustentação a tal argumento é a concepção tradicional de democracia como sendo o governo que reflete a vontade da maioria. Todavia, adotando-se uma outra concepção, surgem outros argumentos, também de cunho democrático, capazes de afastar o argumento democrático contrário à sindicabilidade judicial dos direitos sociais.

A concepção mais moderna de democracia exige mais do que representação popular, e sim a participação direta do povo na tomada de

1 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 558.

decisões políticas². E, nesta conjuntura, os direitos sociais assumem papel de destaque, visto que consubstanciam as condições materiais necessárias para que os cidadãos tenham efetiva participação na esfera pública³. “[A] democracia não se confunde com o predomínio da vontade da maioria, exigindo a garantia de certos direitos que viabilizem a participação dos cidadãos no espaço público”⁴.

Ademais, a intervenção judicial nas políticas públicas não implica, necessariamente, a sobreposição da vontade individual do juiz sobre a vontade do povo. É, sim, possível que o Poder Judiciário entre em cena, justamente, para preservar a autoridade superior do povo, sobretudo na realidade brasileira, marcada pela crise das instituições representativas⁵. Na hipótese de as decisões políticas ordinárias, influenciadas por fatores alheios à representação popular, ignorarem os interesses dos titulares dos direitos sociais, a intervenção judicial pode ajudar a promover a democracia, ao invés de pô-la em risco.

A ideia por trás do reconhecimento constitucional de direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais, também reforça a democracia, tal como é compreendida hodiernamente. Não se trata, apenas, de simples normas programáticas, dirigidas ao legislador ordinário, mas sim, nos termos utilizados por Ronald Dworkin⁶, de *trunfos* dos indivíduos em face dos poderes políticos, cuja discricionariedade encontra limites no respeito ao catálogo de direitos fundamentais, que, até para ser alterado, exige um procedimento mais rígido. Então, quando o procedimento democrático majoritário desconsiderar os interesses individuais das minorias, também titulares dos trunfos políticos, é dizer, dos direitos fundamentais, os órgãos judiciais devem assumir a responsabilidade de garanti-los⁷.

É o que entende, também, Daniel Sarmiento, que afirma:

Por um lado, a constitucionalização dos direitos impõe barreiras à decisão das maiorias, limitando a democracia; por outro, ela busca

2 SARMENTO, op. cit., p. 560

3 GARGARELLA, Roberto. 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, 2008, p. 219.

4 SARMENTO, op. cit., p. 575.

5 Ibid., p. 560.

6 DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. São Paulo: Almedina, 2012, passim.

7 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 64, jan./jun. 2012.

assegurar e promover os pressupostos para as interações democráticas na sociedade, possibilitando a própria democracia. O sucesso da receita passa pela dosagem dos ingredientes: devem-se evitar tanto as limitações em excesso, que amesquinham o espaço de deliberação democrática da sociedade, como a falta de limites, que desprotege direitos básicos, pondo em risco a continuidade da empreitada democrática.⁸

Prevalece, então, o argumento democrático favorável à sindicabilidade judicial dos direitos sociais. O catálogo constitucional de direitos fundamentais, que abrange, ao lado dos direitos civis e políticos, os chamados direitos de segunda dimensão, representa mais do que meras normas programáticas, dirigidas ao legislador, para que sejam realizadas na medida do jurídica e do faticamente possível. Nos dias atuais, reconhece-se, majoritariamente, que não há, entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, nenhuma diferença substancial⁹, que justifique um tratamento diferenciado no que respeita à possibilidade de tais direitos serem reclamados em sede judicial. Ora, se ambos são, igualmente, direitos fundamentais, ambos podem ser reivindicados por seus titulares, seja administrativamente, seja judicialmente.

Some-se, ainda, o fato de o constituinte brasileiro ter conferido aplicabilidade imediata a todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, sejam de primeira ou de segunda dimensão, o que “representa a vinculação do legislador, do administrador e também do julgador aos direitos fundamentais”¹⁰. Esta disposição constitucional impede que os juízes, diante de demandas cujo objeto seja a reivindicação de direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, deixe aos legisladores a responsabilidade pela sua regulamentação legal, para que, então, possam julgar eventuais omissões estatais. Neste mesmo sentido, é a lição de Luiz Antônio Freitas de Almeida:

Esse dever objetivo de proteger, aperfeiçoar e mesmo de fomentar e realizar todos [os] direitos fundamentais vincula, portanto, não só o Executivo e o Legislativo como também o Judiciário e enseja, por esse aspecto, que haja uma interpretação conforme aos direitos fundamentais por parte dos tribunais e que lhes confira a maior eficácia possível;

8 SARMENTO, op. cit., p. 536.

9 ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. SUR *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 2, p. 191, 2005.

10 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Direitos fundamentais sociais e sua aplicação pelo Judiciário: hidrólise judicial de políticas públicas ou tutela efetiva? *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 14, , p. 94, jan./mar. 2011.

mais que isso, se a aplicabilidade é imediata, independeria *a priori* de normatização infraconstitucional sua concreção, ao menos de alguns de seus efeitos jurídicos, de forma que não se tratam de meras normas programáticas, isto é, que não produzem, por si, qualquer efeito jurídico, ficando totalmente à mercê do legislador.¹¹

A extensão, aos direitos sociais, da aplicabilidade imediata das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais também se justifica pela constatação de que inexistente, entre os direitos de primeira e de segunda dimensão, qualquer distinção substancial, e sim, no máximo, uma distinção de grau. Ambas as dimensões de direitos humanos implicam obrigações estatais negativas e positivas, em menor ou maior grau. Nas palavras de Víctor Abramovich,

[e]m síntese, a estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas do Estado: obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, para garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja prejudicada por outros cidadãos. [...]

[...] os direitos econômicos, sociais e culturais também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas do Estado, embora nesse caso as obrigações positivas se revistam de maior importância simbólica para identificá-los.¹²

Cristina Figueiredo Terezo também conclui pela inexistência de diferença substancial entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, quando, analisando as razões que ensejaram a alocação das duas dimensões de direitos humanos em dois instrumentos internacionais distintos, afirma que

[a] decisão em reconhecer os Direitos Humanos em dois textos normativos distintos, com previsão de medidas de implementação diversas para os direitos econômicos, sociais e culturais e com um único Protocolo Facultativo ou Opcional, tão-somente se referindo à violação dos direitos civis e políticos, foi a melhor alternativa encontrada naquele momento para se alcançar o consenso, muito embora tenha se reconhecido que mais poderia ter sido feito, e que tais instrumentos internacionais não teriam tanta eficácia, como asseverou a Delegação de Filipinas: “[...] sem medidas de implementação verdadeiramente

11 ALMEIDA, op. cit., p. 94.

12 ABRAMOVICH, op. cit., p. 191.

efetivas, os Pactos seriam algo, menos Direitos Humanos, não tendo nenhum poder real de influenciar política e conduta de pessoas e de Estados, sob sua jurisdição”.¹³

E, não havendo distinção substancial entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, não têm força os argumentos contrários à judicialização dos segundos que entendem que os direitos sociais são direitos prestacionais, que exigem uma atuação positiva por parte do Estado e que, portanto, têm custos, razão pela qual só poderiam ser concretizados por meio de políticas públicas elaboradas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e não pela intervenção do Judiciário.

Uma vez que as duas dimensões de direitos humanos comportam, em menor ou maior grau, obrigações estatais negativas e positivas, tanto direitos de defesa quanto direitos prestacionais têm custos, e nem por isso se ousa defender que os direitos de defesa não possam ser reclamados perante o Poder Judiciário. Segundo José Cláudio Carneiro Filho,

[a] diferença nos custos desses direitos não se daria sequer no montante, mas sim na visibilidade do gasto. Enquanto os direitos sociais possuem custos financeiros públicos diretos visíveis a olho nu, os clássicos direitos e liberdades assentam sobretudo em custos financeiros indiretos, cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula. Ainda, no caso dos direitos sociais, os custos são evidenciados tanto por quem recebe a prestação quanto por quem a dá (o Estado, ou a sociedade contribuinte, no caso). Por outro lado, o mesmo não ocorre com os direitos e liberdades, que normalmente se traduzem em custos gerais não individualizáveis.¹⁴

Logo, se o custo dos direitos civis e políticos não serve como argumento válido para afastar a possibilidade de tais direitos serem reclamados judicialmente, o custo dos direitos sociais também não poderá fazê-lo.

Inclusive, como bem assevera Luiz Antônio Freitas de Almeida, sequer tem razão de ser a classificação dos direitos humanos em *gerações* ou *dimensões*, haja vista que todos os direitos humanos são complementares e direcionados à proteção da dignidade humana. Afirmo o autor, com razão, que tal classificação tem, no máximo, mérito didático, e explica:

13 TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014. p. 43.

14 CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas. *ANIMA - Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, v. 1, p. 17, 2009.

Essas distinções, em que pese o mérito didático que possuem ao situar historicamente o nascimento das chamadas “gerações” de direitos, o que em si é bastante controverso, carecem de fundamentação lógica ante a constatação de que não são categorias antagônicas, mas complementares, que se reforçam em prol da proteção da dignidade humana.¹⁵

Esta é a concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e reforçada pela Declaração de Viena de 1993, concepção esta marcada pela indivisibilidade de todos os direitos humanos e pela interdependência entre os valores dos direitos humanos, da democracia e do desenvolvimento¹⁶.

Do que se expôs até aqui, afere-se que os argumentos contrários à sindicabilidade judicial dos direitos sociais não tinham razões para prosperar. Tais direitos são também direitos humanos, assim como os direitos civis e políticos e, na qualidade de trunfos políticos, podem ser reivindicados perante o Poder Judiciário, na hipótese de os Poderes Legislativo e Executivo não cumprirem a contento com o seu *mister* de concretização das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais prestacionais.

Importa conferir, por fim, o trecho a seguir do Comentário Geral n.º 9, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, que, encerrando a discussão, esclarece:

10. Em relação aos direitos civis e políticos, geralmente se parte do pressuposto de que é fundamental a existência de recursos judiciais frente à violação desses direitos. Lamentavelmente, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, com demasiada frequência se parte do pressuposto contrário. Essa discrepância não se justifica nem pela natureza dos direitos, nem pelas disposições pertinentes do Pacto. [...] Ainda que seja necessário levar em conta o planejamento geral de cada um dos sistemas jurídicos, não há nenhum direito reconhecido pelo Pacto que não se possa considerar que possui, na grande maioria dos sistemas, algumas dimensões significativas, no mínimo, de justiciabilidade. Às vezes se afirma que as questões que supõem a alocação de recursos devem ser confiadas às autoridades políticas e não

15 ALMEIDA, op. cit., p. 91.

16 PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 1, p. 25-26, 2004.

aos tribunais. Ainda que se deva respeitar as competências respectivas dos diversos poderes, é conveniente reconhecer que os tribunais já intervêm geralmente em uma gama considerável de questões que têm consequências importantes para os recursos disponíveis. A adoção de uma classificação rígida de direitos econômicos, sociais e culturais, que os situe, por definição, fora do âmbito dos tribunais, seria, portanto, arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois grupos de direitos são indivisíveis e interdependentes. Também se reduziria drasticamente a capacidade dos tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade. (tradução livre)¹⁷

Tendo-se, então, por admitida a judicialização dos direitos sociais, partir-se-á, no tópico que se segue, a uma breve exposição da conjuntura internacional e brasileira de demandas judiciais envolvendo direitos sociais, para, então, serem expostos alguns riscos que a intervenção do Poder Judiciário, apesar de possível e, muitas vezes, necessária, pode oferecer à realização dos direitos fundamentais como um todo.

2 O AUMENTO DO NÚMERO DE DEMANDAS JUDICIAIS SOBRE DIREITOS SOCIAIS E SEUS RISCOS

A prática judicial tem evidenciado a vitória dos defensores da justiciabilidade dos direitos sociais sobre aqueles que defendiam que a segunda dimensão de direitos humanos só poderia ser concretizada mediante a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Alguns fatores podem ser apontados como agentes catalisadores do aumento do número de demandas judiciais por meio das quais os interessados pretendem ver garantidos os seus direitos sociais.

Os mecanismos regionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, assim como a jurisprudência destes órgãos, têm produzido uma interpretação das normas de direitos sociais favorável à sua realização judicial, no âmbito nacional¹⁸. E esta tendência ganhou um reforço no ano de 2008, com a adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que prevê um procedimento de denúncia

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral n.º 9*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1998, p. 4. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>. Acesso em: 17 jul. 2014.

18 LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 11, p. 101, dez. 2009.

individual ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, após o esgotamento dos recursos internos, o que até então era exclusivo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁹. Da mesma forma, o Protocolo de San Salvador de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, prevê mecanismos de petições individuais dirigidas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por violação do direito à educação e dos direitos sindicais²⁰.

Reflexos desta tendência internacional vêm sendo sentidos em diversos sistemas nacionais, como, por exemplo, na Índia, na África do Sul e na Colômbia.

O sistema indiano adotou um informalismo que facilitou a atuação da Corte Constitucional, na realização de direitos sociais. Citem-se, a este respeito, a jurisdição epistolar, que garante acesso à Suprema Corte através de uma simples carta escrita em favor de um grupo marginalizado, e as comissões sociojurídicas de informação, que, à semelhança do *amicus curiae*, têm a função de prestar as informações técnicas necessárias à formação do convencimento da Corte²¹.

A África do Sul trouxe ao mundo exemplos bem sucedidos de como os juízes podem contribuir com discussões políticas, sem enfraquecer a democracia. Em dois casos emblemáticos, um do ano de 2000 e outro de 2002, a Corte Constitucional Sul-Africana determinou que fossem adotadas medidas para uma implementação progressiva do direito à moradia e para a prevenção de transmissão, de mãe para filho, do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS/SIDA), preservando, no entanto, uma certa discricionariedade política na escolha das medidas que seriam adotadas para estes fins²².

A contribuição da Corte Constitucional da Colômbia que merece destaque também se identifica com a implementação judicial de direitos sociais com respeito à democracia deliberativa. Trata-se da complexa doutrina da *situação inconstitucional*²³, que, uma vez constatada a omissão estatal quanto à realização de direitos fundamentais, admite a modulação

19 LANGFORD, op. cit., p. 100.

20 PIOVESAN, op. cit., p. 31.

21 GARGARELLA, op. cit., p. 221-222.

22 GARGARELLA, op. cit., p. 220-221.

23 LANGFORD, op. cit., p. 101.

dos efeitos da decisão da Corte, para que os poderes políticos possam adotar as medidas necessárias à correção da situação considerada inconstitucional²⁴.

Na América Latina, têm especial influência, no crescimento de demandas judiciais sobre direitos sociais, as constituições socialmente avançadas, que trazem em seu bojo um extenso catálogo de direitos fundamentais, dentre eles, inúmeros direitos sociais²⁵. Por outro lado, as instituições democráticas de representação popular estão em crise, consoante observado por Anderson Vichinkeski Teixeira:

O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia - e progressiva burocratização - do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política.²⁶

A debilidade das instituições democráticas de representação, aliada à crescente conscientização popular acerca dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, cedeu lugar à atuação de movimentos e organizações sociais em prol de grupos vulneráveis. “Estes novos atores não-estatais somam-se ao movimento sindical tradicional e, em geral, estão mais dispostos a utilizar os tribunais como instrumentos de mudança social”²⁷.

Acerca da mobilização social, na realidade brasileira, afirmam Miriam Ventura, Luciana Simas, Vera Lúcia Edais Pepe e Fermin Roland Schramm:

A emergência de novos atores sociais, com reivindicações e focos de atuação nas diversas instâncias de elaboração das políticas públicas,

24 GARGARELLA, op. cit., p. 223.

25 LANGFORD, op. cit., p. 102-103.

26 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 42, jan./jun. 2012.

27 LANGFORD, op. cit., p. 103.

é uma forte característica da sociedade brasileira contemporânea. Este modelo participativo, corolário do princípio democrático, produz efeitos nos poderes instituídos. O princípio democrático, relacionado ao exercício do direito político, passa a enfatizar, mais recentemente, a necessidade de que seja assegurada a ativa participação e consideração dos interesses de todos os sujeitos de direitos, também no processo de identificação de prioridades na tomada de decisões, no planejamento, na implementação e na avaliação das políticas públicas, e não simplesmente na eleição de representantes na instância legislativa e chefes dos Poderes Executivos. Nesse sentido, um dos mecanismos construídos nas últimas décadas foi a potencialização do conflito social no âmbito do Judiciário, como estratégia legítima para a defesa, promoção e garantia de direitos.²⁸

Acerca da atuação do Poder Judiciário brasileiro, Florian Hoffmann e Fernando Bentes trabalharam sobre um levantamento quantitativo e qualitativo de demandas judiciais sobre o direito à saúde e o direito à educação, em cinco Estados brasileiros, além do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Foram examinados mais de dez mil casos, dos quais exsurgiram, dentre outras, as seguintes conclusões:

Os padrões que emergem do total de cinco Estados e das duas Cortes Superiores revelam duas tendências gerais. A primeira é uma espantosa assimetria entre um grande número de casos referentes à saúde e um número comparativamente pequeno de casos de direitos educacionais: em um mesmo período de tempo, nos mesmos tribunais pesquisados, o universo total de casos estudados comportou 96% de saúde e 4% de educação. A segunda tendência sugere, inversamente, que os casos de educação, embora menos abundantes, podem ter um maior impacto, já que os casos de ações individuais de direitos de saúde predominam sobre os casos de ações civis públicas de direitos educacionais. Somente 2% dos casos de saúde são coletivos, ao passo que 81% dos de educação constituem reclamações coletivas, constatação que deve ser relativizada com o fato de existirem poucas ações individuais sobre direito à educação e muitas sobre direito à saúde. [...]

O tipo de ação predominante é o de reivindicações de pessoas físicas contra o Estado em busca de suprimento. Elas respondem por 85% de todos os casos. As ações de execução de obrigação de fazer partem, na

28 VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *PHYSIS - Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 95, 2010.

maioria, de pessoas físicas contra empresas privadas de seguro-saúde, representando outros 13%. Sobra, pois, menos de 1% para as ações sobre regulamentação. No STF, houve pouquíssimos casos nessa área de regulamentação, embora venha aumentando modestamente, desde 1998, a sua jurisprudência sobre direitos de saúde. O STJ parece refletir melhor, por sua vez, a tendência geral preponderante desde 1998, apontando um aumento acentuado nos casos de direitos de saúde.²⁹

De acordo com os resultados do estudo ora em comento, portanto, dentre as demandas conhecidas pelo Poder Judiciário brasileiro, a franca maioria versa sobre o direito à saúde. E estas demandas envolvem, com mais frequência, “reivindicações de fornecimento ou financiamento individual, em especial de acesso a remédios e, com menos frequência, de acesso a tratamentos”³⁰.

O crescente aumento do número de demandas judiciais envolvendo direitos sociais, ao mesmo tempo em que é salutar para a realização prática do complexo indivisível e interdependente de direitos humanos, também oferece riscos à concretização dos direitos humanos, e também à democracia. É o remédio que, quando ministrado para além do necessário para a cura, pode matar o paciente.

Cláudio Pereira de Souza Neto³¹ organizou, de forma bastante didática, argumentos que, segundo ele, representam as críticas endereçadas à possibilidade de os direitos sociais serem implementados por intervenção do Poder Judiciário. As críticas principiológicas, com efeito, discutem a sindicabilidade judicial dos direitos sociais, com base nos princípios liberal e democrático, em termos semelhantes aos expostos no item precedente.

As críticas institucionais, por sua vez, sintetizam dificuldades encontradas pelos juízes, para intervir nas políticas públicas sociais, dificuldades estas que, de fato, existem na prática, e podem colocar em risco a implementação dos direitos fundamentais como um todo, no seu conjunto indivisível e interdependente.

29 HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-392.

30 *Ibid.*, p. 395-396.

31 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

Dentre tais argumentos, a crítica financeira se agarra no custo dos direitos sociais. Uma vez que estes exigem prestações positivas por parte do Estado, e que os recursos financeiros fática e juridicamente disponíveis são escassos, a alocação destes recursos, nesta ou naquela prestação, teria de ser precedida da identificação das necessidades sociais prioritárias, análise esta que seria da atribuição exclusiva dos poderes políticos, não podendo o Judiciário se imiscuir em questões alheias à sua esfera de atuação³². A decisão sobre a alocação dos recursos financeiros, então, teria de ter em consideração o conjunto de necessidades sociais prioritárias, o que não seria possível em sede de demandas judiciais, ainda que coletivas, visto que, por mais abrangente que seja o objeto da demanda, ela jamais comportará todas as prioridades sociais.

Considerando-se tal aspecto financeiro, o risco da implementação judicial de direitos sociais seria o de comprometer os escassos recursos financeiros disponíveis em necessidades sociais que, embora importantes, não seriam consideradas prioritárias, caso analisadas em conjunto com todas as outras. Desta forma, concretizar-se-ia o que Antonio Moreira Maués chamou de *resgate do indivíduo e sequestro da sociedade*³³. Como bem observa Daniel Sarmento,

O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais.³⁴

É bom que se explique que não se está a defender a objeção da reserva do financeiramente possível como escusa para a omissão inconstitucional do Estado. Ora, se existe a norma constitucional, definindo um direito fundamental, e impondo um dever estatal correlato, há, por conseguinte, a obrigação de cumprimento de tal dever. A insuficiência de recursos, então, não pode legitimar a negligência, nem a incompetência dos poderes políticos. Mas também não pode ser, simplesmente, desconsiderada.

32 SOUZA NETO, op. cit., p. 525-527.

33 MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Orgs.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 262.

34 SARMENTO, op. cit., p. 581-582.

A reserva do financeiramente possível é, nestes termos, uma questão de razoabilidade. Nas lições de José Cláudio Carneiro Filho, diante da reivindicação judicial de um direito prestacional, o juiz deve analisar a razoabilidade da demanda, frente à escassez de recursos,

[O]u seja, se é razoável o indivíduo exigir aquilo da sociedade em que vive. A partir desse critério, poder-se-ia considerar irrazoável a condenação do Estado ao pagamento de medicamento extremamente caro, enquanto outros cidadãos carecem ainda dos medicamentos mais baratos (e por vezes tanto quanto ou mais essenciais), por falta de recursos públicos. Isso pode, a princípio, ofender a dignidade humana daquela pessoa, e até mesmo um alegado “mínimo para a existência” (se identificável). Porém, não pode o Judiciário fechar os olhos para o macro e aliviar sua consciência diária ao proteger o micro.

Deve-se ainda saber até que valor e em que circunstâncias um pedido é razoável. Dificilmente um pedido isolado comprometerá a capacidade do Estado. Contudo, existe o previsível efeito cascata, que forma um conjunto de decisões análogas, com variação do pólo ativo, mas mantendo o custeador do pólo passivo. Ainda, é de se perguntar se o simples fato de estar disponível determinada quantia significa que não será a mesma usada posteriormente para outras políticas que a Administração considere ter maior grau de prioridade no decorrer do ano.³⁵

Em linha semelhante, defende Daniel Sarmiento que “a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”³⁶.

Não obstante a reserva do financeiramente possível não seja uma objeção absoluta, uma intervenção judicial, em sede de políticas públicas sociais, que desconsidere a insuficiência de recursos em face da infinidade de necessidades sociais importará em sérios riscos de comprometimento da implementação dos direitos sociais, quando considerados em seu conjunto. Por exemplo, pode-se garantir um determinado direito social ao demandante e, ao mesmo tempo, deixar este mesmo demandante carente de outro direito, quicá ainda mais prioritário, ou pode-se garantir um determinado direito social ao demandante, ignorando-se as iguais necessidades de outros indivíduos, tão-somente em razão do fato de estes não terem recorrido ao Judiciário.

35 CARNEIRO FILHO, op. cit., p. 8.

36 SARMENTO, op. cit., p. 572.

E, em se tratando, especificamente, do direito à saúde, a sua implementação individualizada, em sede de demanda judicial, desconsidera a conceituação ampla dada à saúde, pela Organização Mundial da Saúde, qual seja, “um estado completo de bem-estar físico, mental e social”³⁷, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade, estado este que exige um conjunto de prestações estatais, inclusive de caráter preventivo, e não apenas o fornecimento de um determinado medicamento, ou o custeio de um determinado tratamento médico.

Na mesma linha, a crítica administrativa, mencionada por Cláudio de Souza Neto, aduz que decisões judiciais concretizadoras de direitos sociais desorganizariam a Administração Pública, que, em vez de concentrar esforços na execução das políticas públicas já elaboradas, teriam de se dedicar ao cumprimento das decisões judiciais, ainda que em sacrifício das prioridades antes definidas. E, “[e]m setores como o da saúde, decisões judiciais que não consideram problemas de organização administrativa podem gerar consequências contrárias aos próprios valores que pretendem promover”³⁸. É dizer: o medicamento que o Judiciário determina seja fornecido, pelo Estado, ao demandante pode ser subtraído do estoque que seria distribuído, administrativamente, aos pacientes dele necessitados; a vaga no hospital que, por ordem judicial, deve ser assegurada ao demandante pode ser negada a outro paciente, em estado mais grave; e, assim, a intervenção judicial pode salvar uma vida, e ceifar outras, embora todas as vidas tenham o mesmo valor.

As críticas até aqui expostas evidenciam o risco que a judicialização dos direitos sociais, caso não siga os devidos parâmetros, pode oferecer à universalidade que caracteriza os direitos humanos. E a universalidade pode restar comprometida não apenas em decorrência da escassez de recursos financeiros, mas também porque o efetivo acesso ao Poder Judiciário não é universal.

É o que atenta Souza Neto, quando se refere à crítica da desigualdade quanto ao acesso ao Judiciário. O autor salienta que, a despeito do ideal constitucional de livre e igual acesso aos órgãos judiciais, tal acesso, na prática, é qualificado, não só por condições econômicas, mas também de educação e de consciência de direitos³⁹, de sorte que a concretização judicial

37 MAUÉS, op. cit., p. 262.

38 SOUZA NETO, op. cit., p. 528-529.

39 BARROSO, Luís Roberto. *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 direitos sociais deixaria de lado, justamente, a parcela da população mais carente das prestações materiais a cargo do Estado⁴⁰.

Os estudos de Hoffmann e Bentes conduziram à conclusão no mesmo sentido, conforme a seguir:

De um modo geral, parece existir forte correlação entre renda, níveis de educação e litigiosidade. Não obstante, o impacto sobre níveis educacionais em função de muitos outros fatores e, por seu turno, a análise daqueles níveis, que não se convertem automaticamente em uma quantidade mais alta de pleitos, compreenderia fatores complementares, como o acesso adequado à justiça. Porém, em vista da relativa uniformidade institucional do Brasil inteiro e do fato de que o acesso à justiça está, em geral, correlacionado positivamente à riqueza, a variante regional é nitidamente explicável pelos diferenciais da riqueza e da educação, como seria, aliás, de se esperar. Quanto mais ricas e mais educadas forem as populações, mais litígios elas geram. Nem a mera existência de uma estrutura jurídica nem, inversamente, a impropriedade dos serviços básicos são suficientes para o desencadeamento de uma revolução nos pleitos em torno de direitos sociais.⁴¹

Outro estudo, mencionado por Antonio Maués, concluiu que, dentre beneficiários que receberam, por força de decisão judicial, tratamentos médicos ou medicamentos, no Estado de São Paulo, 60% (sessenta por cento) nunca haviam utilizado o Sistema Único de Saúde, e 60% (sessenta por cento) das prescrições eram oriundas de serviços privados de saúde⁴².

Por fim, nos termos da crítica técnica, os juízes não teriam o conhecimento técnico necessário para, em sede de demandas judiciais, ainda que coletivas, tomar decisões acerca da alocação de recursos públicos. Os Poderes Legislativo e Executivo, por sua vez, dispunham da equipe multidisciplinar necessária à elaboração do conjunto de políticas públicas necessárias à satisfação das necessidades sociais prioritárias⁴³. Nas lições de Luiz Antônio de Almeida,

de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 895.

40 SOUZA NETO, op. cit., p. 533-534.

41 HOFFMANN; BENTES, op. cit., p. 384.

42 SILVA apud MAUÉS, op. cit., p. 263.

43 SOUZA NETO, op. cit., p. 529-531.

gerir políticas públicas demanda noções administrativas e técnicas, cada área com suas particularidades; os juízes são preparados para interpretar textos normativos e decidir com bases em regras jurídicas, mediante subsunção do fato à norma, mas faltar-lhes-ia aptidão para administrar, planejar, elaborar diretrizes orçamentárias e administrativas. Mesmo na área dos próprios direitos sociais, é preponderante o critério técnico que normalmente é carente a um profissional jurídico, isto é, os juízes não entendem de matérias pertinentes à área da saúde, da educação, da geração de renda e fomento ao trabalho. Outorgar-lhes competência para decidir matérias dessa natureza contribuiria para um “fuzzysmo” de todo indesejável.⁴⁴

Assim como todas as anteriores, a crítica técnica não está sendo aqui exposta como um empecilho à sindicabilidade judicial dos direitos sociais, e sim como uma dificuldade que deve ser compreendida e aceita, pelos órgãos judiciais, para que possa ser, em seguida, superada, afastando-se, assim, os possíveis riscos da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais. É o que também ressalta Almeida:

As críticas que sustentam a incapacidade institucional do poder Judiciário para um *enforcement* de direitos sociais, de sorte a criar o risco de uma verdadeira “hidrólise” judicial de políticas públicas, tem a virtude de chamar a atenção para uma maior cautela e responsabilidade do Estado-Juiz ao julgar essas matérias. Mas ela não é incontornável. Ocorre que outro ponto deve ser levantado: a decisão de temas que envolvam conhecimentos técnicos de que não dispõe o juiz não é matéria nova e ele sempre se valeu de auxiliares peritos. Inúmeros são os exemplos e não há necessidade de apontar vários, basta que se recorde, ilustrativamente, de um perito médico para avaliar a sanidade mental de um réu em uma ação cível de interdição ou em incidente de insanidade mental no campo penal. Outros exemplos poderiam ser dados, trazendo a lume outros campos técnicos estranhos à formação jurídica: engenharia civil, psicologia, biologia, economia, contabilidade, administração, corretagem, veterinária, agronomia etc.⁴⁵

Nas demandas individuais de fornecimento de medicamentos, que, consoante os estudos analisados, representam a franca maioria na realidade do Judiciário brasileiro, podem ser identificados alguns riscos específicos.

44 ALMEIDA, op. cit., p. 109.

45 Ibid., p. 111.

Antes de tudo, importa distinguir duas causas de pedir desta espécie de litígio, em particular.

Uma primeira hipótese é a ineficácia das políticas públicas já implementadas pelo Estado, quer dizer, o fármaco de que necessita o demandante já consta das listas oficiais de medicamentos a serem fornecidos pelas instituições públicas de saúde, porém, por motivos diversos, o paciente não consegue acesso, pelas vias administrativas, ao remédio de que necessita.

Em tais situações, a intervenção do Poder Judiciário não oferece grandes riscos, visto que os poderes políticos, mediante o devido procedimento de planejamento e elaboração de políticas públicas, já se obrigaram a fornecer o medicamento em questão. Eventual omissão ou deficiência da prestação estatal é, portanto, inquestionavelmente, passível de controle judicial.

O problema maior gira em torno dos litígios em que o demandante reivindica acesso a medicamento não constante das listas oficiais. Muitos riscos podem advir deste tipo de demanda judicial, mormente em função do efeito multiplicador de eventuais decisões favoráveis.

O primeiro risco que deve ser evitado por uma intervenção judicial devidamente parametrizada é o de dispêndios de esforços diversos em uma mesma direção. É que, nos termos das disposições constitucionais que regem a matéria, a competência administrativa, para a formulação e a execução das políticas públicas de saúde, é comum à União, aos Estados e aos Municípios. E, em que pese a competência para o fornecimento de medicamentos não contar com expressa previsão constitucional, normas infralegais preveem, em linhas gerais, a competência municipal para o fornecimento de medicamentos essenciais, e a competência federal e estadual para o fornecimento de medicamentos de caráter excepcional⁴⁶. Contudo, os órgãos judiciais, é o que se percebe, raramente têm esse aspecto em consideração, quando decidem impor, a uma ou outra esfera de governo, de forma indiscriminada, a obrigação de fornecer o fármaco objeto da demanda judicial.

Luís Roberto Barroso atentou para tal risco da intervenção judicial nas políticas públicas de fornecimento de medicamentos, asseverando:

46 BARROSO, op. cit., p. 887-888.

24. Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.⁴⁷

Ademais, a elaboração das listas oficiais de medicamentos a serem fornecidos pelos entes estatais atende a uma gama de critérios, dentre os quais, por exemplo, a segurança e a eficácia da droga, e o custo-benefício da substância incluída na lista, em meio a outras capazes de combater a mesma enfermidade. Analisados todos estes critérios, em conjunto, um determinado medicamento pode deixar de integrar a lista por diversas razões:

A primeira refere-se à administração e problemas de estocagem; a segunda diz respeito a não inclusão do medicamento nas listas de dispensação seja porque não se reconhece cientificamente a eficácia terapêutica do medicamento ou porque, apesar do reconhecimento científico, o trâmite de autorização pelo sistema de vigilância sanitária não foi concluído. A terceira razão é a recusa da distribuição em função da existência de potenciais substitutos com melhor relação custo-benefício (eficiência terapêutica), conhecida como a tese da racionalidade em saúde.⁴⁸

Por outro lado, quando os juízes proferem decisões favoráveis aos demandantes, impondo ao Estado a obrigação de fornecimento de um determinado remédio, sem se preocupar se este compõe ou não as listas oficiais, fundamentando as suas razões de decidir, tão-somente, na prescrição do médico escolhido pelo paciente, abre-se espaço para o risco de ser determinado um dispêndio público maior do que o necessário para a cura da doença, ou até mesmo de se obrigar o Estado a deslocar recursos públicos de outras áreas, para custear tratamento experimental, de eficácia não comprovada.

47 BARROSO, op. cit., p. 885.

48 D'ESPÍNDULA, Thereza Cristina de Almeida Salomé. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 440-2013.

E, ainda, decisões desta natureza podem ser facilmente influenciadas pelo poderio econômico da indústria farmacêutica, visto que os juízes não têm o conhecimento técnico necessário para, no restrito âmbito das demandas judiciais, ponderar todos os critérios adotados pelas políticas públicas preexistentes de escolha dos medicamentos fornecidos pelas instituições públicas de saúde. Alertam Miriam Ventura e outros autores:

Neste sentido, a problemática central trazida para o Direito e a Saúde – que se expressa no fenômeno da judicialização da saúde – é a de como o Estado, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, deve proteger as pessoas dos riscos das novidades oferecidas pelo “mercado de saúde”, que, não raramente, cria “necessidades” para “vender” soluções. E, ao mesmo tempo, fazer cumprir com seu dever de assistência, promovendo o acesso aos avanços biotecnocientíficos que de fato podem ser benéficos ao processo terapêutico e ao bem-estar das pessoas, de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie.⁴⁹

Todos estes problemas que podem advir da intervenção indiscriminada do Poder Judiciário nas políticas públicas, para a concretização dos direitos sociais, não são justificativa suficiente nem adequada para a autocontenção judicial. A própria democracia, tal como hodiernamente compreendida, exige a participação de todos os Poderes estatais nesta seara, até porque a obrigação de implementação dos direitos e garantias fundamentais é do Estado, e não de um ou de outro ente que o compõe.

A atuação dos juízes é salutar e, muitas vezes, necessária, mas há de ser parametrizada, para que não se transmude no remédio que, em superdosagem, torna-se prejudicial.

Os riscos da judicialização dos direitos sociais, então, foram aqui expostos para que possam ser aceitos, compreendidos e, a partir daí, seja possível a elaboração dos parâmetros a serem seguidos pelos juízes, para que o controle judicial das políticas públicas sociais seja ministrado na exata medida da qual carece o efetivo gozo, por todos, sem distinção de qualquer natureza, dos direitos humanos constitucionalmente reconhecidos.

49 VENTURA; SIMAS; PEPE; SCHRAMM, op. cit., p. 83.

3 REPENSANDO A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: ALGUNS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Um bom ponto de partida para a parametrização da intervenção judicial nas políticas públicas sociais é o artigo 2.1, do PIDESC⁵⁰, que impõe aos Estados signatários a obrigação de adoção de medidas, no limite da disponibilidade de recursos, para assegurar, de forma progressiva, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto.

Da disposição ora em comento, exsurtem duas obrigações assumidas pelos Estados signatários do Pacto. São elas: adoção imediata de medidas adequadas, capazes de assegurar, pelo menos, o conteúdo mínimo de cada um dos direitos reconhecidos no Pacto; e implementação de medidas continuadas, para a realização progressiva dos direitos, à medida dos recursos disponíveis.

Malcolm Langford, ao analisar casos em que reivindicados, judicialmente, direitos sociais, também concluiu pela existência de duas obrigações estatais chaves:

Estas são a obrigação de *adotar medidas* adequadas para implementar progressivamente a plena realização dos direitos dentro dos recursos disponíveis e a obrigação mínima de assegurar que pelo menos os *níveis mínimos* de cada direito sejam atingidos, recaindo sobre o Estado a obrigação de provar caso afirme não ser possível, por falta de recursos, realizá-lo.⁵¹

Não obstante a obrigação de implementação imediata do conteúdo mínimo dos direitos não esteja prevista, de forma expressa, no artigo 2.1, do PIDESC, trata-se de uma conclusão implícita, como observa Christian Courtis:

Um elemento conceitual importante que diz respeito à determinação de responsabilidades de um Estado em relação aos DESC é a noção de *core content* (também denominado conteúdo central mínimo, obrigações centrais mínimas, limiar mínimo ou “conteúdo essencial”, como é conhecido na tradição constitucional alemã e nas tradições que dela decorrem). Essa noção implica a possibilidade de definição do

50 Artigo 2.1. Cada um dos Estados signatários do presente Pacto se compromete a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (tradução livre)

51 LANGFORD, op. cit., p. 112.

grau mínimo absoluto do direito, sem o qual esse direito se tornaria irreconhecível ou não teria significado algum.⁵²

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral n.º 3, cujo objeto é o artigo 2.1, do Pacto, discorre sobre o conteúdo das obrigações impostas aos Estados-parte, identificando, da mesma forma, ao lado da obrigação de realização progressiva, a obrigação de satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos, nos seguintes termos:

9. A principal obrigação de resultado refletida no artigo 2º (1) é tomar medidas “com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos” no Pacto. O termo “progressiva realização” é muitas vezes usado para descrever a intenção dessa expressão. O conceito de progressiva realização constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização de todos os direitos econômicos, sociais e culturais geralmente não é possível de ser alcançada num curto espaço de tempo. Nesse sentido, a obrigação difere significativamente daquela contida no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que inclui uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes. Contudo, o fato de a realização ao longo do tempo ou, em outras palavras, progressivamente, ser prevista no Pacto não deve ser mal interpretada, como excluindo a obrigação de todo um conteúdo que lhe dê significado. De um lado, a frase demonstra a necessidade de flexibilidade, refletindo as situações concretas do mundo real e as dificuldades enfrentadas por cada país, no sentido de assegurar a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser lida à luz do objetivo global, a verdadeira razão de ser do Pacto, que é estabelecer obrigações claras para os Estados-parte no que diz respeito à plena realização dos direitos em questão. Assim, impõe uma obrigação de agir tão rápida e efetivamente quanto possível em direção àquela meta. Além disso, qualquer medida que signifique deliberado retrocesso exigiria a mais cuidadosa apreciação e necessitaria ser inteiramente justificada com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do uso integral do máximo de recursos disponíveis.

10. Com base na vasta experiência obtida pelo Comitê, assim como pelo organismo que o precedeu, ao longo de um período de mais de uma

52 COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 503-504.

década de exame dos relatórios dos Estados-parte, o Comitê é da opinião de que um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos é incumbência de cada Estado-parte. Assim, por exemplo, um Estado-parte em que qualquer número significativo de indivíduos é privado de gêneros alimentícios essenciais, de cuidados essenciais de saúde básica, de abrigo e habitação básicos ou das mais básicas formas de educação está, *prima facie*, falhando para se desincumbir de suas obrigações em relação ao Pacto. Se o Pacto fosse interpretado no sentido de não estabelecer tal núcleo mínimo de obrigações, seria largamente privado de sua razão de ser. Pela mesma razão, deve ser observado que em relação a qualquer avaliação no sentido de verificar se o Estado se desincumbiu desse núcleo mínimo de obrigações, deve-se também levar em conta as restrições de recursos disponíveis no país considerado. O artigo 2º (1) obriga cada Estado-parte a tomar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”. Para que um Estado-parte atribua seu fracasso em cumprir seu núcleo mínimo de obrigações à falta de recursos disponíveis, ele deve demonstrar que todo esforço foi feito para usar todos os recursos que estão à disposição, em um empenho para satisfazer, como uma questão de prioridade, essas obrigações mínimas. (tradução livre)⁵³

No âmbito do conteúdo mínimo dos direitos sociais, a liberdade de atuação do Poder Judiciário, para impor obrigações ao Estado, é considerável, visto que a aplicabilidade imediata das normas constitucionais de direitos sociais exige que sejam imediatamente adotadas medidas capazes de realizar o essencial, sem o que o próprio direito quedaria esvaziado.

Contudo, a existência de uma maior liberdade de atuação não implica a ausência de dificuldades práticas. E a dificuldade, neste ponto, reside na delimitação das fronteiras do mínimo existencial, o que é feito de forma gradativa, por meio, justamente, da construção jurisprudencial diante dos casos concretos solucionados.

Uma primeira concepção de mínimo existencial compreende um “conjunto mínimo de prerrogativas e direitos essenciais, [...], sem o qual a existência fica desprovida de elementos vitais ao ser humano e à vida em sociedade”⁵⁴.

53 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral n.º 3*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1991. p. 85-86.

54 FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859-860.

Outra concepção admissível é aquela segundo a qual cada um dos direitos sociais, isoladamente considerados, contém um conteúdo mínimo, um núcleo essencial, que deve ser satisfeito imediatamente pelo Estado, e um conteúdo periférico, que admite a implementação progressiva, à medida dos recursos disponíveis.

No que atine ao direito à saúde, o Comentário Geral n.º 14, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, traz em seu bojo uma ideia do que compõe o mínimo essencial do direito:

43. No Comentário Geral n.º 3, o Comitê confirma que os Estados Partes têm a obrigação fundamental de assegurar no mínimo a satisfação de níveis essenciais de cada um dos direitos enunciados no Pacto, incluída a atenção primária básica de saúde. Considerada conjuntamente com instrumentos mais recentes, como o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, a Declaração de AlmaAta oferece uma orientação inequívoca quanto às obrigações básicas emanante do artigo 12. Por conseguinte, o Comitê considera que dentre essas obrigações básicas figuram, como mínimo, as seguintes:

- a) Garantir o direito de acesso aos centros, bens e serviços de saúde sobre uma base não discriminatória, em especial no que respeita aos grupos vulneráveis ou marginalizados;
- b) Assegurar o acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutritiva, adequada e segura e garantir que ninguém padeça de fome;
- c) Garantir o acesso a uma casa, uma habitação e a condições sanitárias básicas, assim como a um fornecimento adequado de água limpa potável;
- d) Facilitar medicamentos essenciais, segundo as definições periódicas que figuram no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS;
- e) Velar por uma distribuição equitativa de todas as instalações, bens e serviços de saúde;
- f) Adotar e aplicar, sobre a base das provas epidemiológicas, uma estratégia e um plano de ação nacionais de saúde pública para fazer frente às preocupações em matéria de saúde de toda a população; a estratégia e o plano de ação deverão ser elaborados, e periodicamente revisados, sobre a base de um processo participativo e transparente;

essa estratégia e esse plano deverão prever métodos, como o direito a indicadores e bases de referência de saúde que permitam vigiar precisamente os progressos realizados; o processo mediante o qual se conceba a estratégia e o plano de ação, assim como o conteúdo de ambos, deverá prestar especial atenção a todos os grupos vulneráveis ou marginalizados.

[...] Cabe assinalar sem embargo que um Estado-Parte não pode nunca nem em nenhuma circunstância justificar seus descumprimento das obrigações básicas enunciadas no parágrafo 43 supra, que são inderrogáveis. (tradução livre)⁵⁵

E, finalmente, a obrigação de satisfação do mínimo existencial pode ser compreendida como uma proibição de não-suficiência, que

exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado por meio dos limites superiores da proibição do excesso e de outro lado por meio de limites inferiores da proibição da não suficiência.⁵⁶

Em suma, na hipótese de os poderes políticos serem completamente omissos, quanto à realização do conteúdo mínimo dos direitos sociais, ou de as políticas públicas sociais implementadas não serem capazes de satisfazer o mínimo existencial, ao Poder Judiciário cabe entrar em ação, para promover a correção da situação de inconstitucionalidade, impondo ao Estado o dever de cumprimento da obrigação imediata que advém da normatividade dos direitos sociais.

No que respeita ao conteúdo periférico dos direitos, por outro lado, o raio de alcance dos órgãos judiciais é mais limitado, visto que tal conteúdo admite uma realização progressiva, na medida em que possibilitem os recursos disponíveis.

É de frisar, de toda sorte, que, do artigo 2.1, do PIDESC, extrai-se a possibilidade de realização progressiva do conteúdo dos direitos sociais

55 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral n.º 14*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 2000. p. 17-19.

56 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 283.

que transcenda ao seu núcleo essencial. Tal possibilidade, no entanto, não consubstancia um aval para que o Estado permaneça inerte, até que disponha dos recursos necessários para a adoção de medidas. Alguma medida há de ser adotada desde logo, ainda que a plena realização dos direitos sociais só possa ser alcançada em médio ou longo prazo, conforme haja disponibilidade de recursos.

Ou seja, nos casos em que sua inércia acabar por tornar letra morta o texto constitucional no que diz respeito à garantia de direitos sociais, haverá uma afronta ao texto constitucional e, portanto, justificável a atuação do Poder Judiciário.⁵⁷

Este é o entendimento que vem sendo adotado pelas Cortes Constitucionais nacionais, na linha desenhada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral n.º 3, transcrito ao norte, no trecho que aqui interessa. É o exemplo, dentre outros, da África do Sul:

Assim, a Corte Constitucional Sul-africana assumiu que o Judiciário pode e deve proteger os direitos econômicos e sociais e, por sua vez, definiu que cabe ao governo promover políticas para proteção desses direitos. Ou seja, não reconheceu o direito individual à moradia ou à saúde, mas reconheceu o direito dos autores de ter-se medidas legislativas e executivas necessárias para se alcançar a progressiva realização desses direitos.

Em outras palavras, para a Corte Constitucional Sul-africana a Constituição não criou um direito a abrigo ou moradia imediata à ação, mas criou um direito a um coerente e coordenado programa designado para cumprir obrigações constitucionais. A obrigação do Estado seria então de criar um programa que incluísse medidas razoáveis especificamente designadas para garantir algum direito a moradia.⁵⁸

O controle judicial das medidas efetivamente adotadas pelos poderes políticos, com vistas à progressiva realização dos direitos sociais, deve se basear no confronto das mesmas com os padrões jurídicos aplicáveis à espécie⁵⁹, como, por exemplo, a vedação constitucional de tratamento discriminatório. Sobre esta possibilidade, leciona Christian Courtis:

57 BARBOZA; KOZICKI, op. cit., p. 77.

58 SUSTEIN apud BARBOZA; KOZICKI, op. cit., p. 75.

59 ABRAMOVICH, op. cit., p. 205.

Litígios tradicionais envolvendo o princípio da não-discriminação, baseados em distinções normativas fundadas em categorias suspeitas, ou na demonstração de que as práticas legislativa e administrativa exercem impacto desproporcional em um grupo social em particular, podem ser perfeitamente cabíveis – e vêm sendo extensivamente empregado – em matéria de direitos sociais, políticas sociais e serviços sociais. Ações baseadas no questionamento de distinções normativas irrazoáveis, e.g. restrições sobre-inclusivas, ou critérios de elegibilidade sub-inclusivos para a concessão de direitos, segue um padrão semelhante, ainda que as autoridades legislativas e administrativas possam estar sujeitas a formas de escrutínio menos estritas do que no caso de emprego de categorias suspeitas tais como gênero ou raça. O potencial desenvolvimento de outras condições sociais como categorias suspeitas – incluindo, dentre outras, o *status* sócio-econômico – ou como um fator irrazoável para estabelecer distinções normativas, pode, ainda, expandir a proteção conferida pela não-discriminação e pelo princípio da igual proteção da lei para o proveito dos DESC.⁶⁰

Na opinião de Víctor Abramovich, a regra deve ser a seguinte:

[O] tribunal examina a compatibilidade da política pública com o princípio jurídico aplicável e, portanto, sua idoneidade para satisfazer o direito em questão. Nessas circunstâncias, se o tribunal considerar que essa política – ou um aspecto dela – é incompatível com o princípio, reenvia a questão aos poderes concernentes, para que a reformulem.⁶¹

Nada impede, também, que sejam desenvolvidos remédios judiciais dialogais:

Como exemplo, pode-se citar o maior uso de uma declaração retardatória de invalidez de um ato jurídico, por meio da qual os tribunais determinam que ocorreu uma violação, mas retardam o efeito da decisão para dar ao governo tempo para encontrar a melhor forma de reparar o defeito existente na legislação ou na política em questão. [...] Este exercício jurisdicional baseado no diálogo também é evidenciado pelo maior uso que fazem os tribunais (e, muitas vezes, organismos internacionais) do processo judicial como espaço de diálogo com as partes, o que incluiu instigar que estas encontrem

60 COURTIS, op. cit., p. 499.

61 ABRAMOVICH, op. cit., p. 207.

soluções antes que uma decisão final seja tomada.⁶²

Eventual decisão judicial que não se limite a atestar a impropriedade das políticas públicas já implementadas, com o conseqüente reenvio da questão aos poderes competentes, há de considerar a escassez dos recursos financeiros disponíveis, em relação às inúmeras necessidades sociais existentes. Não é o caso de o Poder Judiciário, simplesmente, acatar as razões de defesa do Estado, e deixar de lhe impor uma obrigação, porque não há recursos disponíveis. A correta compreensão da reserva do possível, já se explicou, significa uma análise de razoabilidade, é dizer, os juízes, antes de julgar procedente uma demanda em que seja reivindicada do Estado uma prestação material, para a realização de direitos sociais, devem analisar se a medida pretendida é razoável, isto é, se as condições financeiras do aparato estatal admitem o cumprimento de uma obrigação de tal natureza, considerando-se, para tanto, as necessidades sociais como um todo.

Esta análise de razoabilidade, ainda, deve compreender a possibilidade de a medida ser estendida a todos aqueles que se encontrem em igual situação, ainda que não hajam recorrido ao Poder Judiciário. Isto porque uma característica marcante dos direitos humanos é a sua universalidade, ou seja, a sua aplicabilidade a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza.

A imposição de uma determinada obrigação positiva ao Estado, em sede de demanda judicial, deve, necessariamente, ser precedida de tal verificação, o que exige uma compreensão ampla das políticas públicas sociais, para além dos limites da relação processual.

Acrescenta, ainda, Luiz Antônio Freitas de Almeida, que a obrigação a ser imposta ao réu da demanda

não pode, de fato, ser pensada para uma única situação concreta, sob pena de mácula ao princípio da igualdade: o Judiciário deve cogitar sobre um possível “efeito multiplicador”, isto é, a possibilidade de que sua decisão implique um pulular de novas ações judiciais movidas por outros particulares que pretendam o mesmo bem da vida. Logo, o impacto deve ser considerado de forma global, cabendo também ao Estado demonstrar, em bases mais objetivas possíveis, o índice espalhador de novas demandas – número provável de pessoas que fariam jus ao determinado medicamento, parcela da população que estaria

62 LANGFORD, op. cit., p. 116.

em fase de gozo do benefício, o total dos custos para universalizar a pretensão etc.⁶³

Na mesma esteira de raciocínio, entende José Cláudio Carneiro Filho que:

se de antemão se sabe que não é razoável presumir que poderá o Estado fornecer determinado bem ou prestação social a todos os indivíduos que estejam naquela situação (como no caso de um medicamento ou tratamento extremamente dispendioso, fora da realidade econômica possível ao ente federativo em questão), deve ser negado o pedido. Os tribunais são de justiça e direito, e não de caridade (a qual pode ser benéfica para um indivíduo, mas será injusta numa análise global).⁶⁴

Uma solução interessante é a decisão judicial deixar reservado um espaço de discricionariedade administrativa para o seu cumprimento, de forma que as medidas que vierem a ser adotadas pelos poderes políticos possam ser acompanhadas e, por que não?, controladas pelo Poder Judiciário, com o fim de constatar se as medidas são adequadas e universalizáveis, ou se atentam para a unidade do sistema de direitos sociais, por exemplo. Malcolm Langford observa que a tendência, sob forte influência do sistema de acompanhamento de cumprimento de sentenças do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, já vem sendo verificada nos sistemas jurídicos nacionais:

Um êxito significativo neste âmbito tem sido criar a possibilidade de conceder remédios judiciais para além daqueles tradicionalmente encontrados no direito privado, como indenização, restituição, declaração de um ato jurídico como inválido ou ilícito civil. Nesta questão, tem se observado diversas tendências. Em primeiro lugar, alguns tribunais têm exigido que os Estados sigam certo curso de ação para reparar um determinado dano, inclusive por vezes supervisionando o cumprimento destas obrigações.⁶⁵

Na hipótese específica de demandas individuais de reivindicação de medicamentos, o Poder Judiciário deve se limitar à imposição da obrigação de fornecimento de medicamentos já constantes das listas oficiais de distribuição do Estado, listas estas que, consoante o exposto alhures, são

63 ALMEIDA, op. cit., p. 108.

64 CARNEIRO FILHO, op. cit., p. 10.

65 LANGFORD, op. cit., p. 115.

elaboradas segundo um conjunto de critérios, dentre eles, eficácia e custo-benefício do fármaco, em relação aos seus substitutos. Esta é também a opinião de Luís Roberto Barroso, que afirma:

46. O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima. Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.⁶⁶

Ações coletivas, de outra forma, podem viabilizar a revisão judicial das listas oficiais, para delas fazer constar novas tecnologias, ou até mesmo para a correção de eventual desvio de avaliação dos poderes políticos⁶⁷.

As ações coletivas, na verdade, são a maneira mais adequada, e eficaz, de se buscar a efetiva implementação de todo o catálogo constitucional de direitos sociais, pelas seguintes razões:

(a) As decisões proferidas no âmbito de ações coletivas garantem a universalização da prestação. Não são atendidos apenas os envolvidos diretamente no processo, mas todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições. (b) As decisões proferidas em ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública. É claro que podem alterar os rumos da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras. Mas não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador. (c) Nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos. Antes de ajuizar ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados. (d) A priorização das ações coletivas estimula

66 BARROSO, op. cit., p. 897.

67 Ibid., p. 899.

que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil. (e) A priorização de ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais. (f) Nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política no orçamento.⁶⁸

Impõe acrescentar, por fim, a necessidade de se estabelecer uma articulação entre os poderes políticos e os órgãos judiciais. Desta forma, os riscos da intervenção judicial nas políticas públicas sociais, objeto da seção antecedente, podem ser cautelosamente afastados, sem, com isto, restar comprometida a normatividade das disposições constitucionais que preveem direitos sociais. Tal articulação, por exemplo, pode compensar o despreparo técnico dos juízes para lidar com questões políticas, além de propiciar o satisfatório cumprimento das decisões judiciais que venham a ser prolatadas com a participação dos poderes políticos. Nas lições de Malcolm Langford:

[U]m erro comum em muitas estratégias jurídicas é a não inclusão de uma preparação adequada para assegurar a efetiva implementação de um acordo ou decisão judicial favorável. Como observado anteriormente, uma estratégia de defesa de direitos e mobilização mais ampla pode assegurar que haja recursos financeiros, humanos, técnicos e uma estratégia “para além dos advogados” para exigir o cumprimento das decisões judiciais. Cada vez mais, defensores de direitos humanos percebem que a implementação de decisões pode exigir tanto ou mais trabalho do que o trabalho de obter uma sentença favorável. Também pode exigir habilidades que estão além dos autos e das partes envolvidas, como, por exemplo, mediadores e trabalhadores comunitários. Os demandantes e seus advogados necessitam planejar, desde o início, a fase posterior à decisão judicial e contar com recursos suficientes para esta tarefa.⁶⁹

Além do diálogo institucional, a mobilização social é de fundamental importância para a efetiva implementação dos direitos sociais, pois, desta forma, cria-se “um sentimento de apropriação da estratégia de litígio, facilita a produção de provas, amplia a legitimidade da reivindicação feita e ajuda a assegurar a aplicação das ordens e dos acordos alcançados”⁷⁰.

68 SOUZA NETO, op. cit., p. 543-544.

69 LANGFORD, op. cit., p. 121.

70 LANGFORD, op. cit., p. 119.

E, para encerrar, é interessante deixar a salvo que, diante do não atendimento, pelo menos não de forma satisfatória, pelos poderes políticos, das disposições constitucionais que asseguram aos indivíduos direitos sociais, a intervenção do Poder Judiciário, embora possível, e de extrema importância, não é a única via de alcance da efetividade dos direitos sociais. Uma reivindicação de direitos é sempre uma reivindicação de cunho político, de sorte que as vias políticas de reclamação não devem ser totalmente substituídas pelas vias judiciais. Víctor Abramovich alerta:

O que caracteriza essas ações indiretas ou complementares é que as vias judiciais, longe de serem o centro da estratégia de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, servem para afirmar as demais ações políticas empreendidas para encaminhar as demandas de direitos em um conflito coletivo: queixas diretas à administração, desenvolvimento de vias de negociação, ou até *lobbying* sobre os funcionários, o Congresso ou empresas privadas. Novamente, fica claro que não há opções excludentes e que os instrumentos legais podem potencializar o trabalho de incidência política.⁷¹

Os parâmetros aqui expostos, para a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais, com vistas à plena realização dos direitos sociais previstos na Constituição, não são os únicos que podem ser estabelecidos. Trata-se de uma construção gradativa. O que deve ficar registrado é que, na seara das questões políticas, as vias judiciais não podem substituir as vias políticas tradicionais. Podem complementá-las, auxiliá-las, e até mesmo corrigi-las, quando for o caso, mas certos limites não de ser respeitados, sob pena de a boa intenção de garantir um determinado direito acabe por resultar no comprometimento dos direitos de toda a sociedade.

4 CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, pretendeu-se, primordialmente, analisar os riscos de uma intervenção indiscriminada do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais, ao garantir o efetivo gozo de direitos sociais, em sede de demandas judiciais individuais, para, então, construir um conjunto de parâmetros para nortear a atuação dos órgãos judiciais, de

71 ABRAMOVICH, op. cit., p. 212.

forma que a garantia do direito objeto da demanda não comprometa os demais direitos sociais da coletividade.

Para tanto, partiu-se da exposição dos argumentos democráticos que, de um lado, combatem a possibilidade de os direitos humanos de segunda dimensão serem reclamados por seus titulares nas vias judiciais e, de outro, são favoráveis à tal possibilidade, justamente como instrumento de fortificação da própria democracia, quando compreendida não como simples vontade da maioria, mas sim como espaço de efetiva participação popular nas questões políticas.

Concluiu-se que, especialmente diante da debilidade das instituições políticas de representação popular, que é a realidade de muitos países em desenvolvimento, dentre eles, o Brasil, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais é não apenas salutar, mas também, muitas vezes, necessária à efetiva implementação dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos.

Todavia, uma vez que estes direitos compõem um conjunto imprescindível para uma existência digna, a garantia de um direito não pode comprometer outros direitos, sob pena de todo o conjunto restar esvaziado.

Por tal motivo, entende-se necessário que a atuação do Poder Judiciário nesta seara atenda a alguns parâmetros.

Dentre eles, o primeiro se relaciona com a obrigação de o Estado adotar medidas para a implementação imediata do conteúdo mínimo de cada um dos direitos fundamentais, inclusive, os direitos sociais. Nos limites do universo do mínimo existencial, então, os órgãos judiciais gozariam de maior liberdade para, em sede de demandas judiciais, impor aos órgãos estatais competentes a obrigação de conceder a prestação material necessária para que o autor da demanda tenha garantido um padrão mínimo na esfera do direito social reclamado.

Por outro lado, para além do conteúdo mínimo dos direitos sociais, o Poder Judiciário deveria manter uma postura um pouco mais reservada, limitando-se, por exemplo, a verificar a compatibilidade das políticas públicas engendradas pelos Poderes Legislativo e Executivo com os padrões jurídicos aplicáveis e, em caso de incompatibilidade, reenviar a questão para as instâncias políticas, para reanálise ou, no máximo, buscar a construção de remédios judiciais dialogais, nos quais os poderes

políticos competentes tivessem preservado o seu papel constitucional de protagonistas das políticas públicas sociais.

Na hipótese de a situação concreta exigir uma atuação mais proativa dos órgãos judiciais, estes deveriam proceder à uma análise da razoabilidade da medida pretendida pelo autor da demanda, sobretudo com vistas à verificação da possibilidade de universalização de tal medida, frente os recursos materiais disponíveis ao Estado, sob pena de as políticas públicas sociais como um todo restarem comprometidas.

Uma outra possibilidade seria a preservação, pelos juízes, de um espaço de discricionariedade estatal, para que o Estado pudesse optar pelos meios mais adequados ao fiel cumprimento da decisão judicial, podendo, para tanto, estabelecerem-se mecanismos de acompanhamento e de controle, pelos órgãos judiciais, das medidas estatais adotadas para o cumprimento de suas decisões, à exemplo do sistema de acompanhamento de cumprimento de sentenças do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Recomenda-se, ainda, diante da preocupação em preservar o caráter de universalidade próprio dos direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais, que seja dada preferência às ações coletivas, em detrimento das ações individuais, bem como que se busque, sempre, uma articulação entre todos os órgãos estatais envolvidos com a satisfação das necessidades sociais básicas, com vistas à implementação homogênea do catálogo de direitos tidos como essenciais para o gozo de uma existência com dignidade. E, para tanto, a mobilização social tem uma importante contribuição a oferecer e, por este motivo, não deve ser desconsiderada, compatibilizando-se, assim, as vias judiciais de garantia de direitos com as vias políticas, uma vez que toda e qualquer reivindicação de direito é, fatalmente, uma reivindicação política.

Os parâmetros que devem nortear a atuação do Poder Judiciário, na implementação judicial dos direitos sociais, de forma alguma, poderiam ser esgotados no limitado âmbito deste estudo. O que se almejou foi, sem a pretensão de esgotar o assunto, construir uma coleção inicial de critérios a serem observados pelos órgãos judiciais, com a consciência de que novos critérios exsurgirão da prática jurisprudencial e doutrinária, sempre com o intento de evitar que a atuação judicial, embora imbuída de boas intenções, acabe pondo em risco a implementação dos direitos sociais como um todo.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 2, p. 189-223, 2005.
- ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Direitos fundamentais sociais e sua aplicação pelo Judiciário: hidrólise judicial de políticas públicas ou tutela efetiva? *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 14, p. 88-123, jan./mar. 2011.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. 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, 2008. p. 875-903.
- CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financiamento possível e seus paradigmas. *ANIMA - Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, v. 1, p. 531-563, 2009. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Jose_Claudio_Carneiro_Filho_a_reserva.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2014.
- COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 487-513.
- D'ESPÍNDULA, Thereza Cristina de Almeida Salomé. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 428-447, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. São Paulo: Almedina, 2012.
- FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859-873.

GARGARELLA, Roberto. 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, 2008. p. 207-227.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383-416.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 11, p. 98-133, dez. 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 279-312.

MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Orgs.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 257-273.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral n.º 3*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1991. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. *Comentário Geral n.º 9*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1998. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. *Comentário Geral n.º 14*. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 2000. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966.
Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 1, p. 20-47, 2004.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *PHYSIS - Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

