

O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: O JUDICIÁRIO COMO UM *MEDIADOR* ENTRE OS PODERES

CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN BRASIL: EL PODER JUDICIAL COMO *MEDIADOR* ENTRE LOS PODERES

Micheli Pereira¹

RESUMO: Com a virada do século, verificou-se no Brasil uma enorme transformação no que se refere à efetivação dos direitos sociais. De um estágio em que as normas apenas podiam ser implementadas a partir da edição de lei pelo legislador, passou-se a um estágio de *judicialização das políticas sociais*. Tal fenômeno está relacionado a fatores como a redemocratização do país, o reconhecimento da Constituição como norma jurídica, a influência da teoria dos princípios, a constitucionalização abrangente, a redescoberta da cidadania, a conscientização das pessoas de seus direitos, o aumento dos meios processuais para a reivindicação desses direitos, a descrença dos cidadãos com relação à política majoritária, etc. Contudo, a expansão da atividade jurisdicional nessa seara não tem sido imune a críticas, dentre as quais se destacam as críticas relacionadas à sua legitimidade democrática, à violação à doutrina da separação dos poderes, à reserva do possível, à desorganização da administração pública, à análise econômica do direito, à falta de *expertise* técnica, etc. Aponta-se que as críticas abordadas demonstram que o Poder Judiciário não é – e nem deve ser – o Poder mais *apto* a realizar políticas públicas no Brasil, e que o problema do ativismo judicial nessa área poderia ser minimizado com uma atuação do Judiciário como *mediador entre os Poderes*.

PALAVRAS CHAVE: Direitos Sociais - Ativismo Judicial - Poder Judiciário

RESUMEN: Con el cambio de siglo, se produjo una gran transformación en Brasil en relación con el cumplimiento de los derechos sociales. Desde una etapa en que las normas sólo podrían aplicarse a partir de la edición de la ley por parte del legislador, se trasladó a una etapa de judicialización de la política social. Este fenómeno está relacionado con factores tales como la democratización del país, el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, la influencia de la teoría de los principios, la constitucionalización extensiva, el redescubrimiento de la ciudadanía, la conciencia de la gente de sus derechos, el aumento de los medios procesales para reclamar estos derechos, la incredulidad de los ciudadanos con respecto a la política de la mayoría, y así sucesivamente. Sin embargo, la expansión de la actividad judicial en este asunto no ha sido inmune a críticas, entre las cuáles se destacan las críticas relacionadas a su legitimidad democrática, la violación de la doctrina de separación de poderes, la reserva de lo posible, la desorganización de la Administración Pública, el análisis económico del derecho, la falta de conocimientos técnicos, etc. Se argumenta que las críticas presentadas demuestran que el Poder Judicial no es - ni debe ser – el Poder que debe llevar a cabo las políticas públicas en Brasil, y que el problema del activismo judicial en esta área podría ser minimizado con la actuación del poder judicial, *mediador entre los poderes*.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales - Activismo Judicial - Poder Judicial

¹ Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Doutoranda em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: O JUDICIÁRIO COMO UM *MEDIADOR* ENTRE OS PODERES

CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN BRASIL: EL PODER JUDICIAL COMO *MEDIADOR* ENTRE LOS PODERES

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prestações na área social é uma novidade brasileira surgida com a virada do século, mais detidamente, a partir dos anos 90. No passado, vários fatores impediam a atuação jurisdicional nessa seara, especialmente a concepção de que o Judiciário deveria se limitar a aplicar a lei editada pelo legislador. Dessa maneira, considerava-se que as prestações sociais expressas na Constituição apenas seriam exigíveis após o legislador determinar, e após ele estabelecer os parâmetros pelos quais esses direitos seriam concedidos. Vários fatores podem ser apontados como encadeadores dessa transformação, quais sejam: a redemocratização do país, o reconhecimento da Constituição como norma jurídica, a influência da teoria dos princípios na literatura jurídica nacional, a constitucionalização abrangente, a redescoberta da cidadania, a conscientização das pessoas com relação aos seus próprios direitos, o aumento dos meios processuais para a reivindicação desses direitos, a descrença dos cidadãos com relação à política majoritária, etc.

O ativismo judicial verificado na área dos direitos sociais não tem sido imune a críticas, dentre as quais podem ser apontadas: a falta de legitimidade democrática, a violação da doutrina da separação dos poderes, a reserva do possível, a desorganização da administração pública, a análise econômica do direito, a falta de *expertise* técnica, etc. Todas essas críticas demonstram que o Judiciário não é – e nem deve ser – o Poder mais apto a realizar as políticas públicas no Brasil, e que o problema do ativismo judicial nessa área poderia ser minimizado com uma atuação do Judiciário como *mediador entre os Poderes*.

O caso *Grootboom*, julgado na África do Sul – o qual será exposto ao final deste trabalho - dá conta de demonstrar que a atuação do Judiciário como *mediador* contribuiria muito para a proteção dos direitos sociais no Brasil. Como tal, o Judiciário agiria com respeito às prerrogativas democráticas e aos orçamentos limitados, bem como contribuiria para amenizar boa parte das críticas feitas à sua atuação nessa seara. Em razão da falta de critérios com que as decisões judiciais vêm sendo proferidas e das expectativas excessivas que vêm sendo colocadas sobre as capacidades institucionais do Judiciário, é preciso buscar novas

soluções, sugerindo-se que, quiçá, a solução para esse problema passa pelo abandono do papel substitutivo assumido pelo Judiciário, em busca de uma função de *mediador entre os Poderes*.

2. A EXPANSÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

No Brasil, a Constituição conquistou verdadeira força normativa e efetividade há poucos anos, acompanhando o fenômeno europeu de atribuição de *status* de norma jurídica às Constituições, ocorrido a partir da reconstitucionalização que sobreveio do segundo pós-guerra². O discurso predominante há pouco mais do que uma década era o de que os direitos sociais não passavam de normas programáticas, as quais exigiam legislação complementar para sua implementação, e, por essa razão, não podiam servir de fundamento para a reivindicação desses direitos em juízo. Contudo, esse entendimento se modificou, e hoje, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, deixaram de ser percebidos como integrantes de um documento estritamente político para alcançar aplicabilidade direta e imediata, tornando-se direitos subjetivos plenos, com tutela específica pelo Judiciário³.

Dá se dizer que as Constituições anteriores a 1988 não eram vistas como normas jurídicas autênticas, mas muitas vezes como meras fachadas⁴, e, embora deficientes na

² Sobre a força normativa das Constituições na Europa, Barroso ensina que: “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha e, com maior retardo, na Itália. E bem mais à frente, em Portugal e na Espanha. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições” (BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.9, p.5, mar-maio. 2007).

³ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista UNIJUS**, v.11, n.15, p.13-38, nov. 2008, p. 14. Disponível em: http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf. Acesso em: 31 jul. 2012.

⁴ Sobre as Constituições como meras fachadas, Sarmiento destaca que: “[...] a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as forças armadas” (SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In:

consagração de direitos, a sua implementação quase sempre dependia da vontade política - o que normalmente não acontecia⁵. Com a promulgação da Constituição de 1988, a qual institucionalizou a instauração de um regime democrático no país, após vinte e um anos de regime militar ditatorial, esse panorama se modificou, e, como marco jurídico de transição, a Carta de 88 alargou significativamente o campo dos direitos fundamentais se colocando entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria⁶.

Apesar disso, e mesmo após a sua promulgação, a Constituição de 1988 não era vista como uma norma jurídica autêntica, mas sim como um repositório de promessas, cuja efetivação dependia do legislador e dos governantes de boa vontade. Em resposta a essa constatação, logo após a promulgação do texto, surgiu um movimento jurídico-acadêmico denominado *doutrina brasileira da efetividade*⁷, no qual alguns autores como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève passaram a sustentar que a Constituição Federal, como norma jurídica, deveria ser aplicada como tal pelos juízes. A doutrina da efetividade sustentava basicamente que a Constituição deveria ser aplicada diretamente à realidade social, independentemente da intermediação legislativa, o que viria a contribuir para a implementação dos direitos nela consagrados, promovendo assim justiça, liberdade e igualdade⁸.

Segundo Barroso, o fato de o debate acerca da força normativa da Constituição ter chegado ao Brasil apenas na década de 80, além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, está relacionado especialmente ao fato de que o país padecia de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e a insinceridade constitucional (desconexão entre o *ser* e o *dever ser*), o que nos leva à seguinte constatação: “não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”⁹.

A essência da doutrina da efetividade estava nas normas constitucionais, as quais deveriam ser aplicadas direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade

SARMENTO, Daniel (Org.). **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 245).

⁵ *Ibid.*, p. 246.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 25.

⁷ A expressão “doutrina brasileira da efetividade” foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto no trabalho: *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In. Luiz Roberto Barroso (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

⁸ SARMENTO, O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades, p. 247.

⁹ BARROSO, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 6.

normativa. Tratava-se de um *positivismo de combate*, pois não se caracterizava por uma abertura do debate jurídico à argumentação moral, centrando-se sim na norma, e dando ao intérprete a atribuição de extrair do seu texto os efeitos almejados¹⁰. Para Barroso, o discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica, já que “o positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-la a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma”¹¹.

A doutrina da efetividade sustentava que, assim como as normas em geral, as normas constitucionais tinham o atributo da *imperatividade*, ou seja, elas não tinham a função de sugerir ou recomendar, sendo sim dotadas de comandos. Estes comandos, uma vez violados, deveriam ser restaurados por meio da ação ou jurisdição, isto é, ocorrendo uma lesão, o titular do direito, ou alguém com legitimação ativa para reivindicá-lo, poderia vir a juízo para postular a devida reparação, por meio de mecanismos de tutela individual e coletiva de direitos. Desse modo, todo o rol de direitos fundamentais criado pela Constituição de 88 – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – seria direta e imediatamente exigível, do Poder Público ou do particular, por meio das ações previstas no ordenamento jurídico¹².

Essa nova racionalidade se irradiou para vários ramos do direito, e, dessa maneira, a Constituição passou a não ser mais um sistema em si, mas um modo de olhar e interpretar os demais ramos do direito. Toda a ordem constitucional passou, daí por diante, a ser lida a partir da Constituição, de modo que o direito infraconstitucional passou a ser reinterpretado a partir de uma ótica constitucional¹³. A difusão da Constituição para todo o ordenamento jurídico se deu, em grande parte, por meio da jurisdição constitucional, a qual abrange: a aplicação direta da constituição a determinadas situações; a declaração de inconstitucionalidade das normas com ela incompatíveis e a interpretação conforme a Constituição, para atribuir sentido constitucional às normas. Esse processo se tornou ainda mais facilitado por meio do controle difuso de constitucionalidade, o qual permite que o juiz de primeiro grau também interprete a Constituição, podendo deixar de aplicar lei ou ato normativo que considere inconstitucional¹⁴.

¹⁰ SARMENTO, O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades, p. 248.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **Revista de Direito do Estado - RDE**, Rio de Janeiro, v.3, n.10, 2008. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

¹² BARROSO, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 15.

¹³ BARROSO, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 20.

¹⁴ *Ibid*, p. 33-34.

A doutrina da efetividade teve grande importância na mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro¹⁵, e, como já se pôde notar, era no juiz que se depositava a confiança na concretização dos direitos constitucionais, configurando-se o magistrado o verdadeiro guardião desses direitos¹⁶. No entanto, como destaca Barroso, a doutrina da efetividade, por estar baseada em uma metodologia positivista (direito constitucional é norma), e em um critério formal para pautar a exigibilidade dos direitos (se está na Constituição deve ser cumprido), precisou se adaptar a novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, tais como: coalizão entre normas (especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais), a necessidade de ponderação para resolver situações de conflito, e da criação de conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos¹⁷.

A partir de então, surgiu o segundo grande momento do Direito Constitucional brasileiro, que marca a expansão da atividade jurisdicional: a *teoria dos princípios*. A referida teoria foi desenvolvida a partir dos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, passando a ser difundida no Brasil a partir do final da década de 80 e início da década de 90, tendo como obras principais *Levando os direitos a sério* e *Teoria dos direitos fundamentais*. A contribuição dessa teoria para o pensamento jurídico contemporâneo se pauta, de modo destacado, na atribuição de normatividade aos princípios e ao reconhecimento da distinção entre regras e princípios¹⁸.

No que toca à diferença entre regras e princípios, o principal elemento de distinção está no modo de aplicação entre ambos: as regras são aplicáveis de maneira *tudo ou nada*, ou seja, cumpridos os elementos contidos em seu comando, a norma é considerada válida¹⁹. Há

¹⁵ Sobre a mudança de paradigma promovida pela doutrina da efetividade: “Para realizar seus propósitos, o movimento da efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional do país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais” (BARROSO, Luis Roberto. *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*, p. 41).

¹⁶ A supervalorização do papel do juiz é característica do neoconstitucionalismo, iniciado na Europa, no segundo pós-guerra, e difundido no Brasil sobretudo a partir da Constituição de 1988: “[...] Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. (...) Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional” (SARMENTO, *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*, p. 244).

¹⁷ BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 16.

¹⁸ *Ibid*, p. 17.

¹⁹ Sobre a diferença entre regras e princípios, Dworkin enfatiza: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. [...] As regras são aplicáveis da maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e

por parte do intérprete uma simples atividade de subsunção, de modo que, com o enquadramento do fato à norma, extrai-se uma conclusão lógica. As regras apresentam *determinações* que são fática e juridicamente possíveis²⁰, de modo que, em caso de conflito, o problema pode ser solucionado por meio de uma cláusula de exceção à regra, ou da declaração de invalidade de uma das regras em colisão²¹.

Os princípios, por sua vez, não podem ser aplicados de maneira *tudo ou nada*, e, diferentemente do que ocorre com as regras, cujos conflitos podem ser resolvidos na dimensão de validade (por meio da cláusula de exceção ou da declaração de invalidade), o conflito entre princípios só pode ser resolvido na dimensão de peso. Desse modo, quando dois princípios colidem, um deles deve ceder, o que será avaliado não com base em uma atitude de subsunção por parte do intérprete, mas por meio de um processo de *ponderação*. Analisadas certas condições factuais e levando em conta que os princípios têm pesos diferentes, o intérprete determinará o princípio de maior peso, o qual terá prevalência sobre o de menor peso²².

Nessa linha, se diz que os princípios são *mandamentos de otimização*, pois “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²³. Daí se sustentar que os direitos fundados nos princípios, ao contrário daqueles fundados nas regras, não são definitivos, mas sim direitos

neste caso em nada contribui para a decisão. Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinarmos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas regem – um jogo por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado” (DWORKIN, Ronaldo. **Levando dos direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 39).

²⁰ Sobre as regras, aponta Alexy: “[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 91).

²¹ Sobre o conflito de regras, disserta Alexy: “Um conflito de regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo de para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. [...] Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. [...] se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida [...]. Esse problema por ser solucionado por meio de regras como *Lex posterior derogat legi priori* e *Lex specialis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito (*Ibid*, p. 92-93).

²² Sobre a dimensão de peso dos princípios: “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (*Ibid*, p. 94).

²³ *Ibid*, p. 90.

garantidos *prima facie*, ou seja, direitos que, por sua natureza principiológica, devem passar por um processo de ponderação por parte do intérprete, anterior a um reconhecimento definitivo.

Alexy sustenta que as categorias da teoria dos princípios também são aplicadas aos direitos sociais, ou seja, estes últimos devem ser considerados direitos *prima facie*, demandando, portanto, ponderação com outros direitos, princípios e fatos existentes. O autor traz à baila conceitos como mínimo existencial, visando demarcar a fundamentalidade material do direito e a sua exigibilidade, e sustenta que os direitos fundamentais sociais devem ser ponderados também a partir de elementos como a reserva do possível e regras orçamentárias, a fim de verificar o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade²⁴.

Sem a pretensão de adentrar com mais profundidade ao tema, pode-se dizer que, a partir dessa nova fase, a doutrina e a jurisprudência brasileira passaram a se preocupar com o caráter normativo dos princípios, com a sua importância e formas de aplicação²⁵. Segundo Sarmiento, a partir desse momento se inicia no Brasil uma verdadeira febre de trabalhos sobre a teoria dos princípios, ponderação, argumentação, proporcionalidade, razoabilidade, etc., crescendo também o interesse pelos direitos sociais. Passa-se a discutir, a partir dessas novas bases, a sua aplicabilidade, com a inclusão da argumentação moral no debate²⁶.

Percebe-se, assim, que a análise dos enunciados normativos e a sua validade como norma jurídica – que marcava a doutrina da efetividade – dá lugar a uma “preocupação com valores e democracia, repleta de novas categorias, importadas sobretudo do Direito germânico, como o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição do retrocesso”²⁷.

Outra questão relacionada ao processo de constitucionalização brasileira – e não menos relevante para analisar o fenômeno da expansão das atividades judiciais – é a constitucionalização abrangente. Tal fenômeno se caracteriza pela inclusão no texto constitucional de matérias que antes faziam parte do processo político majoritário e da legislação ordinária. Segundo Barroso, esse processo se iniciou com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), logo após o processo de redemocratização do segundo pós-

²⁴ *Ibid*, p. 503-519.

²⁵ Sobre a influência da teoria dos princípios (e outras características provenientes do neoconstitucionalismo, como a adoção de métodos e estilos mais flexíveis e abertos na hermenêutica jurídica, com destaque à ponderação e a abertura da argumentação jurídica à moral) na jurisprudência brasileira, Sarmiento: “Essas idéias já reverberam fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões” (SARMENTO, O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades, p. 252).

²⁶ *Ibid*, p. 249.

²⁷ SARMENTO, *loc. cit.*

guerra, e foi potencializado no Brasil a partir da Constituição de 88. Para o autor, a Carta Constitucional é analítica, ambiciosa, e desconfiada do legislador, pois tirou assuntos antes tratados na esfera política, transformando-os em direito. E, "na medida em que uma questão [...] é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial"²⁸.

A criação de novos direitos, os quais passaram a ser demandáveis pelos cidadãos por intermédio do Poder Judiciário, somada à redescoberta da cidadania e à conscientização das pessoas de que possuíam direitos - após anos de regime militar -, levou a um aumento da luta por justiça na sociedade brasileira. Outro elemento não menos importante nesse processo de expansão da atividade judicial é o fato de o novo texto constitucional ter introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para a tutela de certos interesses²⁹.

Além do processo de aumento e de conscientização dos direitos, bem como do crescimento dos instrumentos processuais para a reivindicação desses direitos, oportuno acrescentar nessa análise a descrença dos cidadãos com relação à política majoritária, de modo especial o descrédito que sofre o Legislativo e os partidos políticos. Para Sarmento, os escândalos sucessivos noticiados nos meios de comunicação, de que a esfera parlamentar e

²⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, n.4, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

²⁹ Sobre as inovações processuais trazidas pela nova Constituição de 88, Nunes Júnior destaca: a) a ação de inconstitucionalidade por omissão, nos casos em que não são praticados atos legislativos e administrativos para tornar efetivas as normas constitucionais; b) ampliação dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IV); c) instituição do mandado de injunção, quando da ausência de norma regulamentadora a inviabilizar os direitos garantidos constitucionalmente (art. 5.º, LXXI); d) a ampliação do objeto da ação popular, com a inclusão da moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural (art. 5.º, LXXIII); e) a instituição da ação declaratória de constitucionalidade, a qual visa preservar lei ou ato normativo federal (art. 102, I, 'a'); f) a ampliação das funções institucionais do Ministério Público, que passou a atuar na proteção do patrimônio público e social, defesa do meio ambiente, e outros interesses coletivos e difusos (art. 129, I a IX); g) controle das eleições pelo Judiciário, com a ação de impugnação de mandato, fundada em abuso de poder econômico, fraude ou corrupção (art. 14, § 10); h) a instituição da ação de descumprimento de preceito fundamental, a qual visa arguir o descumprimento de preceitos constitucionais, quando relevante o fundamento da controvérsia entre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, e inclusive anteriores à Constituição, com os preceitos constitucionais atuais. (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.45, n.178, abr./jun. 2008). Ainda sobre o tema, Augusto Silva acrescenta que a Constituição de 1988 trouxe a previsão do mandado de segurança coletivo, a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída (art. 5.º, LXX, a, b). Também acrescenta a ampliação do campo de atuação da ação civil pública, criada pela Lei n.º 7.347/1985, pelo texto do art. 129, III, com a legitimidade dada ao Ministério Público para "promover inquérito policial e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 136-139).

partidária está corrompida, e que se move por interesses e não por valores, faz com que alguns setores tenham a expectativa de que a solução para os problemas do país virá do Judiciário³⁰.

Garapon entende que a descrença do cidadão com a política fez com que o espaço da democracia emigrasse silenciosamente do Estado para a justiça, e aponta que o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito das instituições políticas. Para o autor, o magistrado é hoje chamado a salvar a democracia, na qual o Legislativo e o Executivo enfraquecidos, obcecados por prazos eleitorais e, portanto, preocupados apenas em curto prazo, governam cidadãos que esperam do político algo que este não lhes dará: uma moral, um projeto duradouro. Nessa sociedade sem projetos, Garapon ressalta que "os processos circunscrevem novos desafios, colocam problemas de sociedade, tornam visíveis categorias da população, criam esperança, definem os inimigos e criam angústia"³¹.

Em conjunto, tais características tornam o Poder Judiciário um *terceiro gigante*³², um verdadeiro *guardião das promessas*³³ na sociedade contemporânea. A *justiça* torna-se, sob esse olhar, um *espaço de exigibilidade* da democracia, já que oferece aos cidadãos a possibilidade de interpelar os governantes, chamando-os a atenção e, em certa medida, obrigando-os a cumprir o disposto no texto legal. Assim, a dimensão coletiva do *político* desaparece, abrindo espaço a uma reivindicação que assume a forma individual. Esse processo faz com que o cidadão se sinta mais ativo na decisão de seu destino, não precisando depender de uma luta coletiva³⁴.

Contudo, essa situação faz com que o Poder Judiciário se torne um órgão político, dividindo espaço com o Poder Executivo e com o Legislativo, dando origem a um fenômeno já bastante conhecido na doutrina nacional – a *judicialização da política*, o qual, segundo Tate e Vallinder, precursores do estudo sobre o tema, representa a expansão da competência dos tribunais ou juízes em face dos políticos e (ou) dos administradores, isto é, a transferência do direito de tomar decisões de legislatura ou de de serviço civil para os tribunais³⁵.

³⁰ SARMENTO, O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades, p. 255.

³¹ *Ibid*, p. 46.

³² Cappelletti utiliza a expressão *terceiro gigante* referindo-se ao Judiciário (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 46-47)

³³ Garapon utiliza a expressão *guardião das promessas* referindo-se ao Judiciário: "O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo guardado a memória viva dos valores que os fundamentam, estes últimos pediram à justiça que zelasse pelos seus juramentos" (GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 24).

³⁴ *Ibid*, p. 46-47.

³⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power.** New York: New York University Press, 1995. p.13.

Pois bem: esse conjunto de fatores – a redemocratização do país, o reconhecimento da Constituição como norma jurídica, a influência da teoria dos princípios na literatura jurídica nacional, a constitucionalização abrangente, a redescoberta da cidadania, a conscientização das pessoas com relação aos seus próprios direitos, o aumento dos meios processuais para a reivindicação desses direitos, a descrença dos cidadãos com relação à política majoritária, entre outros elementos que poderiam ser acrescidos a esta relação – levou indubitavelmente a um aumento significativo da atuação do Poder Judiciário na realização de políticas públicas no Brasil, especialmente nas áreas de saúde, educação e moradia. Isso porque o país, mesmo tendo uma economia forte, e um PIB entre os quinze maiores do mundo, ainda padece problemas sérios na área social, o que se agrava ainda mais com a desigualdade social endêmica, que faz com que a maioria da população dependa dessas políticas³⁶.

Ocorre que a atuação do Poder Judiciário na realização dessas políticas vem suscitando questões difíceis, especialmente com relação à extensão dos seus poderes, tais como: o Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos, teria legitimidade democrática para atuar na realização de políticas públicas? Não estaria ele violando a doutrina da separação entre os poderes? O Judiciário teria investidura política para interferir nas escolhas do Executivo ou Legislativo e gastos que devem ser priorizados? As suas intervenções de fato atingem os mais excluídos? O Judiciário teria expertise técnica para atuar com eficiência no controle de políticas públicas?

Na sequência serão trazidas algumas reflexões a respeito desses questionamentos, sem contudo, ter a pretensão de esgotá-los ou resolvê-los, pois, além de apresentarem grande complexidade, acredita-se que a resposta a eles está longe de ser única, ou mesmo dotada de rigor matemático. O que se pretende demonstrar, adianta-se desde logo, é que a crença no ativismo judicial como uma solução para os problemas do país e no Poder Judiciário como um substituto ideal para todas as mazelas deixadas pelos demais poderes é uma concepção distorcida, na medida em que toda e qualquer discussão que envolva direito e política apenas poderá ser levada a sério a partir do momento em que esses dois pólos forem conciliados³⁷.

3. CRÍTICAS À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In. Cláudio Pereira de Souza & Daniel Sarmento. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587.

³⁷ *Ibid*, p. 588-589

3.1. O CUSTO DOS DIREITOS

A crítica mais frequente à atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais certamente é a financeira. Isso porque a implementação desses direitos envolve custos, e, apesar de Abramovich e Courtis terem se esforçado na tentativa de derrubar a dicotomia *direitos individuais (negativos) vs. direitos sociais (positivos)* - segundo a qual os direitos individuais implicam em um *não fazer*, e, portanto, não geram custos ao Estado, ao passo que os direitos sociais implicam em um *fazer*, e por isso, geram custos -, a diferença entre direitos individuais e sociais ainda persiste no que se refere aos gastos para a sua implementação.

Abramovich e Courtis sustentam basicamente que, para que os cidadãos possam exercer os seus direitos individuais (ex. direito de propriedade, participar de eleições, etc.), o Estado gasta com a manutenção de instituições políticas, judiciais, com segurança, etc., e, por essa razão, ao contrário do que normalmente se sustenta, não seria possível exercer os direitos individuais (negativos) sem consideráveis gastos estatais³⁸. Na mesma linha, Sunstein e Holmes sustentam que, “tanto os direitos ao bem-estar como a propriedade privada têm custos públicos. O direito à liberdade de contratar supõe custos, não menos do que o direito à atenção médica, o direito à liberdade de expressão ou a uma moradia decente”³⁹.

Contudo, e na forma como acrescenta Virgílio, os direitos sociais se distinguem sim dos direitos individuais (civis e políticos) pelos gastos que a sua realização implica. Isso porque a realização dos direitos sociais custa ainda *mais dinheiro* (p. ex. conceder medicamentos e tratamentos na área da saúde envolve um custo maior do que proteger o cidadão em sua liberdade de expressão ou associação), tendo em vista que os gastos apontados por Abramovich e Courtis como necessários para a garantia dos direitos individuais (negativos), também são necessários para a garantia os direitos sociais e econômicos (positivos), especialmente no que se refere à manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança. Assim, para Virgílio, os *gastos institucionais* deveriam ser deixados de lado quando analisados os custos dos direitos sociais e econômicos (positivos) com os custos dos direitos civis e políticos (negativos)⁴⁰.

Em suma: considerando que a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais envolve um custo maior do que na esfera dos direitos civis e políticos, e, por outro lado,

³⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p. 23.

³⁹ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 32.

⁴⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 593.

que os recursos são escassos, o que faz com que o próprio Estado tenha que fazer escolhas trágicas – p. ex. investir em saneamento básico ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de uma doença rara? Melhorar a merenda escolar ou investir em leitos na rede pública? Aumentar o salário mínimo ou investir em programas de habitação?⁴¹ – hoje é comum a afirmação de que a proteção dos direitos sociais vigora sob a *reserva do possível*.

Para Ingo Sarlet, em regra⁴², a *reserva do possível* constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, e não elemento integrante deles⁴³. Segundo o autor, o seu conceito apresenta uma dimensão tríplice: a) a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos prestacionais (relacionada aos limites da riqueza material e à necessidade de levar a sério os custos do direito); b) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, que guarda relação com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas (autorização orçamentária para o Estado incorrer em certos gastos e adequação na alocação de recursos); c) a perspectiva também do eventual titular de um direito a prestações sociais - a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, exigibilidade e razoabilidade.

Em primeiro lugar, contudo, cumpre deixar de lado as posições mais extremadas sobre o tema, que a nosso ver são: a) a de que os direitos sociais deveriam ser deixados exclusivamente a cargo dos órgãos políticos⁴⁴; e b) a de que a reserva do possível – criada em um país como a Alemanha⁴⁵ - não poderia ser aplicada no Brasil, onde nem as necessidades

⁴¹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 182.

⁴² Ingo Wolfgang Sarlet entende que “a reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo, ano.1, v. 1, jul/dez. 2008, p. 203).

⁴³ *Ibid*, p. 202.

⁴⁴ Posição de J. C. Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais, p. 200 e ss.

⁴⁵ Sobre a criação da reserva do possível, Ingo Sarlet: “A construção teórica da reserva do possível tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. (...) A partir disso, a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto na doutrina majoritária quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso, *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, que firmou entendimento no sentido que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se

básicas dos cidadãos são satisfeitas. No que se refere à primeira posição, entende-se que tal postura é extremada porque o controle entre os poderes é condição necessária a uma sociedade democrática, e, além disso, sustentar essa posição implicaria em desconsiderar os avanços alcançados pela doutrina da efetividade, bem como aqueles decorrentes da expansão da teoria dos princípios. Quanto à segunda posição, sustentada por Andreas J. Krell⁴⁶, acredita-se – na mesma linha de Sarmiento – que “a maior carência econômica, presente em países de Terceiro Mundo, torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. Por isso, o índice maior de pobreza não afasta a reserva do possível”⁴⁷.

Dito isso, passamos a analisar o conceito e os limites da *reserva do possível fática*. Como já salientado, a reserva do possível fática está relacionada aos limites da riqueza material e à necessidade de levar a sério os custos do direito. Contudo, é difícil precisar, em um caso concreto, quais são os limites da riqueza material e de que modo levar a sério estes custos. Barcellos retrata bem o dilema vivenciado pela magistratura quando aduz que o juiz, em uma situação concreta - e diante do argumento da reserva do possível - normalmente tem três opções: a) ignora o argumento; b) rende-se a ele; ou c) faz um juízo de razoabilidade genérico, pautado em sua própria percepção da realidade e em seu bom senso, do tipo: um direito social no valor de R\$ 50.000,00 deve ser custeado pelo Estado, pois tal importância *provavelmente* não interfere gravemente nos recursos públicos existentes; mas se o valor fosse de R\$ 500.000,00, a conclusão seria outra (e se fosse outro juiz, as conclusões poderiam ser outras)⁴⁸.

Diante dessa situação de imprecisão, a doutrina diverge quanto às respostas. Emerson Garcia, por exemplo, entende que o argumento da reserva do possível apenas pode ser aceito

pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. (...). O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador” (SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 201-202).

⁴⁶ A posição de Andreas J. Krell sobre o tema é a seguinte: “(...) é questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países ‘centrais’ do chamado ‘Primeiro Mundo’ com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes. Gomes Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma ‘reserva do possível’ e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. (...) Essa teoria, na verdade, é uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços público pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos (composição de orçamentos). (...). Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia” (KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/545/4/r144-17.PDF>>. Acesso em: 06 ago. 2012).

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos, p. 198.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo, ano.1, v. 1, jul/dez. 2008, p. 150-151.

caso reste comprovada a total insuficiência de recursos por parte do Estado, ou seja, uma total impossibilidade material⁴⁹. Outra interpretação muito comum – especialmente no plano jurisprudencial - é a de que o argumento da reserva do possível deve ser sopesado a partir dos efeitos que a proteção do direito social provocará sobre o universo de recursos existentes.

Contudo, os argumentos acima referidos – tal como destaca Sarmiento - abrem portas a algumas complicações, quais sejam: a) caso o argumento da reserva do possível apenas seja aceito diante da total ausência de recursos públicos, isso certamente comprometerá o atendimento de uma série de outras demandas onerosas por parte do Poder Público, o que acaba por sacrificar a proteção de outros direitos igualmente previstos na Constituição⁵⁰; b) caso o argumento da reserva do possível seja analisado a partir do impacto sobre o universo de recursos públicos existentes, isso implica em dizer que - por mais custosa que seja a proteção de um direito social - dificilmente este gasto terá um impacto muito grande sobre o universo dos recursos públicos, de modo que praticamente todas as pretensões poderão ser acolhidas. Nada obstante, quando analisado sobre uma perspectiva global, esse gasto visivelmente não pode ser concedido de forma igualitária a todas as pessoas na mesma situação, o que leva a uma situação de extrema desigualdade, privilegiando-se aquelas que tiveram acesso ao Judiciário⁵¹.

Essa última complicação levantada por Sarmiento, referente a análise do impacto da concessão do direito social sobre o universo de recursos públicos existentes - também apresentada por Barcellos quando trata do juízo de razoabilidade genérico feito pelo magistrado - demonstra a falta de critérios com que os direitos sociais vêm sendo concedidos no Brasil, especialmente na área da saúde. O processo de ponderação feito pelo magistrado em um caso concreto se dá a partir de presunções genéricas, pautadas no que tem sido chamado de *microjustiça*, ou seja, o juiz ignora a existência de outros custos sociais importantes, a existência de pessoas em situação semelhante, bem como não consegue enxergar o impacto econômico de suas decisões e a sua responsabilidade política: lidar com recursos escassos em uma sociedade que depende de políticas ilimitadas e igualmente custosas (*macrojustiça*).

⁴⁹ Veja-se a posição de Emerson Garcia: “No caso de total insuficiência de recursos, o que deverá ser devidamente demonstrado e não simplesmente alegado, pouco espaço restará para que o Poder Público seja compelido a cumprir o seu dever jurídico. Nesse caso, o descumprimento resultará de uma total impossibilidade material, não de uma injustificável desídia” (GARCIA, Emerson. **O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e6ecb9f7-96dc-4500-8a60-f79b8dc6f517&groupId=10136>. Acesso em: 06 ago. 2012).

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos, p. 198-199.

⁵¹ SARMENTO, *loc. cit.*

Sem a pretensão de aprofundar a temática, mas com o fito de demonstrar a complexidade da discussão, cumpre destacar, neste ponto, que, para tentar minimizar as dificuldades enfrentadas pelo magistrado no plano individual, alguns autores, dentre os quais Barcellos, têm trabalhado com o conceito de *mínimo existencial*⁵², noção que não poderia deixar de ser confrontada com a concepção da reserva do possível. Isso porque – de acordo com a Barcellos - o argumento da reserva do possível não pode ser suscitado contra a exigibilidade do mínimo existencial, uma vez que o conteúdo que compreende o conceito estabeleceria as prioridades constitucionais definidas para a atuação estatal⁵³.

Embora reconhecida a consistência desse entendimento, constata-se que ele não é unânime, pois existem autores que sustentam que o mínimo existencial não é um direito absoluto. Sarmiento, por exemplo, aduz que o mínimo existencial não está imune ao argumento da reserva do possível, bem como que não pode ser assegurado judicialmente de forma incondicional, sem que o juiz analise os custos da universalização das prestações, as condições específicas do titular do direito – inclusive a sua condição financeira, etc. Para o autor, não existe direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune ao processo de ponderações e à reserva do possível. Em suma, ele argumenta que o mínimo existencial está sujeito a ponderação: “quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido”⁵⁴.

Nessa linha, gize-se que mesmo quem defende o *mínimo existencial* reconhece imprecisões no âmbito de sua aplicação. Barcellos, por exemplo, enfatiza que o conceito do mínimo existencial neutraliza os problemas enfrentados pelo magistrado no plano individual,

⁵² Em que pese a dificuldade em estabelecer um conceito preciso sobre o que vem a ser *mínimo existencial* – em estudo importante sobre o tema – Barcellos definiu uma relação de prestações que podem ser exigidas do Judiciário, independentemente da mediação legislativa: educação fundamental, saúde básica, assistência em caso de necessidade e acesso à justiça (BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247-301). Sobre a definição do mínimo existencial na área de saúde, vide: BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo, ano.1, v. 1, jul/dez. 2008).

⁵³ Sobre a relação entre mínimo existencial e reserva do possível, Barcellos leciona: “(...) prioritariamente a qualquer outra atividade, cabe ao Estado empregar recursos para o atendimento daquilo que se entenda, em determinado momento histórico de uma sociedade, o mínimo existencial. Assim, se algum indivíduo demonstra encontrar-se desprovido dos bens ou serviços inerentes a esse mínimo, é porque o Estado, em um momento anterior, terá agido de forma inconstitucional, destinando recursos a outros fins sem haver atendido, antes, a prioridade constitucional. Nesse contexto, ao empregar o conceito do mínimo existencial o juiz está dispensado de examinar o argumento da reserva do possível, uma vez que essa questão já terá sido avaliada quando da construção do próprio conceito” (BARCELLOS, O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata, p. 152)

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos, p. 207.

mas que o emprego do conceito traz dois efeitos colaterais pouco desejáveis, quais sejam: a) a compreensível dificuldade de o magistrado conter-se dentro dos limites do mínimo existencial, sobretudo nas áreas que envolvem prestações de saúde e assistenciais; b) a dificuldade de o juiz adaptar o conceito de mínimo existencial às alterações pelas quais a sociedade venha a passar⁵⁵.

Por essa razão, a autora sustenta que seria interessante – paralelamente com as ações individuais – discutir os direitos sociais em outras sedes, especialmente sob a forma de controle coletivo (para a defesa dos direitos difusos e coletivos)⁵⁶ e/ou abstrato (constitucionalidade das alocações orçamentárias)⁵⁷. Isso porque as decisões tomadas nesse tipo de controle já seriam aplicáveis à sociedade como um todo, produzindo mais igualdade no atendimento da população. Outrossim, no plano abstrato ou coletivo, os elementos que seriam dificultosos ao juiz analisar no plano individual, poderiam ser examinados de forma mais consistente, viabilizando uma evolução madura do mínimo existencial e o avanço da discussão⁵⁸.

Ademais, e apenas para concluir o ponto, Barcellos destaca que a discussão coletiva ou abstrata exigirá um exame do contexto geral das políticas públicas, o que normalmente não se vê nas ações individuais. Esse exame é mais provável, segundo a autora, porque os legitimados ativos, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, associações, etc., terão melhores condições de trazer as informações aos autos e discuti-las. Desse modo, se tornaria

⁵⁵ Sobre o primeiro efeito colateral, Barcellos aponta que o direito social concedido a determinado indivíduo fora dos limites do mínimo existencial deveria ser concedido também a outras pessoas na mesma situação, o que acaba consagrando uma distribuição pouco democrática, e apenas para aqueles que vão bater às portas do Judiciário. Além disso, o cumprimento da decisão judicial sairia de uma mesma rubrica, reduzindo os recursos disponíveis ao atendimento do restante da coletividade. Sobre o segundo efeito colateral, a autora destaca que o mínimo existencial é um conceito construído historicamente, a partir das circunstâncias e possibilidades da sociedade, tanto financeiras e econômicas quanto culturais, sendo que a alteração desse quadro levará a uma readaptação do conceito. Contudo, no caso individual, o juiz dificilmente teria condições de fazer essa avaliação, em razão da falta de dados sobre questões como, por exemplo, a expansão da capacidade financeira e econômica da sociedade, o atendimento das necessidades associadas ao mínimo existencial no país, etc. (BARCELLOS, O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata, p. 152-157).

⁵⁶ Sobre o controle coletivo dos direitos sociais, Barcellos: “(...) da mesma forma que um indivíduo poder ir a juízo postular que o Estado cumpra o seu dever jurídico, também aqueles privados da fruição do mesmo bem ou serviço – porque, e.g., ele não é prestado em determinada localidade – poderão, diretamente ou por meio de algum substituto processual, pretender judicialmente que o Estado cumpra seu dever, e.g., de instalar um posto de saúde na região. Em outras palavras: se o direito individual à prestação existe, deve haver igualmente a possibilidade de tutela coletiva (para a defesa de direitos coletivos ou difusos), sobretudo quando se trata de pretensões materiais necessárias à dignidade humana” (*Ibid*, p. 148).

⁵⁷ Sobre o controle abstrato dos direitos sociais, Barcellos: “Quanto ao controle abstrato, sua possibilidade decorre da seguinte circunstância: destinar recursos para determinadas finalidades específicas constitui uma regra constitucional cuja inobservância gera invalidade que deve ser sanada ou por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ou representação por inconstitucionalidade, a ser apreciada pelos Tribunais de Justiça) ou, eventualmente, por meio de ADPF (assumindo que a questão envolverá preceito fundamental), em qualquer caso perante o Supremo Tribunal Federal”. Em nota, a autora acrescenta: “A ADIn seria cabível em face de leis orçamentárias federais e estaduais, já que não cabe ADIn em face de leis municipais. Estas poderiam ser discutidas em abstrato em face das Constituições dos Estados-membros, dependendo do seu teor” (*Ibid*, p. 149).

⁵⁸ *Ibid*, p. 154.

viável uma análise mais realista das necessidades sociais, como por exemplo, o custo médio do atendimento de todas as pessoas que são titulares de determinado bem ou serviço, bem como seria possível uma análise mais concreta dos recursos públicos disponíveis como um todo⁵⁹.

Feitas essas considerações, passamos agora a tratar da *reserva do possível jurídica (orçamentária)*, sendo que a questão central nessa seara diz respeito à existência de previsão orçamentária para que o Estado realize determinados gastos. Estabelece-se, por assim dizer, o seguinte embate: de um lado o legislador - legitimado pelo povo a eleger os gastos em uma sociedade democrática, com visão global sobre as necessidades sociais e atuando por meio da lei orçamentária; de outro lado o Judiciário - em tese, sem legitimidade democrática para a realização de políticas públicas, e sem visão global das necessidades sociais, determinando a realização de gastos e a satisfação de direitos sociais não previstos na lei orçamentária.

Dentro desse embate, algumas questões poderiam ser suscitadas, dentre as quais: o Poder Judiciário pode determinar a realização de gastos públicos para a satisfação de certos direitos sociais sem previsão orçamentária? A atuação do Judiciário na realização de gastos fora do orçamento ofende a vontade do legislador? Via de consequência, isso caracteriza uma ofensa à democracia (majoritária)? E mais: em uma situação em que o Legislativo se omite na alocação de recursos orçamentários, impedindo a efetivação de alguns direitos sociais, o Judiciário poderia atuar concedendo esses direitos?

Essas questões também são bastante complexas, e merecem alguma análise. Para iniciar, entende-se pertinente a posição de Barcellos quando aduz que as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem assunto integralmente reservado à deliberação política, mas que recebem uma relevante incidência de normas jurídicas constitucionais, isto é, a Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos para investimento em algumas áreas. É possível tomar como exemplo as áreas de educação e saúde (art. 198, § 2º, e 202, da CF) e a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social (art. 195, da CF). Sob esta perspectiva, a qual parece bastante acertada, é possível considerar que a vontade do legislador nas escolhas orçamentárias não é ilimitada, estando ele sujeito às disposições constitucionais; à observância dos fins constitucionais - a dignidade humana e os direitos fundamentais; bem como ao Poder Judiciário, o qual realiza o controle dessas escolhas⁶⁰.

⁵⁹ *Ibid*, p. 151.

⁶⁰ Barcellos desenvolve trabalho sobre o controle das políticas públicas no Brasil, sustentando que o melhoramento da execução dessas políticas depende basicamente de três temas: o primeiro consiste no desenvolvimento de parâmetros de controle, isto é, definir o que o Judiciário está obrigado a fazer em caráter prioritário, consideradas

Nessa linha, pode-se dizer que o argumento democrático não deve ser utilizado para afastar o Poder Judiciário do controle das escolhas orçamentárias feitas pelo legislador. Isso porque, como aponta Barcellos, o gozo adequado de alguns direitos fundamentais mínimos é condição indispensável ao funcionamento regular da democracia, ou seja, para que todos os indivíduos sejam concebidos como livres e iguais, e para que possam participar do processo deliberativo de forma igualitária, é necessário que todos desfrutem de um conjunto básico de direitos fundamentais, sem os quais os cidadãos não conseguem exercer a sua liberdade, participar conscientemente do processo político democrático, nem dialogar no espaço público⁶¹.

Feitas essas considerações, vê-se como bastante exitoso o argumento de Sarmento, ao dizer que há parcelas de razão em ambos os argumentos, ou seja, tanto o legislador deve dispor de uma ampla margem de decisão sobre as escolhas orçamentárias, cuja atuação não deve ser tolhida excessivamente pelo Judiciário; como também não se deve desprezar o fato de que as escolhas orçamentárias não são um *campo livre* ao legislador, já que este último está vinculado à Constituição e as prioridades que delas possam ser extraídas, bem como está sujeito em alguma medida ao crivo do Poder Judiciário. Para o autor, a virtude está no meio, sendo que “a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos fundamentais sociais”⁶².

Por fim, nos resta analisar a *reserva do possível na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais*, a qual se pauta nos problemas da proporcionalidade da prestação, exigibilidade e razoabilidade da decisão que concede o direito social. Para Ingo Sarlet, o magistrado deve atuar com a máxima cautela e responsabilidade na efetivação dos direitos fundamentais sociais, levando sempre a sério o problema da escassez⁶³.

Levar a sério o problema da escassez, segundo Sarlet, significa que o magistrado deve, em sua decisão: a) tomar em conta os princípios da moralidade e eficiência, maximizando os recursos e minimizando o impacto da reserva do possível; b) exigir do poder público a demonstração da falta dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações; c)

as disposições constitucionais que tratam da dignidade humana e dos direitos fundamentais. O segundo tema diz respeito à garantia do acesso às informações, ou seja, obter informações sobre os recursos públicos disponíveis, previsão e execução orçamentária. O terceiro tema, por sua vez, se refere à necessidade de definir as consequências a serem aplicadas em caso de violação dos parâmetros construídos. (BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2012).

⁶¹ BARCELLOS, O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata, p. 1525-156.

⁶² SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos, p. 201-202.

⁶³ SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 204-207.

considerar o critério do mínimo existencial como parâmetro para o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, o qual já contribui para a *produtividade* da reserva do possível (não excluindo outros parâmetros e possibilidades); d) observar o critério da proporcionalidade, o qual deve incidir na dupla dimensão *proibição do excesso/insuficiência*⁶⁴.

Outra questão relevante quando se analisa a reserva do possível na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais é levantada por Souza Neto, quando aduz que o magistrado – em uma decisão de efetivação de direitos sociais – deve considerar a totalidade de casos semelhantes, de forma que não se privilegie o autor da ação em face de outros milhares de cidadãos que se conformaram com as deficiências do aparelho estatal. Segundo o autor, é fundamental que o juiz pondere em um caso concreto se a sua decisão seria exequível caso fosse universalizada, o que é um parâmetro fundamental para efetivação dos direitos sociais, e elemento capaz de tornar viável a atuação estatal coerente e imparcial nessa seara⁶⁵.

3.2. DESORGANIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Neste item serão analisadas – em conjunto – três críticas frequentes à atuação do Poder Judiciário na realização de políticas públicas na área social: a) a desorganização da Administração Pública; b) as advindas da análise econômica do direito; e c) a ausência de *expertise* do Poder Judiciário na realização de políticas públicas.

A primeira crítica refere-se à *desorganização na administração pública*. A problemática levantada pelos adeptos dessa crítica paira no fato de que, não raras vezes, ao cumprir uma decisão judicial, um recurso destinado a uma determinada área ou segmento da população precisa ser alocado em outra. Na área da saúde isso é bastante evidente, pois, para o cumprimento de uma decisão judicial que concede medicamento, por exemplo, o governo precisa retirar o material alocado em um dado programa de saúde - desatendendo um paciente que utilizava o referido medicamento - para cumprir de forma imediata a ordem judicial⁶⁶. Pertinente neste quadro a metáfora do *cobertor curto* empregada por Souza Neto, a qual diz que

⁶⁴ SARLET; FIGUEIREDO, *loc. cit.*

⁶⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 540.

⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 25-30.

com um cobertor curto, quando se cobre a cabeça, se descobrem os pés⁶⁷. Evidentemente que a desorganização provocada impede que a Administração Pública possa planejar-se, comprometer-se com o cidadão e prestar um atendimento global e isonômico à população.

A segunda crítica está ligada ao que se tem chamado de *análise econômica do direito*, que vem ganhando influência no Brasil por meio da influência norte-americana. Para a análise econômica do direito, a jurisprudência nacional se pauta em uma concepção individualista dos problemas sociais e sustenta que a gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser orientada a partir de uma política social direcionada à avaliação dos custos e benefícios gerais da população. Desse modo, as decisões são aferidas a partir de um juízo consequencialista, segundo o qual a melhor decisão é aquela que produz os melhores efeitos práticos⁶⁸.

Exemplifica-se: os adeptos da análise econômica do direito entenderiam que o benefício da população que necessita de medicamentos é menor do que se os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso das políticas de saneamento básico, construção de redes de água potável etc.⁶⁹ Apontam também que à medida que o Judiciário não observa à análise econômica, privilegia apenas os que possuem acesso à justiça, quer porque conhecem os seus direitos, quer porque podem pagar os custos do processo, isto é, acreditam que esse papel protagonista prejudica os pobres, em detrimento da classe média⁷⁰.

Para Souza Neto, o argumento econômico – quando utilizado para negar efetividade aos direitos sociais – leva a um utilitarismo que é incompatível à dignidade da pessoa humana, já que não seria admissível aceitar, por exemplo, a morte de pacientes em prol da proteção de outros interesses, quando o Estado poderia evitá-las. Aduz, ainda, que os juízos consequencialistas apenas são admissíveis quando utilizados para orientar a escolha do Judiciário em uma dada possibilidade interpretativa, dentre as quais estejam aquelas que se harmonizam com a dignidade humana, isto é, “se determinado texto normativo comporta várias interpretações compatíveis com o princípio, o magistrado deve optar pela que produza melhores consequências práticas”⁷¹.

Por fim, a última crítica é a de que o Judiciário *não domina o conhecimento necessário para realizar políticas públicas*, ou seja, não dispõe de *expertise* técnica para avaliar se uma

⁶⁷ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 528-529.

⁶⁸ *Ibid*, p. 532.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 25-30.

⁷⁰ BARROSO, *loc. cit.*

⁷¹ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 533.

dada política pública é ou não adequada, nem tampouco dispõe de um apoio para avaliar a implementação dessas políticas, ao contrário do que ocorreria com os demais poderes. Apesar de existirem argumentos no sentido de que o Judiciário não sofreria tão gravemente com o problema da falta de *expertise* técnica, por ter à sua disposição perícias, *amicus curiae*, audiências públicas, inquérito civil nas ações coletivas⁷², etc., entende-se que além decisões técnicas relativas, por exemplo, a definir se determinado medicamento é ou não necessário (decisões técnicas *a priori*) o Judiciário também não dispõe meios para controlar a implementação de suas decisões, ou seja, apoio para avaliar a implementação dessas políticas.

No julgamento do caso *Grootboom*, ocorrido na África do Sul, - o qual será analisado abaixo - a Suprema Corte sul africana, para facilitar a fiscalização de sua decisão, nomeou um órgão técnico independente (*Human Rights Commission*) para supervisionar a elaboração e também acompanhar a implementação pelo governo de uma reformulação no programa habitacional, com a priorização dos casos emergenciais. O referido órgão técnico deveria reportar-se à Corte, o que - segundo Sarmiento - seria uma medida que, se adotada no Brasil, contribuiria para a racionalização da tutela judicial dos direitos positivos⁷³, atenuando os problemas decorrentes da capacidade institucional do Judiciário na tutela dos direitos sociais.

3.3. O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O conceito de democracia significa o *governo do povo*, ou seja, nas palavras de Montesquieu, “quando em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma democracia”⁷⁴. Nesse sentido, a essência do Estado Democrático envolveria sempre a legitimação do exercício do poder pelo povo, o qual atualmente é representado por meio de seus governantes, uma vez que se tornou inviável aos Estados Modernos o exercício da democracia direta. Daí decorrem os argumentos contrários à atuação do Judiciário na realização de políticas públicas, já que, por não ser um poder eleito pela vontade popular – e não responder politicamente perante o povo -, não poderia interferir nas decisões adotadas pelos representantes populares⁷⁵, os quais seriam os únicos com legitimidade

⁷² *Ibid*, 529-531.

⁷³ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos, p. 210-211.

⁷⁴ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23-24.

⁷⁵ Como se sabe, no modelo de tripartição de poderes adotado pelo Brasil e pela maior parte das democracias modernas apenas são legitimados pelo voto popular o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Isso sem contar com o fato de que o Poder Judiciário goza de independência com relação aos demais poderes.

para priorizar e equacionar gastos públicos, especialmente em um quadro de escassez de recursos.

Sem a pretensão de adentrar na celebre e bastante explorada dicotomia *constitucionalismo vs. democracia*⁷⁶, nem nos vários outros argumentos doutrinários que poderiam ser utilizados para refutar a objeção democrática à atuação do Poder Judiciário na realização de políticas públicas⁷⁷, quer-se apenas deixar assentado que se toma como pressuposto o fato de que o Poder Judiciário tem um papel importante na concretização dos direitos sociais, bem como que a democracia não impede a intervenção judicial na concretização desses direitos. Isso – especialmente - em razão da já difundida concepção de que o Judiciário não afronta, mas sim promove a democracia na medida em que garante aos cidadãos os direitos sociais básicos, permitindo a sua participação na vida pública⁷⁸. Contudo, e na mesma linha de Kozicki, supõe-se que a "interpretação e a aplicação do direito pelos

⁷⁶ Sobre a dicotomia *constitucionalismo vs. democracia*, vide: “Autores como Habermas e Garapon entendem que a jurisdição constitucional deve apenas garantir a preservação dos princípios democráticos, ou seja, proteger os direitos que garantem a participação política e os processos deliberativos. Por sua vez, autores como Dworkin e Cappelletti são defensores do chamado *constitucionalismo*, para o qual não basta a defesa dos princípios democráticos, sem a atenção aos resultados produzidos por meio deles. Sob essa última perspectiva, a defesa dos procedimentos democrático-deliberativos não seria suficiente para alcançar resultados justos, sendo necessário, também, juízos de valores substantivos adequados a cada caso, de modo que estes se voltem à concretização de resultados. Estabelecem-se, por assim dizer, dois eixos de análise: o *procedimentalista* e o *substancialista*. O eixo procedimentalista entende que o papel invasivo do direito, especialmente na busca por efetivar direitos fundamentais sociais, conduziria a uma cidadania passiva de clientes e não propiciaria a uma cultura cívica e instituições democráticas fortes. Sob esta ótica, a igualdade estabelecida pelo Estado levaria à perda da liberdade, sendo que ‘a igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar’. Por sua vez, o eixo substancialista supõe que a relação entre direito e política, especialmente quanto à criação jurisprudencial do direito, seria inevitável e benéfica à concretização da agenda igualitária, sem qualquer prejuízo à igualdade” (PEREIRA, Micheli. **Responsabilidade jurídica, política e social do Poder Judiciário e do magistrado no contexto da judicialização da política**. 200f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR, Curitiba, 2011).

⁷⁷ Sarmento aponta três argumentos doutrinários que podem ser utilizados para refutar a objeção democrática à proteção judicial dos direitos sociais, quais sejam: a) *déficit democrático das próprias instituições representativas*: uma série de fatores – que vão desde a influência do poder econômico nas eleições, até o distanciamento do cidadão da *res pública* – tende a segregar os representantes dos representados, afastando a concepção de que os cidadãos estariam representados na esfera pública. Isso é agravado com a desconfiança popular em face de instituições como o Congresso Nacional e os partidos políticos. A objeção democrática contra a atuação judicial em políticas públicas se arrefece quando o Judiciário atua em favor dos anseios populares. b) *compreensão diferenciada sobre o significado da democracia*: existe hoje razoável consenso de que a democracia exige mais do que eleições livres, sufrágio universal, e alternância de poder, mas pressupõe também a fruição de direitos básicos pelos cidadãos, com a finalidade de que estes últimos tenham a possibilidade de participar dos diálogos políticos travados na esfera pública em condições de igualdade. Assim, quando o Judiciário está atuando na proteção desses direitos básicos ele estaria protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia e não atuando contra ela. c) *natureza normativa da Constituição*: é dever do Judiciário aplicar as normas jurídicas às situações concretas, mesmo que isso implique em controle do poder estatal, por isso, essa atuação não seria antidemocrática, mas sim um elemento da democracia. (SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos*, p. 184-185).

⁷⁸ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 523.

tribunais deve, necessariamente, representar padrões relativamente rígidos de conduta e ser o instrumental necessário, porém nem sempre suficiente, para a solução dos conflitos sociais"⁷⁹.

Em síntese, entende-se que o controle recíproco entre os poderes é condição *sine qua non* em uma sociedade democrática, por isso, não seria razoável supor que os juízes não teriam legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais. Contudo, o Judiciário tampouco pode ser protagonista na realização de políticas públicas e na alocação dos recursos públicos. O ativismo tem muitas vezes servido para encobrir as mazelas deixadas pelas outras esferas da política, contudo, e na mesma linha de Barroso, acredita-se que ele desvia o foco dos verdadeiros problemas que afligem a sociedade contemporânea e a democracia, entre os quais se destacam a crise de representatividade e a legitimidade/funcionalidade do Legislativo⁸⁰.

Como aponta Virgílio, não se trata de defender um ativismo ou uma autocontenção judicial, nos termos como normalmente se coloca, já que a assertiva de que *aqueles que defendem a autocontenção serão sempre contrários à realização de políticas públicas pelo Judiciário, ao passo que aqueles que defendem o ativismo serão sempre adeptos à atuação do Judiciário nessa área* é equivocada. Para o autor, é possível defender um ativismo (moderado) – no ponto em que se admite a atuação da magistratura na realização de políticas públicas – e, ao mesmo tempo, reconhecer o fato de que o Judiciário padece de vários males estruturais que tornam a sua atuação dificultosa nessa área, destacando-se o enfoque dos juristas ao encarar direitos sociais como direitos individuais, ignorando o caráter coletivo dos primeiros⁸¹. Acredita-se que a realização dos direitos sociais, por depender da implementação de políticas públicas, depende, sobretudo, do governo e das pressões da sociedade civil mobilizada⁸².

3. 4. O MITO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A atuação do Judiciário na realização de políticas públicas é algumas vezes criticada por estar usurpando a competência do Legislativo e do Executivo. Isso porque o Judiciário –

⁷⁹ KOZICKI, Kátia. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p.209.

⁸⁰ Sobre a disfunção que atinge a democracia brasileira, Barroso: “[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes” (BARROSO, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p.18-19).

⁸¹ SILVA, *op cit*, p. 592-593.

⁸² *Ibid*, p. 595-596.

dentro da concepção padrão da separação dos poderes – deveria se limitar simplesmente a aplicar as normas que disciplinam os direitos sociais, não lhe cabendo determinar a realização de políticas públicas, função que caberia ao Legislativo e ao Executivo. Assim, nos cabe indagar: o Judiciário viola a doutrina tradicional da separação dos poderes ao atuar na realização de políticas públicas? O Judiciário deve se limitar a aplicar a lei como está escrita?

Para o autor americano Jeb Barnes, pode-se dizer que a visão padrão da doutrina da separação dos poderes apresenta duas características elementares: a) cria nichos específicos para cada ramo do governo no processo de formulação de políticas; b) sustenta a supremacia legislativa (os membros do Congresso, como eleitos, devem ser os legisladores principais). De acordo com essa visão padrão, o Congresso não deveria aprovar leis vagas, nem os Poderes Executivo e o Judiciário deveriam fazer política a pretexto de executar ou aplicar leis.

Para Barnes, porém, essa concepção tradicional não se sustenta, por três razões⁸³.

Em primeiro lugar, o autor refuta a chamada *justificativa formal* da visão padrão da doutrina da separação dos poderes. De acordo com essa justificativa, a Constituição consagra expressamente em seu texto disposição sobre a doutrina da separação dos poderes, sendo ela, portanto, produto da vontade do poder constituinte, e, via de consequência, não deve ser enfraquecida. Segundo Barnes, contudo, essa justificativa não se sustenta, porque não há papéis delineados e excludentes entre os Poderes, mas sim um arranjo geral de freios e contrapesos que garante que as instituições partilhem o poder⁸⁴. Por exemplo: o Congresso faz as leis, mas está sujeito ao veto presidencial; o Judiciário e o Executivo têm poder para moldar o significado das leis; o Executivo pode elaborar regras interpretativas e regulatórias; o Judiciário tem o poder de julgar controvérsias decorrentes de lei (e de certa maneira *legisla*), etc.

Dessa forma, o autor chega a duas constatações: a) o poder de fazer política não é atributo de um único ramo; b) o constituinte não teve a pretensão de criar ramos exclusivos de governo, mas sim adotou um sistema de freios e contrapesos, criando o compartilhamento de poderes. Essa visão de Barnes serve bem para desconstruir uma visão rígida e estanque da doutrina da separação de poderes, tal qual concebida no Brasil, com destino a uma visão de controles recíprocos, de equilíbrio entre os poderes, a qual é absolutamente aplicável à nossa realidade. Na forma como aponta Virgílio, uma doutrina de separação dos poderes rígida é uma

⁸³ BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separations-of-Powers doctrine. In: **Making policy, making Law: na interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

⁸⁴ BARNES, Jeb. *loc. cit.*

visão enviesada das idéias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista e em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma – já que descreveu o sistema político inglês por volta de meados do século XVIII⁸⁵.

Em segundo lugar, Barnes refuta a *justificativa normativa* da visão padrão da separação dos poderes, a qual repousa no ideal da regra da maioria para justificar a supremacia legislativa no processo de formulação de políticas públicas, isto é, na concepção de que a delegação de decisões do Congresso para os juízes geraria a dificuldade contramajoritária – decisões de funcionários não eleitos que contrariariam a vontade da maioria. Nessa linha, as decisões contramajoritárias - além de violar o valor central da regra da maioria - seriam censuráveis por corroer a legitimidade do Poder Judiciário como agente neutro. Contudo, para Barnes, a justificativa normativa também está sujeita a vários ataques, dentre os quais: 1) não está claro que o Congresso e a legislação são majoritários, pois: a) eleições não garantem parlamentos majoritários⁸⁶; b) parlamentares não garantem legislação majoritária⁸⁷; 2) está longe de estar claro que a regra da maioria é referência para avaliar a relação entre os poderes⁸⁸.

Tal objeção de Barnes à justificativa normativa da visão padrão da separação de poderes reforça o argumento da legitimidade democrática do Poder Judiciário e acaba por revelar que a sua atuação não é uma atividade neutra, já que, na visão do autor, nenhum dos Poderes estaria alheio à política. Com a textura aberta da linguagem, que permite que os debates jurídicos sejam mais permeáveis por discussões morais, é evidente a postura criadora do juiz. Mesmo não sendo uma característica exclusiva dos direitos sociais, é certo que esses

⁸⁵ SILVA, *op cit*, p. 589.

⁸⁶ Segundo Barnes, (a) as eleições não fornecem uma voz significativa para o público; (b) as eleições para o Congresso raramente são diretas e informadas; (c) *lobby* e contribuições de campanha resultam em leis distorcidas, que favorecem grupos de interesse; (d) a concepção de representação é questionável, já que ninguém pode entrar na pele do outro para defender os seus interesses (filtro da visão dos eleitores). Por essas razões, Barnes entende que as eleições são um espaço importante na democracia americana, mas não garantem uma representação majoritária. Para ele, o Congresso deve ser visto apenas como parte de um regime democrático, assim como os Tribunais e as agências – todos os ramos são essenciais para a democracia (BARNES, *loc. cit.*).

⁸⁷ Para Barnes, a legislação pode não refletir a opinião da maioria, ainda que os membros do Congresso representem fielmente os interesses de seus eleitores. A legislação não incorpora uma visão majoritária clara da maioria dos representantes, sendo hoje produto de manipulação estratégica (BARNES, *loc. cit.*).

⁸⁸ Barnes sustenta que os constituintes (*Framers*) não viram a regra da maioria como uma ameaça, contudo, descreveram o Congresso como o ramo mais perigoso, criando vários mecanismos de controle: colégio eleitoral, veto presidencial, regras de rateio, etc. Os constituintes manifestaram preocupação com a tirania da minoria (o que amenizaram com a criação de eleições regulares), e com a tirania da maioria (o que amenizaram com a divisão da autoridade legislativa; com a bifurcação do Congresso em Câmara e Senado; com a responsabilidade parlamentar dividida em circunscrições; com juízes isolados do processo eleitoral; etc). Para o autor, o sistema de freios e contrapesos expresso na Constituição americana leva a supor que nenhum ramo é o formulador principal de políticas, mas que a marca registrada do governo americano é a dispersão de poder sobreposto e a existência de fóruns políticos diversos de representação, o que torna viável a interação entre os ramos (BARNES, *loc. cit.*).

direitos são positivados, em geral, de maneira muito vaga, sem previsão de prestações específicas que os concretizam⁸⁹, o que permite uma atuação mais ativista do juiz nessa área.

Em terceiro lugar, Barnes refuta a chamada *justificativa funcional* da visão padrão da separação dos poderes, a qual repousa sobre o conceito de especialização. Segundo essa justificativa, cada ramo do governo teria sido concebido para desempenhar um papel institucional específico, e a colisão de funções entre os ramos seria capaz de causar políticas ineficientes. Segundo o autor, essa justificativa tampouco se sustenta, uma vez que a assertiva de que a colisão de funções levaria a políticas ineficientes seria empírica, exigindo, portanto, uma avaliação caso a caso. Isso porque – na concepção de Barnes - nem sempre a atuação do Judiciário seria insuficiente na realização de políticas. O autor destaca que a concepção de especialização visa aumentar a resolução de problemas sociais, e não criar obstáculos à efetivação dos direitos, levando à síndrome de que “*aqui não é o meu departamento*”.

Já na conclusão de seu estudo – e de forma um tanto quanto reveladora - Barnes argumenta que é preciso abandonar a visão padrão da doutrina da separação dos poderes, bem como rejeitar a ideia de que os Poderes devem aderir a regras pré-estabelecidas e estreitas de fazer política, não sendo mais necessário se preocupar com qual dos Poderes está fazendo a política pública, mas se a relação entre os ramos está promovendo resultados democráticos.

Quanto à postura de Barnes de *não distinção entre os poderes* no que se refere à realização de políticas públicas, ao contrário do autor, entende-se que analisar a eficiência dos Poderes *caso a caso* quando o assunto é a implementação dos direitos sociais não parece ser o melhor caminho. O argumento utilizado, de que seria uma visão empírica a concepção de que *cada ramo do governo foi concebido para desempenhar um papel* nos leva a concluir que o autor defende que qualquer Poder pode realizar políticas públicas. Esse argumento, contudo - pelo menos aplicado à realidade brasileira - parece desconsiderar que direitos sociais implicam em custos para o Estado, e o Judiciário - por não ter a *chave do cofre* – faz com que os gastos sejam assumidos pela Administração Pública, muitas vezes sem sequer estarem fazendo parte da previsão orçamentária. Nada obstante, o argumento também parece ignorar que os direitos sociais devem ser observados da perspectiva da floresta, e não da árvore, isto é, devem ter caráter universalizador, o que nem sempre é feito pelo Judiciário, que se preocupa com *microjustiça* do *caso a caso*, afastando-se da *macrojustiça* realizada pelos Poderes eleitos.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos, p. 191.

Por todos esses argumentos, supõe-se que a concepção de diálogos de Barnes - de que não importa qual dos Poderes está fazendo a política, mas se a relação entre os ramos está promovendo resultados democráticos - não parece ser a mais correta. Isso porque um ativismo judicial na seara dos direitos sociais, embora eficiente *caso a caso*, parece não ser a forma mais democrática, eficiente e isonômica em uma perspectiva global. Contudo, entende-se possível sustentar um diálogo entre os Poderes em outros termos - a partir dos quais o Poder Judiciário assume um papel de *mediador entre os Poderes* - o que passamos a tratar no próximo item.

4. O PODER JUDICIÁRIO COMO *MEDIADOR*: O CASO *GROOTBOOM*

Como se procurou demonstrar até aqui, mesmo com a evidente possibilidade de os direitos sociais poderem ser invocados judicialmente, vários fatores levam à constatação de que o Judiciário não é – e nem deve ser – o ente político encarregado a realizar essas políticas. Fatores relacionados à legitimidade democrática, a desorganização da Administração Pública, a decisões alocativas ineficientes, a retração de investimentos privados, a capacidades institucionais, etc., nos fazem ver que a realização de políticas cabe aos poderes Legislativo e Executivo, restando ao Judiciário um papel de fiscalizador.

Conforme já destacado, a extrema desigualdade social presente em nosso país faz com que a maioria da população dependa das políticas públicas existentes, levando à falsa idéia de que a atuação do Judiciário na complementação das políticas públicas é algo positivo, como se a idéia de *complementar* fosse algo bom⁹⁰. Contudo, é preciso assumir que o Judiciário precisa ignorar a complexidade técnica dos casos, a sua implicação econômica, política ou social para dar uma resposta aos casos que lhes são submetidos. Muitas vezes ele precisa transcender aos limites da ordem legal, utilizando-se de *julgamento político* para atender às demandas de forma satisfatória. Segundo Faria, o Judiciário não dispõe de meios adequados para implementar suas sentenças, especialmente as que pressupõem decisões, recursos materiais e investimentos do setor público, o que o coloca em uma encruzilhada. Para o autor, eis um dos dilemas que o Judiciário vem enfrentando na atualidade: “cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza, [...], na consciência de que a atividade judicial extravasa os limites do universo legal”⁹¹.

⁹⁰ SILVA, *op cit*, p. 593.

⁹¹ “Como a magistratura não pode deixar sem resposta os casos que lhes são submetidos, independentemente de sua complexidade técnica e de suas implicações econômicas, políticas e sociais, ela se sente impelida a exercer

Sobre essa temática, Abramovich desenvolve interessante raciocínio: o Poder Judiciário não tem como projetar políticas públicas, mas sim confrontar as políticas assumidas com padrões jurídicos aplicáveis, e, em havendo qualquer divergência, tem a possibilidade de reenviar a questão aos poderes respectivos para que eles ajustem as suas atividades. Sob esse enfoque, sempre que os poderes responsáveis pela realização de determinada política pública não o fizer, ou o fizer de forma insatisfatória, cabe ao Poder Judiciário reprimir a omissão verificada e reenviar a questão aos responsáveis, a fim de que alguma medida seja adotada. Para o autor, apenas em casos excepcionais - quando se verifique uma total violação ou uma ausência de colaboração entre os poderes - é que o Judiciário pode avançar. Abramovich enfatiza que a atuação judicial dessa forma se enquadra em uma espécie de *diálogo* entre os poderes, com a finalidade de concretizar o programa jurídico-político estabelecido pela Constituição e pactos de direitos humanos⁹².

Para exemplificar, Abramovich aponta como paradigmático o caso *Grootboom*, o qual, em breve síntese, consiste no seguinte: Irene Grootboom e outros 900 autores, dentre os quais 510 crianças, viviam em um assentamento informal chamado Wallacedene. Todos eram extremamente pobres, viviam em barracos, sem água, esgoto, serviços de limpeza pública, e apenas 5% dos barracos tinha eletricidade. Muitos dos moradores de Wallacedene haviam sido incluídos em um programa do governo para o fornecimento de casas de baixo custo, contudo, em razão da demora na implementação do programa e das condições intoleráveis na qual se encontravam, os autores ocuparam uma área particular, construindo barracos e abrigos⁹³.

Ocorre que, poucos meses depois, o proprietário da área particular ocupada obteve contra eles uma ordem de reintegração de posse, e, istados a desocupar o local, os autores se recusaram, alegando que os seus antigos espaços em Wallacedene haviam sido ocupados e que eles não tinham para onde ir. Sem qualquer diálogo, e de forma desumana, os autores foram

uma criatividade decisória que acaba transcendendo os limites da própria ordem legal. Afinal, em *casos difíceis*, nos quais a interpretação a ser dada a uma norma, lei ou código não está clara ou é controvertida, "os juízes não têm outra opção a não ser inovar, usando o próprio julgamento político" (Dworkin, 1997). O problema é que, em muitos desses casos, nos quais julgar não significa apenas estabelecer o certo ou o errado com base na lei, mas também assegurar a concretização dos objetivos substantivos por ela previstos, o Judiciário e o MP não dispõem de meios próprios para implementar suas sentenças e pareceres, especialmente as que pressupõem decisões, recursos materiais e investimentos do setor público. À mercê de gastos, programas governamentais e serviços públicos fora de sua competência e jurisdição, o *sistema de Justiça* encontra-se numa encruzilhada. (FARIA, José Eduardo. O desafio do judiciário. **Dossiê Judiciário**, n.21, p.46-57, mar./maio 1994).

⁹² ABRAMOVICH, Víctor. **Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Instrumentos e Aliados**. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, ano.2, n. 2, 2005, p. 205. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

⁹³ SUNSTEIN, Cass. **Social and Economic Rights?** Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/124.CRS_.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

expulsos à força, com as suas casas derrubadas, queimadas e os seus pertences destruídos. Em seguida, os autores foram alojados em um campo de esportes em Wallacedene, em uma estrutura temporária feita de lonas de plástico. E foi nessa fase que eles, insatisfeitos com a omissão do governo em lhes conceder uma resposta à situação vivida, ingressaram com demanda judicial, alegando que os seus direitos constitucionais haviam sido violados⁹⁴.

Duas disposições eram de importância central para o pedido dos autores: 1) toda pessoa tem o direito de ter acesso à moradia adequada (artigo 26); 2) toda criança tem o direito: a) aos cuidados da família, parental, ou cuidado alternativo adequado quando retirado do ambiente familiar; b) à nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais (artigo 28). Em que pese a primeira instância (*High Court*) ter acolhido o segundo argumento (art. 28), determinando o imediato atendimento da pretensão dos autores, com a concessão de refúgio às famílias com crianças, a Suprema Corte reverteu a decisão⁹⁵, acolhendo apenas o primeiro argumento (art. 26), e alterando consideravelmente o teor e o alcance da decisão.

Entendendo que a Constituição africana impunha ao governo o dever de prestar o direito à moradia – bem como outros direitos sociais - com *razoabilidade*, em que pese a carta constitucional prever que o Estado não era obrigado a gastar mais do que tinha, nem a implementar os direitos sociais imediatamente, a Corte aduziu que o direitos dos autores foram violados. Isso em razão da ausência de um programa governamental que garantisse um *alívio temporário* para os que não dispõem de abrigo, ou seja, a Corte entendeu que a Constituição determinava não apenas um planejamento a longo prazo para o fornecimento de abrigo, mas também um sistema para garantir auxílio de curto prazo para os mais necessitados⁹⁶.

A Suprema Corte entendeu que o programa habitacional do governo falhou ao não dispor de medidas razoáveis para proporcionar alívio às pessoas que não tinham acesso a terra, que fossem *sem teto*, ou que estivessem vivendo em condições intoleráveis ou em situação de crise. Determinou, assim, que parcela razoável do orçamento da moradia deveria ser alocada para o atendimento das situações emergenciais, não aceitando a decisão da *High Court*. Atuando assim, a Corte não rejeitou o programa habitacional do governo, mas deixou assentado apenas que as situações emergenciais deveriam ser atendidas com prioridade.

⁹⁴ SUNSTEIN, *loc. cit.*

⁹⁵ O Tribunal Constitucional reverteu a decisão por entender que, com respeito às crianças, a obrigação de fornecer abrigo é imposta principalmente aos pais e familiares, e só alternativamente ao Estado. O que isso significa é que quando as crianças são retiradas de seus pais, o Estado deve proteger os direitos específicos, por exemplo, assegurar que as crianças estejam alojadas e alimentadas. Mas a seção 28 não cria qualquer obrigação primária ao Estado no fornecimento de abrigo para pais e filhos se as crianças estão sendo cuidadas por seus pais ou famílias.

⁹⁶ SUNSTEIN, *loc. cit.*

A Corte em nenhum momento interferiu na arena política, precisando quais e de que forma as prestações deveriam ser concedidas, ao contrário, atuou apenas na alocação dos recursos. Isso fez com que as instâncias legitimadas à realização das políticas públicas elegessem a melhor maneira de concretizar a política, bem como de atender as situações emergenciais, o que foi feito por meio da fiscalização da Comissão de Direitos Humanos, órgão técnico independente nomeado pela Suprema Corte para fiscalizar o cumprimento da decisão.

Segundo Sunstein, o caso *Grootboom* unificou duas posições opostas, normalmente suscitadas quando o assunto é a proteção dos direitos socioeconômicos pelo Poder Judiciário: a) a de que esses direitos não são justicáveis; b) a de que esses direitos criam um dever absoluto ao governo para assegurar a proteção de quem deles precisa⁹⁷. No caso em questão, o que a Corte Constitucional fez não foi restringir o governo, determinando que todos os autores recebessem abrigo, mas, ao contrário, exigiu que o governo dedicasse mais recursos às situações emergenciais, respeitando, assim: a) as pessoas necessitadas de forma igualitária, sem concessão de privilégios apenas àqueles que tiveram acesso ao Judiciário; b) as prerrogativas democráticas dos órgãos responsáveis pela realização das políticas públicas; c) a reserva do possível, pois considerou que o governo conta com orçamento limitado, o que torna necessário o estabelecimento de prioridades; d) suas próprias capacidades institucionais, na medida em que se omitiu em estabelecer as linhas de como deveria ser a política, sua implementação, etc.

Na visão de Sunstein, no caso *Grootboom* a Corte Constitucional da África do Sul foi confrontada, pela primeira vez, com a questão de como exatamente os tribunais devem proteger direitos socioeconômicos. Para o autor, a atuação da Corte sugere, também pela primeira vez, a possibilidade de prever a proteção de uma forma que respeite as prerrogativas democráticas e os orçamentos limitados. Ainda, aponta que a atuação da Corte faz com que seja possível acreditar que uma Constituição democrática, mesmo em uma nação pobre, é capaz de proteger os direitos sociais e fazê-lo sem colocar uma pressão indevida sobre as capacidades judiciais⁹⁸.

Sobre o caso *Grootboom*, Abramovich destaca o seguinte: a Corte Constitucional concluiu que a política habitacional do governo era contrária ao princípio da razoabilidade em um único aspecto - os casos emergenciais -, contudo, a Corte não questionou a totalidade da política. Antes de substituir os demais poderes, reconheceu uma ampla margem para que eles pudessem projetá-la. Nesse caso, segundo o autor, a atuação judicial não consistiu em uma

⁹⁷ SUNSTEIN, *loc. cit.*

⁹⁸ SUNSTEIN, *loc. cit.*

imposição compulsória de uma condenação - detalhada e auto-suficiente -, mas, ao contrário, representou uma instrução determinada em termos gerais, a partir de um *diálogo* entre o juiz e a autoridade pública. Nas palavras de Abramovich: “uma vez ditada a sentença, cabe ao Estado planejar o modo de cumprir as instruções do juiz, e o tribunal se limitará a controlar a adequação das medidas concretas adotadas a partir do mandado expedido”⁹⁹.

Para Abramovich, a chave do sucesso nas ações de exigibilidade de direitos sociais, econômicos e culturais, está exatamente na articulação entre diferentes ramos, a fim de que a articulação legal do caso possa levar a uma alteração das deficiências institucionais, das políticas realizadas pelo Estado e das situações sociais que estão na raiz do conflito. É importante, portanto, a criação de mecanismos de comunicação, debate e diálogo, os quais sejam capazes de lembrar aos poderes competentes a necessidade de cumprir com suas obrigações em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais. O elemento central seria essa *comunicação* ao poder público sobre o descumprimento de suas obrigações¹⁰⁰.

Outra questão interessante levantada por Abramovich refere-se à utilização da via judicial para fomentar um controle social das políticas públicas. Segundo argumento o autor, a via judicial pode ser utilizada para a obtenção de acesso a *informações* sobre as políticas públicas governamentais – tais como a condição das áreas afetadas, o conteúdo das políticas realizadas, com menção dos fundamentos, objetivos, prazos, recursos envolvidos, etc. Sob esse raciocínio, o acesso à informação pode tornar efetivo o controle do cidadão do grau de efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, já que a obtenção de tais informações permitiria constatar mais facilmente as violações a esses direitos¹⁰¹. Dessa forma, a atuação judicial permitiria maior participação cívica no controle das políticas públicas na área social.

Embora as afirmações de Abramovich pareçam – aparentemente - enquadrar-se apenas à seara das demandas coletivas, o autor acrescenta a observação de que as ações individuais - citando o exemplo do caso *Beviacqua*¹⁰² - também constituem importantes veículos para encaminhar aos poderes políticos as necessidades da agenda pública. Nessa linha, entende o autor que as diferentes formas de intervenção judicial, as quais podem representar diferentes

⁹⁹ ABRAMOVICH, Víctor, *Social and Economic Rights?*, p. 207.

¹⁰⁰ ABRAMOVICH, Víctor. **Los Derechos Sociales como Derechos**, p. IV-34, Disponível em: <http://www.campanaderechoeducacion.org/justiciabilidad/downloads/documentosCLAVE/documentosanaliticos/derechos_sociales_como_derechos_christian_courtis.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2012.

¹⁰¹ ABRAMOVICH, *loc. cit.*

¹⁰² O caso *Beviacqua* se caracterizou por uma situação em que: “a preservação da vida e da saúde de um menino com uma doença de medula de suma gravidade requeria o tratamento com um medicamento específico, que os pais não tinham condições de pagar” (Idem, p. 208).

níveis de ativismo judicial, viabilizariam uma articulação frutífera com outras estratégias de incidência política, tais como supervisão de políticas públicas, *lobbying* junto à Administração Pública e Parlamento, negociação, mobilização sociais ou campanhas de opinião pública¹⁰³.

Um exemplo paradigmático nesse sentido no Brasil parece ser o caso das decisões que determinavam a distribuição de medicamentos para portadores do vírus HIV, as quais se inseriram em movimentos mais abrangentes de luta pelo direito à saúde. Tais decisões provocaram, inclusive, a modificação da política pública empregada no setor, levando a aprovação de leis que determinavam a distribuição gratuita dos medicamentos e a produção de medicamentos genéricos. Elas reuniram reivindicações sociais e mobilizaram a ação do Governo, o qual passou a buscar – inclusive no âmbito internacional – rescindir as patentes¹⁰⁴.

Ainda sob a ótica das ações individuais, muito interessante a reflexão de Virgílio ao aduzir que, se o Judiciário não consegue pensar em questões sociais de forma coletiva e global, talvez tal tarefa deva ser deixada à arena política; no entanto, como não podem ser ignoradas as demandas individuais, o Judiciário poderia canalizar essas demandas e exigir dos demais poderes explicações sobre a alocação de recursos, de modo a poder questionar essas alocações quando necessário. Tal diálogo poderia ser reforçado com a atuação do Ministério Público, no controle de políticas já existentes¹⁰⁵.

5. CONCLUSÃO

O Brasil avançou muito na efetivação dos direitos sociais, passando de um estágio em que tais direitos eram considerados simples normas programáticas, para um estágio que pode ser denominado de *judicialização das políticas sociais*. Tal fenômeno, ao mesmo tempo em que pode ser comemorado, também é motivo de preocupação. Comemorado porque a Constituição de 1988 finalmente se afastou do destino dos textos constitucionais que a antecederam, os quais apresentavam uma função meramente *simbólica* e uma enorme distância entre o *ser* e o *dever ser*. Mas também é motivo de preocupação, uma vez que a falta de critérios com que as decisões judiciais são proferidas nessa seara são alarmantes, indo de encontro muitas vezes com as finalidades que a própria Constituição estabelece.

¹⁰³ ABRAMOVICH, Víctor, *Social and Economic Rights?*, p. 208.

¹⁰⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *op cit*, p. 525.

¹⁰⁵ SILVA, *op cit*, p. 597-598.

Apesar da doutrina se esforçar em buscar critérios seguros para a atuação jurisdicional, o problema permanece, exigindo novas soluções. As críticas apresentadas neste trabalho demonstram que o Poder Judiciário não é – e nem deve ser - o ramo mais adequado a realizar as políticas públicas. Ao contrário, ele deve atuar apenas em caráter substitutivo e em situações excepcionais. Neste estudo se propôs que uma parte da solução para o problema do ativismo judicial nas políticas sociais quizá passe pelo abandono de um papel *substitutivo* pelo Judiciário, com destino a uma atuação como *mediador entre os Poderes*. Como tal, o elemento central da atuação judicial seria a *comunicação* ao Poder público responsável sobre o descumprimento de suas obrigações, lembrando-o da necessidade de observá-las com rigor.

Desse modo, não caberia ao Poder Judiciário interferir na arena política, precisando quais e de que forma as prestações deveriam ser concedidas pelo governo, mas representar uma instrução determinada a partir de um *diálogo* entre o juiz e a autoridade pública, a exemplo do que ocorreu em *Grootboom*. O que aconteceu no emblemático caso da África do Sul, tal como destaca Sunstein, representa a possibilidade de prever a proteção de uma forma que respeite as prerrogativas democráticas e os orçamentos limitados. Além disso - e o que é mais interessante - é uma forma de proteger os direitos sociais, não incorrendo em uma pressão excessiva sobre as capacidades judiciais, o que apenas vem a reforçar a judicialização das políticas sociais.

Para utilizar a expressão utilizada por Vianna, o Poder Judiciário não pode ser concebido como o *muro das lamentações* do mundo moderno, demandado em razão da inércia dos demais poderes. Tal como destaca Abramovich, a articulação entre os Poderes pode levar a uma alteração das deficiências institucionais, das políticas realizadas pelo Estado e das situações sociais que estão na raiz do conflito. É preciso romper com a inércia dos demais Poderes, já que o Judiciário é apenas um dos poderes que compõem o Estado, e, por essa razão, deve atuar em conjunto com os demais, de modo que exista um equilíbrio entre eles. Além de todas as atividades que já lhe são inerentes, não pode o Judiciário tomar para si a tarefa de suprir os problemas ou omissões dos demais Poderes, sob pena de ele próprio desfalecer.

Tampouco é razoável que o Judiciário continue a tomar decisões sem observar os orçamentos limitados, bem como a realizar a chamada *microjustiça*, privilegiando aqueles que têm acesso à justiça, em desfavor de todos aqueles cidadãos que - em situação semelhante - se conformaram com as deficiências do aparelho estatal. Os magistrados não devem ser considerados Hércules, *apto(s)* a resolver todos os problemas sociais. Certamente eles contribuiriam muito para a alteração da situação de inércia dos demais Poderes se atuassem

como um *mediador(es)*, concebendo margem de atuação mais ampla ao Legislativo e Executivo. Agindo dessa maneira, o Judiciário estaria respeitando: a) os cidadãos de forma igualitária; b) as prerrogativas democráticas dos órgãos responsáveis pela realização das políticas; c) a reserva do possível/orçamentos limitados; d) suas capacidades institucionais, etc.

O fenômeno da judicialização das políticas sociais vem exigindo que as decisões sejam construídas mais horizontalmente, a partir da interlocução entre os Poderes. E, apesar de ser mais fácil visualizar a atuação do Poder Judiciário como *mediador* nas ações coletivas – a exemplo do caso *Grootboom* - a proposta de Virgílio para as ações individuais, segundo a qual *o Poder Judiciário pode canalizar as demandas e exigir dos demais poderes explicações sobre a alocação de recursos, de modo a poder questionar essas alocações quando necessário*¹⁰⁶, merece especial destaque neste trabalho, uma vez que reforça o argumento de que o Poder Judiciário também poderia contribuir como *mediador entre os Poderes* nas ações individuais.

¹⁰⁶ SILVA, *op cit*, p. 597-598.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor. **Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Instrumentos e Aliados**. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, ano.2, n. 2, 2005, p. 205. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

ABRAMOVICH, Víctor. **Los Derechos Sociales como Derechos**, p. IV-34, Disponível em: <http://www.campanaderechoeducacion.org/justiciabilidad/downloads/documentosCLAVE/documentosanaliticos/derechos_sociales_como_derechos_christian_courtis.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2012.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*. São Paulo, ano.1, v. 1, jul/dez. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separations-of-Powers doctrine. In: **Making policy, making Law: na interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista UNIJUS*, v.11, n.15, p.13-38, nov. 2008, p. 14. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, Brasília, n.4, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n.9, p.5, mar-maio. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **Revista de Direito do Estado - RDE**, Rio de Janeiro, v.3, n.10, 2008. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
DWORKIN, Ronaldo. **Levando dos direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARIA, José Eduardo. O desafio do judiciário. **Dossiê Judiciário**, n.21, p.46-57, mar./maio 1994.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCIA, Emerson. **O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e6ecb9f7-96dc-4500-8a60-f79b8dc6f517&groupId=10136>. Acesso em: 06 ago. 2012.

KOZICKI, Kátia. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/545/4/r144-17.PDF>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.45, n.178, abr./jun. 2008.

PEREIRA, Micheli. **Responsabilidade jurídica, política e social do Poder Judiciário e do magistrado no contexto da judicialização da política**. 200f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR, Curitiba, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**. São Paulo, ano.1, v. 1, jul/dez. 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In. Cláudio Pereira de Souza & Daniel Sarmento. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

SUNSTEIN, Cass. **Social and Economic Rights?** Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/124.CRS_.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.