

Universidade Federal do Pará – UFPA  
Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ  
Programa de Pós-Graduação em Direito

GABRIELLA DINELLY RABELO MARECO

**CRITÉRIOS PARA A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS:  
Fundamentos, exequibilidade e universalidade.**

BELÉM  
2011

GABRIELLA DINELLY RABELO MARECO

**CRITÉRIOS PARA A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS:  
Fundamentos, exequibilidade e universalidade.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Orientador Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués.

BELÉM  
2011

GABRIELLA DINELLY RABELO MARECO

CRITÉRIOS PARA A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS:

Fundamentos, exequibilidade e universalidade.

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará  
Orientador Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués.

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués.  
Orientador

---

Prof.

---

Prof.

Apresentado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Conceito: \_\_\_\_\_

BELÉM

2011

Para Delza, minha avó querida, que ao partir me deixou  
uma última e valiosa lição: o amor não tem fim...

## **AGRADECIMENTOS**

Nenhum agradecimento é mais justo e necessário e nenhuma palavra jamais conseguirá expressar meu imenso amor e minha eterna gratidão: à minha mãe, Delzira, a quem devo tudo o que sou.

À minha tia-mãe, Débora, e ao meu primo-irmão, Luan, por compartilharem de minhas alegrias e de meus sonhos, por terem sempre acreditado em mim. O apoio de vocês foi essencial para a conclusão de mais essa etapa.

Ao meu irmão e melhor amigo, Jorge Jr., por ser minha referência e fortaleza, meu grande incentivador em todos objetivos: sempre foste e sempre serás parte de minhas vitórias.

Ao meu amado Orlando, por trazer leveza e felicidade para minha vida, por me apoiar em todas as escolhas e por entender a minha ausência tantas vezes nos últimos anos. Obrigada por tudo.

Ao meu orientador, Antonio Gomes Moreira Maués, pela compreensão nos momentos difíceis, pelos inestimáveis debates que me ajudaram a encontrar o melhor caminho a seguir, por todas as valorosas sugestões, indicações e correções e, acima de tudo, pelo grande exemplo de humildade, gentileza e generosidade na difusão do saber que levarei como guia pelo resto da vida.

Aos professores que contribuíram, cada um a sua maneira, para o desenvolvimento do presente trabalho: Pastora Leal, Celso Vaz, Jane Beltrão, Rosita Nassar, Gisele Góes, Calilo Kzan, Marcus Alan Gomes, José Cláudio M. de Brito Filho e Paulo Klautau Filho.

Aos amigos que tive o prazer de encontrar no PPGD e que tornaram essa jornada muito mais proveitosa e divertida: Breno Baía, Ricardo Dib Taxi, Sílvia Marçal, Bia Reis, Carol Malcher e Gabriela de Cássia.

Aos meus sócios e amigos, Lenon Yamada e Cláudia Mescouto, que compartilham comigo um projeto de vida, pela paciência e por todo o apoio nos momentos em que não pude estar presente.

Aqui, na Terra, a fome continua,  
A miséria, o luto, e outra vez a fome.

Acendemos cigarros em fogos de napalme  
E dizemos amor sem saber o que seja.  
Mas fizemos de ti a prova da riqueza,  
E também da pobreza, e da fome outra vez.  
E pusemos em ti sei lá bem que desejo  
De mais alto que nós, e melhor e mais puro.

No jornal, de olhos tensos, soletramos  
As vertigens do espaço e maravilhas:  
Oceanos salgados que circundam  
Ilhas mortas de sede, onde não chove.

Mas o mundo, astronauta, é boa mesa  
Onde come, brincando, só a fome,  
Só a fome, astronauta, só a fome,  
E são brinquedos as bombas de napalme.

(José Saramago – Fala do Velho do Restelo ao  
Astronauta. *In* Os poemas possíveis)

## RESUMO

Adotando o caráter normativo dos dispositivos constitucionais como premissa, o presente estudo pretende averiguar os critérios que podem ser utilizados pelos intérpretes na solução de demandas judiciais que envolvem direitos sociais constitucionalmente tutelados. O método interpretativo do positivismo clássico, fundado na ideia de que o conteúdo jurídico de uma norma pode ser extraído com o recurso a critérios semânticos, associado a uma compreensão individualista das demandas que versam sobre direitos sociais, tem conduzido, no Brasil, a inúmeros problemas e distorções na aplicação de recursos públicos. Neste contexto, a presente dissertação apresenta critérios capazes de oferecer ao intérprete/julgador uma forma mais adequada para conduzir a argumentação jurídica. Formulados como questionamentos, tais critérios não se prestam a indicar, de plano, a solução das demandas judiciais, mas permitem que o magistrado se faça as perguntas corretas no momento de decidir, abrangendo, essencialmente, aspectos relativos à fundamentação jurídica do pedido, à possibilidade real de satisfação da pretensão e à observância do direito à igualdade no acesso aos bens públicos. Por fim, a partir da interpretação de algumas das teses centrais das obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin, passamos a observar como diferentes matrizes teóricas conduzem a resultados práticos diversos. A abordagem comparativa realizada com base na revisão das obras principais desses autores conduz, ao final, à conclusão de que as ideias do jurista norte-americano são mais satisfatórias quando aplicadas ao modelo constitucional brasileiro, com as adaptações necessárias em razão de suas sensíveis particularidades.

**Palavras-Chave:** Direitos sociais. Políticas Públicas. Judicialização.

## ABSTRACT

From the assumption that all constitutional provisions present normative character, this study intends to identify the standards that can be used by interpreters in the solution of lawsuits involving constitutional social rights. The interpretive method of classical positivism, based on the idea that the legal content of a standard can be discovered with the use of semantic parameters, combined with an individualistic understanding of the demands that deal with social rights, has led, in Brazil, to many problems and distortions in the allocation of public resources. In this context, this dissertation presents standards capable of providing the interpreter and the judge an more appropriate way to guide the legal argumentation. Such standards will be formulated as questions and do not lend themselves to indicate the final court decision. These questions allow the judge to take into account many relevant matters, covering mainly aspects related to the legal basis of the demand, the possibility of real satisfaction of the claim and the compliance to the right of equal access to public goods. Finally, from the interpretation of some central theses of the works of Ronald Dworkin and Robert Alexy, we can observe how two different theoretical frameworks engender very distinct practical outcomes. The comparative approach, based on the review of major works of these authors, leads to the conclusion that the ideas defended by Dworkin are more satisfactory when applied to Brazilian constitutional model, as long as the necessary adjustments are made to ensure the theory's adequacy to its particularities.

**Keywords:** Social Rights. Judicialization. Public policies.

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2. A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL</b>	14
2.1 A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SEGUNDO CRITÉRIOS DE EFICÁCIA	17
<b>2.1.1 As classificações tradicionais quanto à eficácia das normas constitucionais</b>	19
<b>2.1.2 A classificação proposta por Luís Roberto Barroso</b>	23
<i>a) O problema das normas programáticas</i>	26
<i>b) O problema da indeterminação dos deveres jurídicos</i>	28
<i>c) O problema da regulamentação satisfatória das normas constitucionais</i>	29
2.2 CARACTERÍSTICAS DA JUDICIALIZAÇÃO ATUAL	31
<b>2.2.1 Predomínio de demandas individuais</b>	34
<i>a) Problemas inerentes às ações coletivas: da dificuldade de representação à tendência das demandas messiânicas</i>	35
<b>2.2.2 O mito dos conflitos bilaterais: interesse privado x interesse público na efetivação de direitos sociais</b>	37
<b>2.2.3 A judicialização de políticas públicas como mecanismo de aprofundamento das desigualdades sociais</b>	40
2.3 DA NECESSÁRIA RENOVAÇÃO PARADIGMÁTICA: LIMITES DE UMA PERSPECTIVA FORMAL-POSITIVISTA	43
<b>2.3.1 Por uma interpretação jurídica mais abrangente</b>	47
<b>2.3.2 Concretizando as normas constitucionais: etapas argumentativas na efetivação dos direitos sociais</b>	49
<i>a) A pretensão possui fundamento jurídico?</i>	49
<i>b) A pretensão é exequível?</i>	50
<i>c) A pretensão é universalizável?</i>	51
<b>3. SOBRE O CONTEÚDO JURÍDICO DAS DEMANDAS REFERENTES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	52
3.1 A TEORIA DE ALEXY: DIREITOS SUBJETIVOS PRIMA FACIE	53
<b>3.1.1 O modelo de regras e princípios</b>	53
<b>3.1.2 O conceito de direitos subjetivos de Alexy</b>	55
<i>a) A estrutura das normas que definem “direitos a algo”</i>	57
<b>3.1.3 Direitos sociais como direitos subjetivos <i>prima facie</i></b>	60
3.2 A TEORIA DE RONALD DWORKIN	64

<b>3.2.1 Compreendendo a diferença entre princípios e regras</b>	64
<b>3.2.2 O direito como integridade e a tese da resposta certa</b>	68
<b>3.3 DIREITOS SOCIAIS E CASOS DIFÍCEIS: A ATITUDE HERMENÊUTICA ADEQUADA</b>	80
<b>3.3.1 Interpretando as normas de direitos fundamentais sociais a partir de Alexy</b>	81
<b>3.3.2 A proposta de Dworkin</b>	84
<b>4. SOBRE A VIABILIDADE FÁTICA DAS PRETENSÕES</b>	87
<b>4.1 A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS E A RESERVA DO POSSÍVEL</b>	87
<b>4.1.1 Breves considerações sobre a reserva do possível</b>	89
<b>4.1.2 A teoria dos custos dos direitos</b>	91
<i>a) A limitação de recursos como fator de ponderação à luz de Alexy</i>	97
<i>b) A limitação de recursos na perspectiva do direito como integridade</i>	99
<b>4.2 A NECESSÁRIA UNIVERSALIZAÇÃO</b>	103
<b>4.2.1 O princípio da igualdade como ideia-guia</b>	105
<i>a) A análise de Ronald Dworkin sobre a teoria da igualdade</i>	107
<b>4.2.2 O direito como mecanismo de redistribuição de recursos públicos: uma análise a partir dos conceitos de justiça distributiva</b>	113
<b>5. A OPÇÃO PELO MODELO DE DWORKIN: POR UMA POSTURA JUDICIAL MENOS DISCRICIONÁRIA</b>	117
<b>5.1 A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES</b>	117
<b>5.2 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS</b>	122
<b>5.3 INDIVÍDUO X SOCIEDADE: UMA QUESTÃO DE ENFOQUE</b>	124
<b>5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	126
<b>6. CONCLUSÃO</b>	128
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	133

## 1 INTRODUÇÃO

A intensa carga simbólica do marco constitucional da redemocratização do país após um longo regime ditatorial envolveu os cidadãos na proposta de um Estado comprometido com a proteção dos direitos fundamentais e com a vontade popular. Uma das mais relevantes inovações do texto constitucional promulgado em 1988 foi a inclusão dos direitos sociais no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. E o rol é extenso: o Estado deve zelar pelo direito ao trabalho, educação, saúde, moradia, lazer, alimentação, segurança, auxílio aos desamparados, proteção da maternidade e da infância.

O pensamento constitucionalista consolidado no século XX em diversos países, incluindo o Brasil, opera sobre a premissa de que o texto constitucional gera efeitos jurídicos, não sendo mais possível compreender a Constituição como um documento essencialmente político, como uma carta de intenções. A partir deste paradigma de supremacia da Constituição, o papel atribuído às instituições políticas e jurídicas passou por profundas alterações. O Poder Legislativo não era mais livre para designar os caminhos da nação, devendo elaborar as leis necessárias para que o Estado pudesse traçar o percurso já indicado na Lei Maior. O Poder Judiciário, o Ministério Público e os cidadãos individualmente passaram a atuar de forma positiva e engajada no controle de constitucionalidade dos atos legislativos e administrativos.

E, se em um primeiro momento, a percepção do caráter normativo da Constituição conduziu à invalidação de atos que contrariavam o texto constitucional, logo se passou à compreensão de que não só os atos comissivos do Poder Público poderiam gerar o reconhecimento da inconstitucionalidade, mas que também a omissão em relação aos objetivos elencados na Constituição caracterizaria a violação passível de repreensão pelo Poder Judiciário.

Este segundo momento de consolidação do pensamento constitucional brasileiro foi marcado por um notável crescimento de demandas referentes a políticas públicas, bem como daquelas nas quais se pleiteava o fornecimento de alguma prestação específica relacionada à concretização dos direitos sociais.

Largamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, a tese de que os direitos sociais reconhecidos constitucionalmente geram direitos subjetivos culminou em uma judicialização cada vez mais frequente e totalizante de questões

envolvendo políticas públicas no Brasil. Do fornecimento de medicamentos à construção de creches, é difícil pensar em uma demanda relacionada à efetivação dos direitos sociais que não tenha (ainda) sido levada ao Poder Judiciário.

Contudo, ao mesmo tempo em que se apresenta como possível resposta à crise de legitimidade enfrentada pelos poderes políticos em virtude da ineficiência crônica na gestão dos interesses públicos, o reconhecimento da função essencial do Poder Judiciário na garantia da eficácia do texto constitucional introduziu alguns novos problemas para o pensamento jurídico.

A incompatibilidade de alguns conceitos e padrões típicos do pensamento positivista clássico – ainda tão presente no ensino jurídico e nas decisões judiciais – com o novo paradigma da justiciabilidade dos direitos sociais, tem dificultado sobremaneira a apreensão da complexa natureza das demandas levadas ao Poder Judiciário. Por outro lado, o grande número de ações individuais que têm como objeto o fornecimento, pelo Estado, de alguma prestação relacionada aos direitos sociais conduz a uma compreensão individualista de um problema que é, por essência, coletivo e multifacetado.

Na ausência de pilares teóricos sólidos e conectados com a nova fase do pensamento constitucionalista, muitos julgadores, quando se encontram diante de uma demanda atinente à concretização de direitos fundamentais sociais, frequentemente empregam a lógica própria da justiça comutativa, delineada para a solução de conflitos bilaterais, ignorando as consequências perniciosas de suas decisões para a implementação de políticas públicas mais amplas ou eficazes.

Tais condições, associadas no Brasil a todas as perversidades decorrentes da desigualdade social extrema, produziu um efeito absolutamente inesperado: o Poder Judiciário transformou-se em palco para a redistribuição de recursos públicos na contramão dos preceitos constitucionais. Em outras palavras, a judicialização dos direitos sociais, na forma como tem sido realizada, favorece justamente aqueles indivíduos que menos necessitam de recursos públicos para garantir a sua subsistência em condições dignas.

Os graves problemas identificados, contudo, não invalidam ou deslegitimam a intervenção judicial em questões envolvendo políticas públicas, mas exigem uma reflexão crítica acerca do papel do julgador nesses casos. Neste contexto, o objetivo central do presente trabalho consiste em estabelecer critérios

juridicamente legítimos para balizar a atuação dos juízes em demandas relativas à efetivação de direitos fundamentais sociais, e que permitam ao intérprete desenvolver uma percepção englobante dos inúmeros fatores e variáveis que estão em jogo.

Considerando, ainda, que a presente dissertação tem por objetivo apontar respostas teóricas aos problemas acima identificados, o método de estudo adotado será primordialmente a revisão bibliográfica de obras nacionais e estrangeiras (notadamente as de língua inglesa) a respeito dos principais aspectos desenvolvidos, associada à análise crítica de algumas decisões judiciais emblemáticas pertinentes ao tema.

As obras de Ronald Dworkin e de Robert Alexy foram selecionadas como principais referências teóricas em virtude de sua grande relevância no atual estágio do pensamento jurídico e, especialmente a do jurista alemão, pela sua crescente influência em decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. Além disso, os dois autores apresentam em comum o desejo de superar o pensamento positivista clássico, propondo uma hermenêutica constitucional dinâmica que se mostra mais adequada aos complexos problemas sociais e jurídicos contemporâneos.

A seleção da jurisprudência analisada no presente trabalho deu ênfase às decisões do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de identificar as principais mudanças ocorridas na judicialização dos direitos sociais nos últimos anos. Foram coletadas também decisões de 1ª instância para exemplificar as divergências jurisprudenciais suscitadas ou para demonstrar as dificuldades inerentes à efetivação dos direitos sociais segundo a lógica dos conflitos bilaterais, dando-se preferência, nestes casos, aos julgados obtidos através de consulta aos sítios do Tribunal de Justiça do Estado do Pará e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

No primeiro capítulo da presente dissertação, iremos nos dedicar à análise das características predominantes da judicialização dos direitos sociais no Brasil, expondo os principais problemas práticos e teóricos inerentes ao fenômeno estudado. Posteriormente, serão apresentados critérios que possam contribuir para a superação dos problemas identificados. Estes critérios serão agrupados sob a forma de três questionamentos, relacionados à fundamentação jurídica do pedido, à exequibilidade da pretensão e à possibilidade de universalização da medida.

Os critérios introduzidos no capítulo inicial serão explorados à luz das

principais obras de Robert Alexy e de Ronald Dworkin. A análise comparativa entre a teoria dos direitos fundamentais do jurista alemão e a teoria do direito como integridade do estadunidense terá o intuito de averiguar como a opção por um determinado modelo teórico pode influenciar no resultado das demandas judiciais relativas a políticas públicas.

Ressalta-se, porém, que o presente trabalho não pretende apresentar novos critérios para a justiciabilidade dos direitos sociais. Ao contrário, grande parte dos aspectos abordados na presente dissertação tem sido objeto de ampla e rica discussão doutrinária. O objetivo, portanto, será o de estudar os critérios possíveis sob uma nova ótica, inserindo-os nas propostas teóricas de dois autores importantes para o pensamento jurídico pós-positivista.

No segundo capítulo, iremos analisar o primeiro dos critérios propostos, que versa sobre a fundamentação jurídica da demanda. Para tanto, serão apresentadas as teses centrais de Alexy e Dworkin, focando-se especialmente a distinção estabelecida pelos dois autores entre princípios e regras e os seus conceitos divergentes sobre os princípios jurídicos e a hermenêutica constitucional.

A seguir, o terceiro capítulo trará uma abordagem sobre os principais aspectos fáticos relativos à efetivação dos direitos sociais. A exequibilidade da pretensão será examinada a partir de duas doutrinas também divergentes: a reserva do possível, importada da jurisprudência alemã, e a teoria dos custos dos direitos, desenvolvida pelos juristas norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sustein.

Ainda no terceiro capítulo, serão averiguadas as implicações do critério relacionado à possibilidade de universalização da medida. Com base na teoria da igualdade de recursos de Ronald Dworkin, analisaremos como a judicialização de direitos sociais pode ser compreendida e efetivada em conformidade com os preceitos da justiça distributiva.

No capítulo final, serão expostas as razões que nos levam a optar pelo modelo de Dworkin como o mais adequado para a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a superação dos principais problemas relacionados com a efetivação judicial dos direitos sociais.

## 2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL.

O século XX presenciou uma profunda revolução na forma como a Constituição é compreendida e aplicada. Uma das principais mudanças de paradigma ocorrida nesse período foi a constatação de que a norma constitucional é exatamente isso: uma norma jurídica<sup>1</sup>.

Com a atribuição do *status* de norma jurídica ao texto constitucional, superou-se o pensamento clássico que enxergava na Constituição um texto meramente político, desprovido de efeitos jurídicos, um emaranhado, enfim, de bons conselhos dirigidos aos governantes.

A norma jurídica não aconselha, não convida a agir. A norma jurídica impõe, determina, cria direitos e obrigações e estabelece sanções para aqueles que a violarem. Conferir normatividade ao texto constitucional, portanto, implica uma série de consequências e desenvolvimentos ainda não assimilados plenamente na doutrina brasileira, embora amplamente explorados e debatidos.

Em linhas gerais, Ana Paula de Barcellos afirma que o “novo constitucionalismo” apresenta como conclusões centrais o reconhecimento do caráter normativo da Constituição, da superioridade da norma constitucional sobre as demais normas jurídicas e da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico<sup>2</sup>. Isto significa afirmar que: a) a norma constitucional é dotada de imperatividade como todas as normas jurídicas; b) a norma constitucional prevalece em relação a qualquer outro diploma legal, impondo inclusive o crivo do exame de constitucionalidade para as demais normas; e c) a norma constitucional é o ponto de partida para a análise e compreensão dos demais ramos do direito.

Vale ressaltar que a expressão “novo constitucionalismo” ou neoconstitucionalismo é utilizada aqui para referir-se ao paradigma disseminado no século XX na maioria dos países ocidentais, embora a eficácia jurídica do texto constitucional já fosse reconhecida nos Estados Unidos desde o século XVIII.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298.

<sup>2</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 131-132.

Ao mesmo tempo em que a dogmática constitucional passava por essa renovação, o Brasil também vivenciou um momento histórico de suma relevância. Após um longo período sob a égide de um governo ditatorial e repressor, a Constituição Federal de 1988 foi vista pelo povo brasileiro como um marco simbólico do período de redemocratização.

No Estado Social e Democrático de Direito delineado na Carta Magna vigente, o poder político é legitimado pela soma de dois fatores: a sujeição à Constituição e o respeito à soberania popular. A estes fatores, acrescentou-se um terceiro objetivo intrínseco ao poder estatal: concretizar direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 vem carregada de esperanças, sonhos e anseios nela depositados por milhões de brasileiros. Uma das mais relevantes inovações do texto constitucional promulgado no final da década de 1980, a inclusão dos direitos sociais no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) é fruto e sintoma das particularidades daquele período histórico.

O especial momento político vivenciado pelo Brasil nas últimas duas décadas, de amadurecimento das instituições democráticas e da cultura dos direitos humanos, fez-se sentir no modo como a Constituição vem sendo aplicada pelos tribunais nacionais, interpretada pelos estudiosos e percebida pela sociedade: a “preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua *efetividade* incorporou-se, de modo natural, à vivência jurídica brasileira pós-88”<sup>3</sup>.

Com a superação do pensamento clássico que descrevia o texto constitucional como um documento estritamente político, a Constituição finalmente alcançou o seu papel como uma – nas palavras de Konrad Hesse – “força ativa que influi e determina a realidade política e social”<sup>4</sup>.

Porém, se por um lado as expectativas depositadas no texto constitucional eram justas e legítimas, por outro não se pode negar que entre o real e o constitucional vai uma grande distância.

Hesse, em obra essencial para o desenvolvimento do postulado da normatividade da Constituição, demonstrou que a Constituição jurídica está

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. Direito constitucional e a efetividade de suas normas, p. 306.

<sup>4</sup> HESSE, Konrad. Temas fundamentais de Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.

condicionada em seus limites e possibilidades pela realidade fática<sup>5</sup>. A capacidade que a norma constitucional tem de cumprir efetivamente seus objetivos e propósitos depende inescapavelmente de fatores externos, como questões de ordem histórica e o nível de desenvolvimento espiritual, social, político e econômico dos tempos<sup>6</sup>.

Com o fim do regime militar, a sociedade brasileira estava pronta para abraçar um novo texto constitucional e a CF/88 é um reflexo bastante fidedigno dos desejos populares predominantes naquele período: liberdade, proteção contra os abusos do Estado e condições dignas de existência<sup>7</sup>.

Os direitos constitucionalmente assegurados, notadamente os de cunho social, passaram a ser objeto cada vez mais frequente de demandas judiciais: decisões administrativas são levadas diuturnamente à apreciação do Poder Judiciário sob alegação de inconstitucionalidade; questões referentes à implementação de políticas públicas não são mais decididas nos bastidores políticos, mas em processos judiciais públicos e muitas vezes com a participação de representantes da sociedade civil; a juridicização do discurso político é uma tendência, enfim, cada vez mais inevitável.

O fenômeno está longe de ser, por si só, pernicioso. A forma como tem sido levado a cabo é que exige cautela.

Em verdade, a mesma lógica formal positivista que conduziu ao reconhecimento de que o texto Constitucional é uma norma jurídica – e não apenas *uma* norma jurídica, mas a norma fundamental e suprema –, tem causado certos efeitos colaterais, como a tentativa de afastar do texto constitucional qualquer influência decorrente de fatores “extra-jurídicos”.

Com Hesse, afirma-se que a relação de influência mútua existente entre a Constituição e a realidade político-social deve ser considerada o ponto de partida para o estudioso que se proponha a analisar o problema da normatividade do texto constitucional.

Em outras palavras, nem tanto à terra, nem tanto ao mar: se a Constituição possui a capacidade de dirigir e modificar a realidade econômica, política e social de

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. Temas fundamentais de Direito Constitucional, p. 12.

<sup>7</sup> Não custa lembrar que a crise política foi agravada pelo período de forte recessão que o Brasil enfrentou na década de 80, em que a inflação atingiu níveis assustadores, a dívida externa cresceu consideravelmente e as desigualdades sociais tornaram-se ainda mais gritantes.

um país, estes mesmos fatores políticos, econômicos e sociais devem ser considerados no momento da concretização da norma constitucional, isto é, de sua aplicação. Os tempos mudam e a Constituição deve estar apta a acompanhar, em certa medida, essas mudanças<sup>8</sup>.

A partir destas considerações iniciais, afirma-se que os limites e as possibilidades da norma constitucional somente podem ser averiguados através de um processo hermenêutico dinâmico, que não renegue o caráter normativo do texto constitucional e nem pretenda lhe atribuir poderes irrealis em sua capacidade de transformação social.

Neste contexto, o objetivo do presente trabalho consiste em identificar critérios que possam auxiliar o intérprete/julgador nos casos em que se pretende concretizar direitos sociais, como tentativa de superar alguns dos problemas decorrentes da maneira como a judicialização de políticas públicas vem sendo realizada no Brasil.

No tópico seguinte deste capítulo inicial, irá se demonstrar como o recurso a categorias estanques para o estudo da efetividade das normas constitucionais pode conduzir a resultados teóricos insatisfatórios e incapazes de auxiliar o intérprete/julgador. A seguir, serão analisadas as características gerais de um fenômeno cada vez mais evidente: o crescimento do papel atribuído ao Poder Judiciário na concretização de direitos sociais. No último tópico, será apresentada uma proposta de interpretação judicial mais adequada – tanto do ponto de vista prático quanto do teórico – à apreciação das inúmeras demandas referentes aos direitos sociais.

## 2.1 A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SEGUNDO CRITÉRIOS DE EFICÁCIA.

O pensamento constitucionalista moderno trabalha com a premissa de que a

---

<sup>8</sup> “Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se igualmente indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes.” HESSÉ, Konrad. *Temas fundamentais de Direito Constitucional*, p. 134.

Constituição detém imperatividade e normatividade, isto é, possui a capacidade de gerar efeitos jurídicos. Disto decorre também a conclusão de que inexistem normas constitucionais totalmente destituídas de eficácia<sup>9</sup>.

Segundo a interpretação mais corrente, porém, dizer que todas as normas constitucionais são eficazes não significa afirmar que todas as normas constitucionais apresentam o *mesmo grau* de eficácia, especialmente ao se considerar que os dispositivos presentes na Constituição Federal de 1988 foram redigidos com o uso de diversas técnicas legislativas. Cada artigo, em verdade, é fruto de um processo autônomo de discussões e concessões travadas pelos representantes dos mais diversos grupos econômicos, sociais e ideológicos que se fizeram presentes na Assembleia Constituinte.

Os direitos fundamentais, em particular, englobam uma gama bastante diversificada de bens jurídicos e valores: das liberdades individuais aos direitos difusos, a Constituição Federal de 1988 tutela e protege o homem e suas expectativas legítimas em várias dimensões.

Uma das classificações mais aceitas e utilizadas pelos juristas é a que divide os direitos fundamentais em três dimensões (ou gerações). Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os chamados direitos de liberdade, pois visam a proteção dos cidadãos contra os desmandos de um Estado arbitrário. São notadamente um fruto da ideologia liberal e refletem, segundo a concepção clássica, um dever de não agir, um dever de omissão do Estado e dos demais cidadãos diante da esfera de liberdade privada.

Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, são característicos do Estado do Bem-Estar Social. Inicialmente reconhecidos na Constituição Mexicana de 1917 e logo em seguida na Constituição de Weimar de 1919, alastraram-se de forma marcante a partir do segundo período pós-guerra. São direitos que envolvem uma atuação positiva do Estado e, por isso, são também chamados direitos de prestação, que visam à consecução de uma igualdade material entre os cidadãos e alcançam matérias de ordem social, econômica e cultural, além das chamadas liberdades sociais, como o direito à sindicalização e o direito de greve, que não demandam propriamente obrigações prestacionais a cargo do Estado.

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 266.

Por fim, os direitos de terceira dimensão passaram a ser reconhecidos com a expansão do processo de globalização, especialmente a partir da década de 1960. São também chamados direitos da coletividade, de solidariedade ou direito dos povos. São direitos fortemente informados por um ideal de fraternidade e pressupõem um dever de colaboração de todos os Estados, como, por exemplo, o direito à paz, ao meio-ambiente saudável, à auto-determinação dos povos.

A concretização desses direitos, todos igualmente protegidos pela Constituição de 1988, demanda a adoção de medidas diferenciadas e, eventualmente, conflitantes pelo Estado, que deverá atuar de diversas maneiras, ora omitindo-se, ora intervindo positivamente.

O presente estudo concentra-se no problema da eficácia dos direitos sociais. Esses direitos exigem, como dito anteriormente, uma atuação positiva do Estado, uma prestação específica capaz de concretizar o sentido da norma constitucional, que pode se traduzir em medidas mais simples e diretas ou em complexas políticas públicas de âmbito nacional.

É natural, portanto, a tentativa de enquadrar e classificar as normas constitucionais segundo critérios de eficácia como forma de facilitar a interpretação jurídica: invocada a norma constitucional, bastaria ao intérprete/julgador identificar a categoria a que ela pertence para, então, averiguar quais consequências jurídicas podem decorrer de sua aplicação ao caso concreto. A seguir, analisaremos algumas das propostas classificatórias mais difundidas na doutrina e frequentemente utilizadas em decisões judiciais.

### **2.1.1 As classificações tradicionais quanto à eficácia das normas constitucionais.**

A partir da premissa de que nem todas as normas constitucionais apresentam o mesmo grau de eficácia, inúmeros doutrinadores dedicaram-se à tarefa de propor uma adequada classificação das normas segundo esse critério.

Entre os diversos esquemas classificatórios possíveis, o mais tradicional e utilizado consiste na classificação tríplice elaborada por José Afonso da Silva, que

reconhece a existência de normas com eficácia plena, normas com eficácia contida e normas com eficácia limitada<sup>10</sup>.

Segundo o jurista, as normas de eficácia plena são aquelas que desde a sua entrada em vigor podem produzir todos os seus efeitos essenciais. Já as normas de eficácia contida possuem eficácia direta, imediata, mas possivelmente não integral, eis que o Constituinte optou por deixar margem para a edição de regras limitadoras dos direitos nelas contidos. Por fim, as normas de eficácia limitada têm aplicabilidade indireta e reduzida, dependendo da atuação suplementar legislativa para integrar seus preceitos normativos, englobando tanto as normas instituidoras de princípios programáticos quanto as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios.

Maria Helena Diniz propõe uma classificação semelhante, com quatro espécies de normas constitucionais: normas com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável<sup>11</sup>.

Para a autora, as normas de eficácia absoluta (também chamadas de supereficazes), são aquelas que instituem os chamados direitos eternos ou cláusulas pétreas, pois não podem ter sua eficácia reduzida ou espoliada nem mesmo por emenda constitucional. Segundo Maria Helena Diniz, essas normas supereficazes possuem eficácia positiva e negativa, incidindo de forma imediata nas situações por ela alcançadas e vedando qualquer lei ou mesmo emenda constitucional que possa contrastar com o seu conteúdo normativo<sup>12</sup>.

As normas de eficácia plena são aquelas que, apesar de emendáveis, possuem a capacidade de produzir integralmente seus efeitos desde a sua entrada em vigor, por regularem suficientemente as relações jurídicas a que se destinam, não necessitando de integração legislativa.

Por sua vez, as normas de eficácia relativa restringível são aquelas que possuem eficácia imediata e plena, mas podem ter seu alcance reduzido ou restringido por lei posterior. Assim, enquanto não for aprovada a legislação restritiva, o direito será garantido em sua plenitude.

---

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 113.

Finalmente, as normas com eficácia relativa complementável são as que possuem apenas aplicação mediata, pois não receberam do Constituinte normatividade suficiente para que seus efeitos pudessem ser produzidos, dependendo, portanto, de edição de regra posterior. Englobam, assim como no esquema proposto por José Afonso da Silva, as normas instituidoras de princípios organizatórios (referentes a questões estruturais dos órgãos públicos) e as normas com conteúdo programático (indicação dos princípios que devem guiar a atuação dos poderes públicos).

Após estabelecer as categorias nas quais as normas podem ser enquadradas, resta ainda a seguinte questão: quais são os efeitos jurídicos inerentes a cada tipo de norma?

Em relação às normas programáticas, entre as quais a autora insere inúmeros dispositivos relativos aos direitos sociais, econômicos e culturais, Maria Helena Diniz afirma que são produzidos os seguintes efeitos jurídicos: (1) impedir que o legislador comum edite normas em sentido contrário ao previsto no texto constitucional; (2) impor um dever político ao órgão com competência para editar a norma suplementar; (3) informar a atuação do Estado, indicando suas finalidades sociais e os valores desejados pela sociedade; (4) condicionar a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário; (5) servir de diretriz para a hermenêutica jurídica; (6) estabelecer direitos subjetivos negativos na medida em que vedam comportamentos antagônicos ao texto constitucional<sup>13</sup>.

Embora as propostas tradicionais para a classificação das normas constitucionais segundo o critério de eficácia sejam louváveis como mecanismos de organização do conhecimento, esta separação estanque das normas constitucionais apresenta alguns problemas teóricos e pragmáticos quando se pretende compreender a justiciabilidade dos direitos sociais a partir de suas categorias.

Sob um primeiro viés, as classificações acima comentadas padecem do vício de conferir ao Legislador a competência e a discricionariedade na implementação das medidas necessárias à garantia da efetividade das normas constitucionais programáticas. Com efeito, a doutrina tradicional exclui qualquer possibilidade de que as designadas normas programáticas possam gerar direitos subjetivos positivos aos indivíduos, incidindo, assim, em uma grave inconsistência teórica.

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos, p. 119.

O ápice da normatividade jurídica das normas programáticas, segundo o pensamento clássico, seria o reconhecimento de um direito subjetivo negativo. Em outras palavras: a norma constitucional programática veda que sejam adotadas medidas contrárias ao seu objetivo, mas não impõe verdadeiramente um dever jurídico para os poderes políticos no que tange à regulamentação imprescindível para que a norma alcance sua eficácia social – há, quando muito, um *dever político*.

Tal conclusão afigura-se incompatível com o constitucionalismo moderno, assentado no paradigma da imperatividade e da normatividade da Constituição. Afirmar que uma determinada norma constitucional gera apenas um dever político ao órgão detentor da competência para editar a norma suplementar necessária, mas não um dever verdadeiramente jurídico de garantir a satisfação do direito por ela tutelado, não condiz com o papel central desempenhado pela Constituição no ordenamento jurídico de um país. Reconhecer direitos sem um dever correspondente equivale a não reconhecer direitos – seria apenas mais um caso de insinceridade normativa.

Com efeito, as propostas de classificação tradicionais, embora sejam válidas, não se mostram satisfatórias para a análise do problema que ora se coloca para análise. Maria H. Diniz, por exemplo, apesar de afirmar que as normas programáticas não geram direitos subjetivos positivos, conclui curiosamente que, em algumas situações, a omissão do Legislador poderá gerar um direito subjetivo a ser tutelado pelo Poder Judiciário<sup>14</sup>. Não há, porém, uma análise ou descrição dessas circunstâncias que poderiam transformar um direito subjetivo apenas negativo em direito subjetivo positivo. O caminho estaria aberto, destarte, para a discricionariedade do julgador.

---

<sup>14</sup> “Essa norma programática poderá dar origem a um direito subjetivo? Poderiam os pais acionar o Estado para obter, por exemplo, a construção do prédio escolar, num local ermo, sem quaisquer recursos? Poderia o Judiciário eximir-se de prolatar uma sentença nessa hipótese? Parece-nos que não ante a proibição do *non liquet*, logo não poderia negar a prestação jurisdicional, alegando que não haveria omissão estatal na construção daquela escola, porque a norma constitucional teria tão somente eficácia negativa, no que atina ao legislador, por proibir edição de lei ordinária contrária ao seu comando. Assim sendo, o magistrado não poderá entender inaplicável a norma programática por falta de legislação; terá que analisar cada caso concreto, ante o fim social tutelado constitucionalmente, visto que, na realidade fática, podem ocorrer situações que geram direitos subjetivos.” DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos, p. 124.

### **2.1.2 A classificação proposta por Luís Roberto Barroso.**

Luís Roberto Barroso avança em relação às classificações tradicionais ao perceber que o enfoque utilizado anteriormente não é adequado para a “análise da efetividade das normas constitucionais quanto aos direitos fruíveis individual e coletivamente”<sup>15</sup>. Preocupado com a efetividade dos direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos, o autor propõe um novo modelo classificatório, composto de três categorias: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização destinam-se à organização dos poderes estatais, à criação de órgãos públicos e à distribuição de competências e atribuições entre os entes públicos. Não objetivam regular comportamentos e condutas e possuem caráter instrumental, uma vez que disciplinam o processo de criação e de aplicação de outras normas. Geram direitos subjetivos apenas incidentalmente.

As normas constitucionais definidoras de direito são aquelas que, por natureza e definição, garantem direitos subjetivos aos indivíduos. Nessa categoria, o autor inclui normas que garantem direitos fundamentais de liberdade, direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais difusos e coletivos. Porém, ao contrário das propostas clássicas, Barroso considera as especificidades inerentes à natureza das três dimensões dos direitos fundamentais e subdivide essa categoria em três espécies: a) normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção do Estado; b) normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e c) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora.

A primeira espécie é a menos comum no campo dos direitos sociais e engloba aquelas situações em que o dever jurídico correspondente ao direito subjetivo assegurado consiste em uma omissão, uma obrigação de não fazer dirigida, normalmente, ao Estado. Como exemplo, o autor cita o direito de greve, previsto no artigo 9º da Constituição Federal de 1988.

O segundo tipo de norma, a que enseja a exigibilidade de uma prestação

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, p.88. O tema a seguir abordado é desenvolvido pelo autor ao longo de todo o capítulo V da obra.

positiva de responsabilidade do Estado, demanda uma previsão mais objetiva acerca do dever efetivamente atribuído ao ente público. Este dever pode ser plenamente determinado, como ocorre no artigo 208, I, como pode ser também delineado em parâmetros mais indefinidos, como ocorre nos artigos 196 e 201.

O supracitado artigo 208, I, garante a todos, indistintamente, o direito subjetivo de exigir a matrícula em estabelecimentos públicos para o ensino infantil, fundamental e médio. E o Estado possui, por óbvio, o dever contraposto de garantir a todos o efetivo acesso à educação básica. Nas hipóteses reguladas por normas desta espécie, é fácil verificar a concretização ou não do direito tutelado constitucionalmente.

Por outro lado, os artigos 196 e 201 da Constituição Federal de 1988 versam, respectivamente, sobre o direito à saúde garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas e o direito à previdência social com cobertura para os casos ali previstos (morte, doença, invalidez, proteção à maternidade, proteção contra o desemprego involuntário, entre outros). Tais dispositivos constitucionais, a despeito de estabelecerem direitos subjetivos na visão de Barroso, não permitem uma pronta verificação a respeito do cumprimento satisfatório ou não do dever imposto ao Estado: “a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível, outras tantas.”<sup>16</sup> Esta conclusão gera inúmeras dificuldades de ordem teórica e prática e será retomada para análise em momento oportuno.

A última espécie de norma garantidora de um direito subjetivo é aquela que apenas contempla um interesse cuja realização está condicionada à edição de uma norma infraconstitucional regulamentadora. Neste caso, a Constituição não atribui ao Legislador a competência para reconhecer ou não um direito – ela própria o reconhece e relega ao Poder Legislativo apenas a sua regulamentação. A não regulamentação em tempo hábil, impedindo a fruição do direito, configura a omissão inconstitucional do Legislador capaz de ensejar o recurso a outras medidas para garantir a efetividade da norma constitucional (como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão).

Por fim, a terceira categoria abrange as normas constitucionais programáticas, que indicam os fins sociais a serem perseguidos pelo Estado. As

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, p. 105.

normas programáticas têm o objetivo de estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público. Assim como nas classificações tradicionais, Barroso nega a possibilidade de que as normas programáticas possam gerar direitos subjetivos positivos, embora reconheça a capacidade que essas normas têm para gerar outros efeitos jurídicos, como a invalidação de normas com ela incompatíveis, a direção do processo hermenêutico e legislativo e até mesmo um direito subjetivo em seu aspecto puramente negativo, ou seja, o direito de opor-se judicialmente a medidas que sejam contrárias ao sentido do dispositivo constitucional<sup>17</sup>.

O modelo proposto por Luís Roberto Barroso tampouco se mostra satisfatório para os objetivos do presente trabalho. De fato, o autor promoveu considerável progresso na doutrina nacional a respeito do tema ao perceber a necessidade de propor uma nova forma de classificação a partir de outro enfoque: a capacidade que as normas detêm de gerar direitos subjetivos, isto é, o direito à exigibilidade judicial dos deveres correspondentes.

O problema da eficácia dos direitos fundamentais e, particularmente, dos direitos sociais, econômicos e culturais, demanda uma classificação elaborada a partir de critérios mais específicos, daí porque o modelo de Barroso, desenvolvido sobre a ideia de classificar as normas constitucionais a partir da possibilidade de geração de direitos fruíveis individual ou coletivamente, constituiu um relevante avanço.

Contudo, apesar do mérito de introduzir uma nova perspectiva para o debate sobre a efetividade dos direitos fundamentais, o modelo de Barroso esbarra em algumas incongruências: a) enquadra normas tradicionalmente consideradas pela doutrina como programáticas (artigo 196 da CF/88, por exemplo) na espécie de normas capazes de gerar direitos subjetivos positivos, porém afirma que estas normas não possuem critérios ou parâmetros que possibilitem a verificação do cumprimento satisfatório ou não do dever imposto ao Estado; e b) segue afirmando que as normas programáticas não são capazes de gerar direitos subjetivos positivos.

É bem verdade que Barroso aponta um problema metodológico no texto constitucional, referente à utilização do vocábulo “direito” para designar diversas posições jurídicas ocupadas individual ou coletivamente por sujeitos que seriam

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, p. 117-118.

titulares apenas de interesses ou pretensões, mas não de verdadeiros direitos.

Ocorre, porém, que o Constituinte fez a opção de inserir no texto constitucional a expressão *direito* e nenhuma outra. Ignorar a opção do legislador Constituinte não parece uma solução científica apropriada e seria incorrer no erro criticado pelo próprio autor: “O que desafia a seriedade com que deve ser tratada a Constituição é o raciocínio fundado em que *não vale o escrito*”<sup>18</sup>.

É fato que o texto constitucional utiliza o vocábulo “direito” em inúmeros dispositivos, muitos dos quais descritos por Barroso como normas programáticas. Neste ponto, cabe retomar uma questão conceitual: o que é um direito?

Embora seja desnecessário o aprofundamento em questões terminológicas, faz-se breve referência às diversas acepções que o vocábulo *direito* possui: quando alguém utiliza a palavra *direito*, pode pretender indicar a ciência do direito, o direito positivo (como o conjunto de leis e normas que compõem o ordenamento jurídico) ou um direito em seu aspecto objetivo ou subjetivo. Essa última possibilidade é a que se mostra pertinente para o problema aqui enfrentado.

Barroso assume posição bastante clara a respeito do conceito e do conteúdo a que se refere quando utiliza a palavra *direito*:

O entendimento aqui sustentado parece bem claro: direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe.<sup>19</sup>

A partir da conceituação defendida por Barroso, serão demonstradas as dificuldades decorrentes da utilização do modelo classificatório acima apresentado para o estudo da exigibilidade judicial dos direitos sociais.

#### *a) O problema das normas programáticas.*

O primeiro problema referente à proposta ora analisada diz respeito aos

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, p. 150.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 111.

efeitos decorrentes das normas programáticas. Assim como nas classificações tradicionais, Barroso afirma que estas normas constitucionais não geram direitos subjetivos positivos.

A classificação do jurista, a bem da verdade, delinea um conceito mais restritivo de normas programáticas. Para ele, não basta que a norma exija a complementação legislativa infraconstitucional para produzir plenamente seus efeitos para que seja enquadrada como norma programática – tanto é que o artigo 196 da CF/88 foi incluído no rol de dispositivos capazes de gerar direitos subjetivos positivos.

A característica essencial das normas programáticas reside no fato de que elas não asseguram direitos a algo e tampouco impõem um dever correspondente, mas somente indicam princípios e valores que devem guiar a atuação do Estado. Ao citar exemplos de normas programáticas no texto constitucional, Barroso teve o cuidado de não incluir dispositivos que contivessem as expressões “direito” e “dever” em seus enunciados, tais como os artigos 170 (“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”), 193 (“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”) e 215 (“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”).

Segundo esta linha de argumentação e primando pelo compromisso de levar a sério o *que está escrito* na Constituição, a quase totalidade das normas constitucionais referentes aos direitos sociais não poderia ser classificada como programática. Exemplificativamente: o supramencionado artigo 196 (“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas...”), artigo 205 (“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade...”), artigo 217 (“É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um”) e ainda o artigo 227 (“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura...”).

Tal conclusão remete a um segundo problema, que será esmiuçado a seguir: a indeterminação dos deveres jurídicos impostos por certas normas.

*b) O problema da indeterminação dos deveres jurídicos.*

Barroso subdivide as normas constitucionais definidoras de direitos em três espécies, consoante exposto anteriormente. A primeira espécie engloba aquelas normas constitucionais que garantem direitos plenamente fruíveis, na medida em que apenas demandam uma abstenção do ente público. Em relação a essas normas, não há grandes dificuldades teóricas ou pragmáticas: o dever correlativo atribuído ao Estado consiste em uma omissão, um não fazer.

A segunda espécie, porém, oferece maiores complicações: abrange as normas constitucionais que garantem a exigibilidade de uma prestação positiva a cargo do Estado. Nesta subcategoria, Barroso inclui normas que protegem direitos subjetivos positivos plenamente determinados e também normas que outorgam direitos subjetivos positivos com limites e parâmetros mais fluidos.

No primeiro caso, a identificação do dever jurídico atribuído ao Estado não apresenta dificuldades: a obrigação contraposta ao direito tutelado pode ser facilmente extraída da própria norma, como ocorre no caso do já comentado artigo 208, I ou no artigo 201, §7º.

A segunda hipótese exige maior cautela: trata-se de normas que garantem direitos subjetivos positivos aos seus titulares, mas não definem claramente o dever jurídico correspondente imposto ao Estado. Barroso conclui que a omissão completa será sempre inconstitucional, mas acima disso, a existência de qualquer prestação capaz de concretizar o direito tutelado em algum grau já impõe um juízo de ponderação complexo ao julgador. O jurista indica que neste sopesamento entram aspectos de ordem política e econômica que muitas vezes serão insindicáveis pela via jurisdicional.

O resultado lógico da proposta de Barroso conduz ao reconhecimento de direitos subjetivos positivos indeterminados. Reconhece-se ao titular do direito a possibilidade de exigir judicialmente a prestação a cargo do Estado, embora não se

possa precisar ou determinar qual é, afinal, a prestação devida<sup>20</sup>. Mais uma vez, abre-se caminho para a discricionariedade do julgador, que terá diante de si a penosa missão de estabelecer o grau satisfatório para a concretização de um direito fundamental classificado simplesmente como exigível.

O objetivo do presente trabalho, entretanto, consiste em identificar critérios e parâmetros objetivos que possam auxiliar o julgador na decisão de demandas referentes à efetivação de direitos sociais, de modo a reduzir o elevado grau de discricionariedade e subjetivismo que permeia a jurisprudência nacional no tocante ao tema, pretensão que será desenvolvida nos capítulos seguintes. E, para esta finalidade, um modelo teórico que conduza à identificação de direitos subjetivos sem deveres correlatos mostra-se insatisfatório.

*c) O problema da regulamentação satisfatória das normas constitucionais.*

A terceira espécie de normas constitucionais definidoras de direitos abarca as normas que necessitam de regulamentação infraconstitucional. Barroso afirma expressamente que a Constituição não delega ao legislador competência para reconhecer o direito, mas o concede diretamente, cabendo ao órgão legislativo apenas instrumentalizar sua realização. Quando o Poder Legislativo se omite por tempo acima do razoável na aprovação da norma regulamentadora, a própria Constituição prevê um mecanismo apto a sanar a omissão inconstitucional: o Mandado de Injunção.

A questão que ora se coloca, porém, é diversa: é possível controlar a constitucionalidade da norma regulamentadora já existente? Existe um grau mínimo do direito tutelado que deve ser concretizado?

Luís Roberto Barroso se depara com o problema ao analisar o artigo 7º, IV, que garante aos trabalhadores urbanos e rurais o direito à percepção de um salário

---

<sup>20</sup> Kelsen, comentando o caráter reflexivo dos conceitos de direito e dever jurídico, afirma: “Apenas quando um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro tem este, perante aquele, um ‘direito’ a esta conduta. Sim, o direito reflexo de um consiste apenas no dever do outro.” KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91.

mínimo, a ser fixado em lei, capaz de “atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Aduz o autor em comentário que, na hipótese da lei regulamentadora fixar valor insuficiente para o atendimento das finalidades estabelecidas na norma, ter-se-ia por violada a Constituição Federal. Mas qual seria o remédio jurídico adequado?

Poderia o trabalhador ingressar com ação individual, aduzindo incidentalmente a inconstitucionalidade da lei em questão. Porém, considera o autor que tal solução, apesar de tecnicamente possível e correta, “gera o inconveniente de que o tratamento individualizado fatalmente acarretaria desigualdades”<sup>21</sup>. Poderia também o sindicato propor um dissídio coletivo, mas além de esbarrar na mesma dificuldade relacionada ao princípio da isonomia, essa alternativa também enfrentaria problemas relacionados à separação dos poderes, à legitimidade democrática para definição de políticas públicas e à reserva do possível. Os processos subjetivos, que permitem a apreciação de pretensões individuais, mostram-se, portanto, inadequados.

Restaria apenas a possibilidade de provocação do controle concentrado de constitucionalidade através de um processo objetivo perante o Supremo Tribunal Federal. Essa saída, todavia, também apresenta resultados insuficientes. A uma, porque no caso de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a procedência do pedido conduziria à invalidação da lei e à consequente criação de um vácuo normativo. A duas, na hipótese de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão parcial, o resultado prático seria a devolução ao Presidente e ao Congresso Nacional da obrigação de elaborar a lei, conforme inclusive já se posicionou o Supremo<sup>22</sup>.

Tendo analisado as diversas possibilidades e suas consequências, Barroso conclui que não há mecanismo satisfatório para a proteção da norma constitucional

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, p. 148.

<sup>22</sup> “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente”. STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1439, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 22/05/1996.

em casos tais quais o acima narrado, conduzindo a um novo problema: é possível que o ordenamento jurídico permita a permanência de uma lei inconstitucional no sistema? A se partir da premissa adotada por Barroso, de que a norma constitucional fixa parâmetros objetivos que devem *imediate e definitivamente* ser alcançados pelo Legislador, e considerando o acerto de suas ponderações em relação às alternativas processuais possíveis, a única conclusão lógica possível seria afirmativa – o que denota, novamente, a incongruência do modelo para os fins de auxiliar na compreensão do fenômeno da exigibilidade judicial dos direitos sociais.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS DA JUDICIALIZAÇÃO ATUAL.

O fenômeno do controle judicial de políticas públicas tem se fortalecido e aperfeiçoado continuamente após a promulgação da Constituição de 1988, sendo objeto de estudo de inúmeros juristas.

Os ricos debates travados nas últimas duas décadas a respeito do tema permitiram notáveis renovações conceituais e paradigmáticas. O reconhecimento da legitimidade do Poder Judiciário para apreciar questões tradicionalmente consideradas “políticas” é um exemplo do que se pretende afirmar.

De óbice intransponível à intervenção judicial, o princípio da separação dos poderes passou por uma releitura assentada nas circunstâncias e condições dos novos tempos.

Os críticos do crescimento do papel atribuído ao Poder Judiciário pós Constituição/88 tinham como um de seus principais argumentos a tese de que a invasão judicial na esfera de decisões políticas abalaria os pilares que sustentam a convivência harmônica e independente entre os poderes estatais.

Afirmavam, os defensores desta posição, que o Poder Judiciário não deve se imiscuir na análise de pretensões conflitantes com as deliberações dos poderes Legislativo e Executivo por não possuir legitimidade para substituir decisões tomadas pelos agentes públicos eleitos pelo povo através de um sistema de representação democrática – e este argumento podia ser facilmente encontrado em

diversas decisões judiciais há bem poucos anos e continua sendo reiteradamente sustentado pelos entes federativos até hoje<sup>23</sup>.

No entanto, a partir do reconhecimento da força normativa dos dispositivos constitucionais, o princípio da separação dos poderes não poderia mais fundar-se em um ideal de supremacia da lei (e, portanto, do legislador), tal como concebido originariamente por Montesquieu: era necessário construir e implementar um modelo pautado na supremacia da Constituição.

Fazia-se premente, destarte, uma releitura da doutrina clássica, eis que o princípio da separação dos poderes não poderia ser visto como um fim em si mesmo – como, aliás, já não o era na proposta inicial de Montesquieu –, devendo ser estudado como um instrumento cujo objetivo consistiria em conferir efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista<sup>24</sup>. Assim, diante das inúmeras críticas lançadas ao fenômeno da judicialização de políticas públicas, fez-se notar um movimento de autores que buscavam afirmar a legitimidade da intervenção judicial em demandas referentes a direitos constitucionais, entre os quais podemos citar Andreas Krell:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e,

---

<sup>23</sup> Exemplificativamente: “CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SAÚDE INDÍGENA. LEI 8.080/90. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINAR AFASTADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS: VIDA, SAÚDE, SERVIÇOS PÚBLICOS. RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUÍZO NA APRECIÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, não prospera a invocação da reserva do financeiramente possível para justificar excessiva mora no que tange à implementação de políticas públicas constitucionalmente definidas. 2. A demora excessiva e injustificada do poder público à realização de direitos fundamentais justifica a intervenção do Estado-juiz para impor obrigação de fazer, não se devendo falar em violação do princípio da separação dos poderes. 3. A etnia Maxakali tem direito de acesso ao subsistema especializado de saúde indígena, em sua comunidade local, seja pela proteção constitucional dos índios seja pelas normas que protegem o subsistema de saúde indígena previstas na Lei 8.080/90. 4. Apelação desprovida.” (TRF 1. Apelação Cível 2005.38.00.003646-4. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Publicação: e-DJF1, p. 120, de 04/02/2011)

<sup>24</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

hoje também, a omissão estatal.<sup>25</sup>

O surgimento de possíveis zonas de tensão em decorrência da postura ativa esperada do Poder Judiciário é inevitável, segundo Freire Júnior. Para o autor, entretanto, tal circunstância não conduz a uma supremacia do Poder Judiciário sobre os Poderes Políticos, mas sim à supremacia da própria Constituição, que impõe programas de atuação para os três poderes e não se coaduna com a proposta tradicional de um Poder Judiciário como “mero carimbador de decisões políticas”<sup>26</sup>.

Um marco simbólico desse momento inicial de reafirmação da legitimidade da intervenção judicial foi a decisão “didática” proferida pelo ministro Celso de Mello nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Na ocasião, mesmo considerando prejudicada a ação em virtude da perda superveniente do objeto, o ministro relator expôs o seguinte entendimento:

Tal incumbência [de formular e implementar políticas públicas], no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Superado aquele momento inicial de forte discussão acerca da legitimidade da intervenção judicial no controle de políticas públicas, o fenômeno ora estudado continuou em seu processo de fortalecimento e expansão. A seguir, analisaremos algumas de suas características gerais mais criticadas.

---

<sup>25</sup> KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 88 – destaque do autor.

<sup>26</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas, p. 42.

### 2.2.1 Predomínio de demandas individuais.

Uma das principais críticas lançadas à judicialização das políticas públicas no Brasil diz respeito à predominância das ações individuais em detrimento das ações coletivas, o que impede (ou ao menos dificulta) que o Poder Judiciário desenvolva uma visão mais abrangente dos interesses em jogo. Na verdade, quase a totalidade dos autores que se dedicam ao estudo da efetividade dos direitos sociais compartilha essa percepção.<sup>27</sup>

Em pesquisa realizada através de levantamento de decisões judiciais acerca dos direitos à saúde e à educação em cinco estados brasileiros (BA, GO, PE, RJ e RS), foi possível constatar uma larga prevalência de ações voltadas ao direito à saúde (96%), sendo que somente 2% dessas demandas eram coletivas<sup>28</sup>.

Trata-se de característica intimamente ligada a uma concepção histórica e cultural que compreende o Poder Judiciário como o palco por excelência para a solução de conflitos relacionados à justiça comutativa:

De um ponto de vista estrutural, uma das grandes e importantes contribuições jusnaturalistas foi ampliar a autonomia do direito, atribuindo-lhe decisões sobre casos comutativos, e aos órgãos políticos a decisão sobre casos distributivos. Afinal essa separação permitiu, depois de muitos e violentos choques das guerras de religião, em primeiro lugar, e das revoluções burguesas em seguida, que se estabelecessem com clareza instituições distintas para as duas “justiças”: para os casos comutativos, os tribunais comuns; para os casos distributivos, órgãos da administração ou do próprio Parlamento.<sup>29</sup>

O predomínio de ações individuais, contudo, dificulta a organização de

<sup>27</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros.

<sup>28</sup> BENTES, Fernando R. N. M.; HOFFMANN, Florian F. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica, p. 391.

<sup>29</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno, p. 199.

políticas públicas pelo Estado, que se vê frequentemente compelido a garantir uma prestação incompatível com os programas sociais previamente estabelecidos<sup>30</sup>.

*a) Problemas inerentes às ações coletivas: da dificuldade de representação à tendência das demandas messiânicas.*

Não bastasse a esmagadora supremacia de ações individuais, os autores da pesquisa comentada constataram ainda outro aspecto curioso: a maioria das ações individuais sobre o direito à saúde é bem sucedida, ao passo que as ações civis públicas, além de pouco frequentes, possuem baixo índice de êxito<sup>31</sup>. Isso poderia ser atribuído, em parte, ao maior rigor adotado pelos tribunais na análise de demandas que pretendem efetivamente *implementar* uma determinada política pública, como sói acontecer nas ações coletivas. Por outro lado, ao se deparar com as dificuldades e tragédias individuais, os juízes seriam mais propensos a julgar “com o coração”<sup>32</sup>.

Outro aspecto a ser considerado refere-se aos muitos questionamentos levantados sobre a legitimidade de certas instituições na representação de direitos

---

<sup>30</sup> Inúmeros são os casos em que o poder público é compelido, por exemplo, a fornecer medicamentos de alto custo que não possuem eficácia comprovada ou que possuem similares mais baratos disponíveis na relação de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS. Reformando decisão de 1º grau que havia condenado o Estado de Minas Gerais a fornecer medicamento específico para o tratamento de artrite reumatoide (Orencia, ao custo aproximado de R\$1.780,00 por ampola), por considerar que a política pública já existente seria satisfatória, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu: “MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO DISPONIBILIZADO PELA REDE PÚBLICA - ARTRITE REUMATÓIDE - ABATACEPT 250 MG, (ORENCIA) - EXISTÊNCIA DE OUTROS MEDICAMENTOS DE IDÊNTICA OU MAIOR EFICÁCIA - IMPROCEDÊNCIA O Estado tem a obrigação de prover a saúde pública, nos moldes do artigo 196 da Constituição Federal. Nesse sentido, a Administração Pública fornece uma gama dos mais variados medicamentos aos pacientes do serviço público de saúde, sendo que, nos casos de tratamentos especiais, o particular deve comprovar sua necessidade de medicamento específico, comprovando, ainda, a ineficácia da droga provida pelo Ente Público. Não comprovado que o medicamento pretendido é insubstituível e havendo possibilidade de fornecimento de medicamento genérico ou similar ou outros com a mesma eficácia, não pode o Estado ser obrigado a prover medicamento específico não constante da sua listagem.” (TJ MG. Processo 1523070-07.2007.8.13.0707. Relatora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Decisão publicada em 06/03/2009)

<sup>31</sup> BENTES, Fernando R. N. M.; HOFFMANN, Florian F. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica, p. 407.

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, p. 584.

coletivos. O Ministério Público, por exemplo, costuma ter sua legitimidade questionada quando atua como substituto processual de autores individuais na tutela de interesses particulares – embora estes interesses possam ser classificados como individuais homogêneos. A Defensoria Pública, por sua vez, é uma conquista recente na história democrática brasileira e somente foi incluída no rol de entidades legitimadas a ingressar com ações civis públicas em 2007, através da Lei nº 11.448.

Um terceiro problema inerente às ações coletivas diz respeito ao caráter genérico dos pedidos. Muitas vezes, o objeto da demanda coincide com a implementação de uma política pública definida e elaborada pelo próprio autor<sup>33</sup>, o que atrai argumentos de violação aos princípios democráticos e da soberania popular. Em outras tantas, as ações coletivas pretendem garantir a solução de problemas sociais complexos através de simples decisões do Poder Judiciário<sup>34</sup>,

---

<sup>33</sup> Notícia divulgada no site da Defensoria Pública da União em 05/03/2011 informa o deferimento de liminar que obriga a União, o estado de Minas Gerais e o município de Juiz de Fora a ratear igualmente os custos para o fornecimento de oito medicamentos oncológicos não previstos na relação de medicamentos fornecidos pelo SUS. O aspecto mais inusitado da decisão diz respeito à sua operacionalização: caberia à Defensoria Pública a tarefa de informar diretamente ao Poder Executivo quem deveria ser atendido com a prestação dos medicamentos. O juiz definiu ainda de que forma os entes públicos deveriam cumprir a decisão: “Segundo ele, União, estado e município devem arcar, cada um, com um terço do tratamento. ‘Primeiro o Município, no prazo de 15 dias a contar do ofício a ser encaminhado pela Defensoria’. Em seguida, o governo estadual deve pagar sua parte. ‘A União ficará responsável pelo fornecimento do medicamento relativo à última terça parte, cuja operação será realizada mediante depósito da quantia correspondente em conta a ser aberta na Caixa Econômica Federal, em nome do município de Juiz de Fora, o qual ficará no encargo de realizar a compra efetiva’, afirmou. O prazo para a União é de 30 dias do ofício da Defensoria. (...) O descumprimento das recomendações acarretará multa pessoal de R\$ 20 mil ao secretário municipal de Saúde e ao gerente da Gerência Regional de Saúde de Minas Gerais.” Conteúdo disponível em <<[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3760:liminar-permite-a-defensoria-escolher-beneficiarios&catid=34:noticias&Itemid=223](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3760:liminar-permite-a-defensoria-escolher-beneficiarios&catid=34:noticias&Itemid=223)>>

<sup>34</sup> Neste sentido, como exemplo, os processos nº 20051073195-1 e 2004.39.00.010412-6. O primeiro, movido pelo MPE-PA, tramitou perante a 2ª Vara da Infância e da Adolescência da Comarca de Belém, pleiteando a construção de “quantos abrigos fossem necessários” para resolver o problema da superlotação em centros de recolhimento de menores infratores e culminou com a homologação de acordo firmado entre as partes, estando atualmente em fase de cumprimento. O segundo, movido pela Defensoria Pública da União, objetiva a imediata retirada de todos os menores das ruas do estado do Pará e foi julgado procedente nos seguintes termos: “(...) condeno o Estado do Pará a efetivar as seguintes providências requeridas pelos autores e que são da sua competência: 1) a colocação das crianças de rua que não possuam familiares em abrigos especialmente destinados para o atendimento dos seus direitos, onde deverão permanecer abrigadas até a colocação em família substituta; 2) o encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade, das crianças que possuam família nesta Cidade; 3) o imediato tratamento médico das crianças e adolescentes viciados em substâncias entorpecentes e acometidos de algum tipo de moléstia; 4) a lavratura de assento de nascimento das crianças e dos adolescentes que não possuam registro; e 5) a matrícula e frequência obrigatória das crianças e adolescentes em estabelecimento oficial de ensino. As providências deverão ser efetivadas dentro do prazo de 90 dias, a contar da intimação da sentença, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).” Em 28/06/2010, o Desembargador Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região deferiu o pedido de suspensão de execução da sentença apresentado pelo Estado do Pará (Processo 0037773-

demonstrando uma certa pretensão messiânica: deseja-se obter a total resolução de chagas históricas de um Estado onde grande parte da população ainda sofre com a fome e a falta de infra-estrutura básica.

Tais problemas, embora não justifiquem a prevalência de demandas individuais, apontam para a necessidade de um melhor aparelhamento técnico e teórico do Poder Judiciário para lidar com esta realidade.

### **2.2.2 O mito dos conflitos bilaterais: interesse privado x interesse público na efetivação dos direitos sociais.**

Outro traço característico que pode ser percebido em inúmeras decisões judiciais referentes a prestações sociais é a tendência de equalizar a demanda segundo a lógica dos conflitos particulares: a uma pretensão (fundada ou não) do indivíduo, opõe-se a recusa (justificada ou não) do Estado.

Este argumento mostra-se fortemente afinado com a cultura individualista enraizada no pensamento jurídico pátrio, notadamente no âmbito processual, como já exposto anteriormente. O Poder Judiciário foi essencialmente desenhado e aparelhado como um instrumento de realização da justiça comutativa, de solução para conflitos entre particulares.

Na lógica simplista que reduz problemas complexos de políticas públicas a uma mera oposição entre o direito individual e a negativa do Estado de concretizar o texto constitucional, é frequente o recurso à tradicional classificação oriunda da doutrina italiana, que divide o interesse público em primário (o interesse da coletividade) e secundário (o interesse do Estado). Gozando de grande aceitação pelos juristas brasileiros, a utilização equivocada desta classificação tem servido de fundamento para graves distorções.

Com efeito, é entendimento assente na doutrina que o objeto de proteção pelo princípio da supremacia é o interesse público primário. Celso Antônio Bandeira

---

65.2010.4.01.0000). Os recursos interpostos contra a sentença ainda encontram-se pendentes de julgamento.

de Mello afirma que o Estado, tendo como objetivo primordial a promoção dos interesses públicos, somente poderia defender seus *próprios* interesses quando estes, além de não colidirem com os interesses públicos propriamente ditos, também coincidirem com a realização deles.<sup>35</sup>

Embasado em tal concepção, ao defrontar-se com pretensões individuais referentes a prestações positivas a cargo do Estado, o Poder Judiciário tem solucionado as questões como simples conflitos entre um direito fundamental e um interesse público secundário, garantindo, pois, supremacia ao primeiro<sup>36</sup>.

A análise do controle judicial de políticas públicas envolve, porém, uma série de questionamentos de grande relevância, mormente quando se pretende elaborar uma perspectiva capaz de superar o paradigma fundado nesta dicotomia perversa entre *interesse do Estado* e *interesse do indivíduo*, passando-se a um modelo que reconhece o Estado como ente responsável pela efetivação e proteção de direitos e não como um obstáculo à satisfação dos interesses dos cidadãos.

Até mesmo a célebre divisão entre interesse público primário e interesse público secundário deve ser compreendida à luz do papel constitucional a ser desempenhado pelo Estado brasileiro, uma vez que o interesse financeiro e econômico do ente público não é insignificante ou irrelevante<sup>37</sup> frente aos interesses e às pretensões do cidadão, como muitas vezes já foi dito.

Ao comentar as três espécies de justiça tradicionalmente estabelecidas – justiça legal, que estabelece relações dos cidadãos com o Estado; justiça distributiva, que relaciona o Estado com os cidadãos; e justiça comutativa, que

---

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57.

<sup>36</sup> Seguindo esta linha, Celso de Mello proferiu decisão emblemática, que tem sido reiteradamente utilizada como fundamentação em inúmeros julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.” (STF. Petição 1.246/SC, Min. Celso de Mello, decisão publicada no Diário da Justiça de 13/02/1997)

<sup>37</sup> Neste sentido: “O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais, nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam.”. BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. Prefácio da obra coletiva Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, p. xiv.

relaciona um cidadão com o outro – Lima Lopes aponta o equívoco consistente em ignorar que os cidadãos também têm deveres de justiça distributiva uns com os outros.<sup>38</sup>

Com Canotilho, defende-se a “des-introversão” do esquema jurídico da relação prestacional: “Quem paga não é o Estado: são uns os cidadãos que contribuem (os contribuintes, os tomadores de encargos, os pagadores de prestações) e são outros os cidadãos que recebem (os beneficiários, os tomadores de prestações).”<sup>39</sup>

Ao ignorar as consequências de suas decisões em ações individuais na elaboração e implementação de políticas públicas efetivamente *coletivas*, o Poder Judiciário contribui para a concretização de direitos sociais em casos específicos, mas mantém-se alheio ao problema da distribuição de recursos públicos em larga escala.

A compreensão mais adequada do problema exige, portanto, o estabelecimento de um conceito de interesse público mais fiel à realidade. Nas palavras de Alice Gonzalez Borges, o interesse público é constituído por

um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. Esse interesse passa a ser público, quando dele participa e compartilha um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.<sup>40</sup>

O interesse público se identifica, segundo este entendimento, com os

---

<sup>38</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno, p. 210.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. “Metodologia *fuzzy*” e “Camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais, p. 102.

<sup>40</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?, Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf/supremacia\\_interesse\\_publico.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf/supremacia_interesse_publico.pdf)>, p. 6.

interesses individuais coletivamente considerados, que constituem a própria razão de ser do Estado – e, como tal, o interesse público continua a merecer máxima proteção pelo Poder Judiciário. Enganosa, assim, qualquer ideia que parta da premissa de que o interesse público encontra-se em permanente tensão com os interesses individuais.

Em verdade, onde quer que se discuta a efetivação de direitos sociais, estar-se-á debatendo uma questão multilateral<sup>41</sup>. Isto porque à pretensão do demandante não se opõe apenas um direito ou interesse do Estado, mas sim direitos e interesses de todos os outros cidadãos que poderiam ser beneficiados com o emprego dos recursos públicos porventura destinados ao atendimento da decisão judicial a ser proferida, incluindo até mesmo aqueles indivíduos que poderiam se beneficiar indiretamente por uma decisão judicial favorável em virtude de possuírem pretensões semelhantes à que está posta para apreciação.

Tem-se, pois, que a correta apreciação de uma demanda judicial referente a um direito fundamental social exige do julgador a consideração de outros interesses que podem ser afetados pela decisão proferida: no lugar do palatável conflito bilateral surge, então, uma complexa relação multilateral. Embora a aparência seja individual, a essência é coletiva<sup>42</sup>.

Com efeito, a aplicação reiterada desta lógica dicotômica nos tribunais, além de não traduzir a diversidade de interesses e argumentos em jogo, tem também conduzido a um novo problema, que será analisado a seguir: o aprofundamento das desigualdades sociais.

### **2.2.3 A judicialização de políticas públicas como mecanismo de**

---

<sup>41</sup> Em igual sentido: “As demandas por saúde, portanto, não podem ser encaradas como um conflito bilateral entre o indivíduo e o poder público, pertinente à justiça comutativa. Os princípios constitucionais da universalidade – com sua ínsita dimensão de igualdade – e da integralidade impõem que elas sejam tratadas como um conflito plurilateral, pertinente à justiça distributiva e à apropriação individual de recursos comuns, cuja solução requer decisões baseadas em compromissos e avaliadas em termos de atingimentos de metas ou de resultados eficientes.” MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Org.). A Eficácia dos Direitos Sociais. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009

<sup>42</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Sociais: Teoria e Prática. São Paulo: Método, 2006, p. 129.

## **aprofundamento das desigualdades sociais.**

Uma crítica bastante comum à judicialização de políticas públicas diz respeito a um efeito colateral da intervenção judicial extremamente danoso: o aprofundamento das desigualdades sociais.

Diversos estudos e pesquisas têm demonstrado que grande parte das decisões judiciais que buscam concretizar direitos sociais através da imposição de obrigações positivas ao Estado beneficiam as camadas populacionais menos necessitadas do auxílio estatal. Em um panorama de recursos escassos e limitados, onde deveriam ser privilegiados e priorizados os mais pobres, acaba-se utilizando os recursos públicos em benefício dos menos necessitados (ou até dos ricos)<sup>43</sup>.

Isso se deve, em grande parte, à dificuldade que as classes sociais mais baixas enfrentam para lutar por seus direitos, seja por falta de conhecimento, seja por impossibilidade financeira de arcar com custas processuais e honorários advocatícios. É bem verdade que as defensorias públicas estaduais têm contribuído para garantir o acesso dos hipossuficientes à justiça, mas este é um processo ainda incipiente em grande parte dos estados brasileiros<sup>44</sup>.

Em pesquisa realizada no município de São Paulo<sup>45</sup>, constatou-se que foram ajuizadas 170 ações para fornecimento de medicamentos contra a secretaria municipal de saúde no ano de 2005. Do total de ações, 62% tinham como objeto medicamentos que já integravam a relação de medicamentos dispensados gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e os demais processos importaram em um custo aproximado de R\$876.000,00, sendo que 75% desse valor foi destinado para aquisição de medicamentos antineoplásicos que ainda necessitavam de estudos clínicos para comprovação de sua eficácia.

---

<sup>43</sup> Comentando o problema, Virgílio Afonso da Silva faz referência ao que chama de efeito “anti-Robin Hood”: “(...) *the courts take from the poor to give to the rich, pursuing a sort of distributive injustice*”. Taking from the Poor to give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights. Disponível em: <[www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf](http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf)>.

<sup>44</sup> A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, foi criada há pouco mais de cinco anos, em janeiro de 2006. No Espírito Santo, apesar de criada em 1992, a Defensoria Pública teve seu primeiro concurso público apenas em 2005. Atualmente, Santa Catarina é o único estado brasileiro que não possui defensores públicos.

<sup>45</sup> VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Revista Saúde Pública, v. 41, nº 2, 2007.

Estes dados permitem constatar que a atuação judicial nos processos que envolvem direitos sociais é feita de forma açodada e sem levar em consideração questões técnicas e financeiras, dificultando a própria organização administrativa e o planejamento de políticas públicas capazes de atender a sociedade de forma mais ampla e eficiente<sup>46</sup>.

Ainda como exemplo, cita-se o caso do Rio Grande do Sul, noticiado por Gustavo Amaral, onde 50% de todo o orçamento destinado a políticas de saúde pública no estado tem sido empregado na compra de medicamentos para cumprimento de ordens judiciais<sup>47</sup>. Este excesso de judicialização é extremamente prejudicial. Sob a perspectiva de garantir a efetivação de direitos fundamentais no caso concreto, o Poder Judiciário tem inviabilizado a prestação de assistência pública a um grupo certamente muito maior de indivíduos.

A situação afigura-se mais grave, porém, quando se passa a analisar o perfil dos principais beneficiários dessas decisões. Na pesquisa acima mencionada, conduzida por Fabíola Vieira e Paola Zucchi, foi observado que 63% dos demandantes residiam nas áreas do município com menor grau de exclusão social.

Outra pesquisa realizada no ano de 2007<sup>48</sup>, também em São Paulo, constatou que 60,63% dos medicamentos fornecidos através da Farmácia Judicial haviam sido prescritos por médicos particulares, 26,25% eram oriundos de hospitais públicos de referência e apenas 13,13% haviam sido prescritos por médicos do SUS comum.

Do total de 160 entrevistados, 96 informaram que não utilizam o SUS para outras prestações além do fornecimento de medicamentos. Apenas 38 pacientes (23,76%) afirmaram residir em área considerada pobre ou em favelas, enquanto 82

---

<sup>46</sup> Fernando Bentes e Florian Hoffmann trazem outra perspectiva para o problema: “Em muitos casos, como os de acesso a remédio ou à infra-estrutura escolar, só uma determinação judicial pode dispensar uma autoridade governamental do processo de licitação pública normalmente obrigatório. Por isto, em alguns processos pode ser visivelmente do interesse da autoridade pública ser obrigada a comprar os bens requeridos em litígio, o que aponta para duas tendências: primeiramente, a derrota judicial se revela em estratégia intra-Administração dos gestores estaduais e municipais de saúde em captarem recursos não previstos previamente no orçamento da saúde; secundariamente, o cumprimento desta ordem judicial pode ser o fim exitoso de uma estratégia das companhias farmacêuticas (em acordo com os gestores de saúde) para a venda de lotes de medicamentos sem a necessária licitação.” A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica, p. 404.

<sup>47</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150.

<sup>48</sup> SILVA, Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1133620>>

(51,26%) classificavam a sua vizinhança como de classe média ou rica.

Tais dados, apesar de terem sido colhidos no estado de São Paulo, são indicativos de uma tendência nacional – é certo, contudo, que esta afirmação ainda carece de subsídios empíricos em muitos estados onde não existe levantamento de dados sobre o fornecimento de medicamentos ou outras prestações através de processos judiciais, incluindo o estado do Pará.

O problema ora comentado é fruto de uma conjugação de fatores: deve-se, em parte, à visão reducionista e individualista das demandas que envolvem direitos sociais, já analisada no subitem anterior, e também a uma formulação teórica ainda ligada ao pensamento positivista, que exclui dos debates judiciais elementos do mundo “extra-jurídico”.

### 2.3 DA NECESSÁRIA RENOVAÇÃO PARADIGMÁTICA: LIMITES DE UMA PERSPECTIVA FORMAL-POSITIVISTA.

Como pontua Daniel Sarmento, o estudo da eficácia dos direitos sociais obteve notáveis avanços na última década, tendo sido abandonada a visão até então predominante na doutrina e na jurisprudência que classificava direitos sociais como normas programáticas. De um panorama de raras intervenções judiciais, passou-se à realidade do controle judicial permanente e incisivo<sup>49</sup>.

A tendência crescente de judicialização dos direitos sociais, porém, não foi acompanhada de uma renovação teórica capaz de justificar e fundamentar a mudança do perfil de atuação do Poder Judiciário. Mesmo em decisões que determinam a realização de um direito social através do fornecimento de alguma prestação pelo Estado, é possível identificar o recurso a conceitos como o de normas programáticas ou normas de eficácia limitada<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos, p. 533.

<sup>50</sup> Fernando Bentes e Florian Hoffmann, constataram que o direito à saúde é amplamente tutelado e garantido através de decisões judiciais, sob a argumentação de que se trata de um direito fundamental e que deve prevalecer, portanto, sobre questões administrativas ou orçamentárias. Paradoxalmente, as demandas referentes ao direito à educação são frequentemente rejeitadas com base na afirmação de que os direitos educacionais estão previstos em normas programáticas e que o

Nos dois tópicos anteriores, preocupamo-nos em explorar alguns dos principais problemas da judicialização de políticas públicas no Brasil, com a convicção de que as dificuldades práticas encontradas são o reflexo de um modelo teórico insatisfatório e incongruente. A tentativa de classificar as normas constitucionais segundo critérios de eficácia mostrou-se totalmente incapaz de oferecer respostas aptas a auxiliar o julgador que se depara com uma demanda complexa.

A partir desta constatação, faz-se necessário abandonar os postulados positivistas que concebem o direito como um procedimento de subsunção do fato à norma. Na apreciação de demandas difíceis, que exigem uma interpretação mais aguçada das normas constitucionais, o recurso a categorias estanques é equivocado e insuficiente.

Por outro lado, diante de inúmeras críticas lançadas ao chamado ativismo judicial no processo de efetivação dos direitos sociais, diversos autores têm se dedicado a reunir e categorizar as objeções mais contundentes ou frequentes para, então, analisar de forma sistemática os seus fundamentos. Esse estudo detido das críticas mais relevantes e em certa medida procedentes conduz à formulação de critérios que possam auxiliar os julgadores a superar os problemas verificados.

Em conhecido parecer a respeito das demandas para fornecimento de medicamentos<sup>51</sup>, Luis Roberto Barroso segue o caminho acima traçado e identifica algumas das principais críticas à intervenção do Poder Judiciário: a violação à separação dos poderes, o argumento democrático, o caráter programático das normas constitucionais invocadas, a crítica financeira, o aprofundamento das desigualdades.

Algumas destas críticas já foram refutadas nos tópicos anteriores do presente capítulo; outras, porém, foram reforçadas – o que nos leva também a buscar critérios legítimos e consistentes para pautar a atuação judicial em demandas de direitos sociais.

Tratando especificamente do problema dos medicamentos, Barroso propõe

---

Estado possui uma margem de discricionariedade legítima na realização desses direitos. Cf. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica, p. 393-394.

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.

os seguintes critérios: a) se a demanda for individual, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos; b) se a demanda for coletiva, o Poder Judiciário pode realizar alterações nas listas de medicamentos, vedando-se a inclusão de medicamentos experimentais ou alternativos e priorizando-se os fármacos de menor custo disponíveis no Brasil.

Na mesma linha de argumentação, Cláudio Pereira de Souza Neto propõe-se a elaborar critérios gerais que possam ser aplicados em todas as demandas que envolvem direitos sociais<sup>52</sup>. O autor divide os critérios apresentados em parâmetros materiais e parâmetros processuais, buscando oferecer uma abordagem mais abrangente e minuciosa.

O primeiro parâmetro material apontado por Souza Neto determina que a atuação judicial seja circunscrita, em regra, à esfera da fundamentalidade material. Segundo o autor, não cabe ao Poder Judiciário concretizar os direitos sociais em toda sua amplitude, pois esta pretensão levaria a decisões antidemocráticas e inexecutáveis. Faz-se necessário, portanto, estabelecer os limites da atuação judicial nestes casos:

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das “condições necessárias” para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).<sup>53</sup>

O segundo parâmetro consiste em privilegiar a proteção judicial dos hipossuficientes. Se os recursos são escassos, diz o autor, deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais para os mais pobres. Este parâmetro está intimamente relacionado com o terceiro critério proposto: a possibilidade de universalização da medida, posto que a atuação judiciária só se faz legítima quando a prestação puder ser disponibilizada a todos os hipossuficientes que dela necessitam.

---

<sup>52</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.

<sup>53</sup>Ibidem, p. 535.

Outro parâmetro apresentado por Souza Neto exige que os juízes considerem os direitos sociais como um conjunto único e harmônico: “A concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie”<sup>54</sup>.

A seguir, o autor estabelece dois aspectos que devem ser observados e respeitados pelo Poder Judiciário: em qualquer caso, deve ser dada prioridade às soluções técnicas previamente adotadas pela Administração e às soluções que demandem menor gasto de recursos públicos.

Por fim, Souza Neto propõe ainda que a intensidade do controle judicial deve variar de acordo com os níveis de investimento em políticas públicas: se o Estado possui políticas públicas consistentes, com grande soma de recursos públicos destinados à realização dos direitos sociais, então as opções orçamentárias da Administração devem gozar de reforçada presunção de constitucionalidade. Ao contrário, se o Estado pouco investe em políticas públicas, a intervenção judicial há de ser mais incisiva.

No âmbito processual, o autor defende a priorização das ações coletivas, ficando as ações individuais circunscritas, em regra, às hipóteses de dano irreversível ou de inobservância de direito já regulamentado em lei ou programa específico.

Como se percebe, a tentativa de formular critérios e parâmetros capazes de auxiliar o julgador/intérprete na definição do que pode ou não ser exigido do Estado para a concretização dos direitos sociais envolve inúmeras questões fáticas e jurídicas, exigindo um estudo mais aprofundado.

Embora alguns dos critérios apresentados pelos autores sejam passíveis de crítica, todos eles têm o propósito de superar obstáculos reais. O problema, em nosso entendimento, consiste na forma como tem sido conduzida a abordagem: a partir da identificação de cada problema, são sugeridos critérios pontuais, sem a devida exposição dos fundamentos e razões mais abrangentes dos parâmetros propostos.

Os limites à atuação do Poder Judiciário na apreciação de demandas sobre políticas públicas não devem ser delineados com base em argumentos práticos e

---

<sup>54</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais, p. 541.

desprovidos de uma sustentação teórica coerente com o ordenamento jurídico como um todo. Se o ordenamento jurídico garante o direito a uma determinada prestação, como seria possível afirmar que essa legítima pretensão somente poderia ser atendida através de uma ação coletiva, retirando-se do indivíduo a possibilidade de postular ele próprio a proteção de um direito fundamental, tal como sugere Barroso no caso específico dos medicamentos não previstos nas listas elaboradas pelos entes federativos? Por outro lado, se a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se restringir à garantia das condições necessárias para que todos possuam igual possibilidade de realizar um projeto de vida razoável, como propõe Souza Neto, como identificar essas “condições necessárias” e compatibilizar tal afirmação com o dever de progressividade<sup>55</sup> na concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, por exemplo?

A doutrina tem tentado apresentar critérios para a justiciabilidade dos direitos sociais – e são, no mais das vezes, critérios legítimos e acertados. A nossa proposta não é inovar com a elaboração de parâmetros inéditos, mas sim apresentar uma outra forma de compreendê-los, integrando-os a uma percepção ampla do direito e abandonando a análise casuística.

### **2.3.1 Por uma interpretação jurídica mais abrangente.**

Qualquer tentativa de estabelecer critérios para a justiciabilidade dos direitos sociais deve estar conectada a uma compreensão adequada do papel atribuído ao Estado brasileiro pela Constituição Federal de 1988. A pergunta a ser respondida, em última instância, é sobre o que se pode exigir do poder público.

Nesta empreitada, a análise dos dispositivos iniciais da CF/88 é bastante esclarecedora. O artigo 1º elenca os fundamentos do Estado brasileiro, entre eles a dignidade da pessoa humana e a soberania popular. O artigo 3º, por sua vez, traduz

---

<sup>55</sup> As principais convenções internacionais sobre os direitos sociais, econômicos e culturais ratificadas pelo Brasil impõem ao Estado o dever de buscar a progressiva realização desses direitos (v. art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica e art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966).

os objetivos fundamentais que devem ser perseguidos pelos governantes: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

O Estado Democrático de Direito consagrado no sistema constitucional brasileiro reconhece o seu papel fundamental como agente positivo para a proteção dos direitos fundamentais e qualifica sua atuação pela necessidade de observância aos princípios democráticos da soberania popular e da não discriminação.

Estas normas constitucionais, tão impregnadas de conteúdo valorativo, são muitas vezes subestimadas em sua relevância. Mais do que expressões “vagas” ou “abstratas”, a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos são elos que mantêm o sistema jurídico coeso. A essência desses dispositivos, considerados conjuntamente, informa a própria hermenêutica constitucional.

Daí porque qualquer tentativa de elaborar critérios para a justiciabilidade dos direitos sociais deve levar em consideração a harmonia do texto constitucional como uma unidade. Cada elemento a ser analisado pelo julgador encontra-se em intrínseca conexão com os demais. Cada decisão judicial que tenha como objeto a concretização de direitos fundamentais deve ser um manifesto a favor da vivência constitucional.

Afirmar que a elaboração e implementação de políticas públicas compete aos Poderes Executivo e Legislativo por força do princípio da soberania popular não é, em si, uma assertiva equivocada. Mas esta afirmação só atinge o seu conteúdo pleno quando inserida no conjunto de princípios do texto constitucional. Da mesma forma, a proteção individual dos direitos sociais, longe de ser uma ameaça ao espírito da Constituição, é uma imposição do caráter fundamental desses direitos. Contudo, a validade dessa conclusão também depende de uma análise conjunta de outros fatores (como as suas implicações na realização das políticas públicas, por exemplo).

O que se pretende fixar, neste ponto, é que toda interpretação *parcial* do problema da justiciabilidade dos direitos sociais é, por definição, uma *má* interpretação. As demandas são multifacetadas e devem ser enfrentadas em toda sua complexidade.

### **2.3.2 Concretizando as normas constitucionais: etapas argumentativas na efetivação dos direitos sociais.**

Passamos, então, à apresentação de nossa proposta: os critérios que devem guiar o julgador/intérprete no processo de efetivação dos direitos sociais formam, em conjunto, um *percurso argumentativo* a ser seguido. Tais critérios, como se verá a seguir, não se distinguem, em essência, das propostas comentadas em momento anterior. A forma de manejá-los é que deve ser alterada.

De fato, a judicialização dos direitos sociais exige do julgador uma análise detida de aspectos técnicos, orçamentários e financeiros, sendo inviável o fornecimento de resposta única ou padronizada para todas as demandas existentes. Os critérios apresentados serão agrupados na forma de perguntas. Cada uma das questões a seguir formuladas permite a exploração de uma ampla gama de argumentos – implicações sobre o princípio da igualdade, a teoria da reserva do possível, a teoria dos custos dos direitos, questões orçamentárias e de hermenêutica constitucional – que devem, necessariamente, ser enfrentados pelo julgador.

#### *a) A pretensão possui fundamento jurídico?*

O primeiro aspecto a ser enfrentado pelo julgador consiste na verificação da fundamentação jurídica do pedido. Trata-se de uma análise em sentido amplo, que busca averiguar se a pretensão levada ao Poder Judiciário encontra respaldo no ordenamento jurídico, uma vez que a atividade jurisdicional deve desenvolver-se assentada em argumentos jurídicos, estejam eles expressos ou apenas implícitos no texto constitucional ou legal.

Este questionamento estimula o julgador a comprometer-se com a legitimidade de sua decisão: devem ser rechaçadas, de plano, as decisões fundadas em opiniões pessoais do julgador ou em um sentimento íntimo de justiça – o que

também contribui para a redução da discricionariedade judicial.

O argumento de que a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais representa ameaça aos postulados democráticos e à doutrina da separação dos poderes é afastado na medida em que a decisão judicial busca concretizar um preceito constitucional. Como dito anteriormente, o paradigma de supremacia da lei (ou do legislador) foi substituído pelo da supremacia da Constituição.

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário zelar pela concretização das normas constitucionais. Não cabe, porém, ao julgador substituir o administrador público no desempenho de seu papel institucional, sob pena de criar-se uma verdadeira supremacia do Poder Judiciário, capaz de abalar os pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito.

A atuação do julgador é legítima na medida em que se atém à interpretação do texto constitucional: afastando-se da norma, extrapola os limites de sua competência. A primeira etapa argumentativa relaciona-se, portanto, à preservação dos valores democráticos e da soberania popular.

#### *b) A pretensão é exequível?*

A segunda etapa no processo de argumentação judicial refere-se à possibilidade de cumprimento da prestação exigida. Liga-se, destarte, à ideia de que o texto constitucional promove um permanente processo de transformação da realidade ao mesmo tempo em que é por ela condicionado.

Quando se depara com demandas que exigem prestações positivas a cargo do Estado, deve o julgador buscar os limites e possibilidades do texto constitucional. O direito é no mundo e a norma constitucional, infelizmente, não tem o poder de criar recursos e alterar padrões históricos e culturais.

A verificação da exequibilidade das pretensões tem ainda a vantagem de impelir o julgador a analisar questões técnicas (inclusive orçamentárias) sobre a viabilidade do pedido formulado, estimulando a abertura do diálogo institucional com os poderes políticos para o conhecimento de suas razões. Relaciona-se, ainda, com diversas teorias que vêm ganhando sustentação doutrinária cada vez mais

significativa, como as teorias da reserva do possível e dos custos dos direitos.

*c) A pretensão é universalizável?*

O último aspecto suscitado busca orientar o julgador para a concretização dos direitos sociais de forma universal e igualitária, evitando que a atividade jurisdicional se transforme em um mecanismo de redistribuição de recursos e bens públicos incompatível com o ordenamento jurídico. Relaciona-se com o próprio ideal de justiça, que apresenta o tratamento igualitário como uma de suas imposições.

Com efeito, a via mais adequada para a tutela dos direitos sociais constitucionais é o manejo de ações coletivas. No entanto, a experiência brasileira tem demonstrado uma prevalência de ações individuais, como demonstrado acima. A individualização de direitos que são essencialmente coletivos pode conduzir a deturpações na concretização desses direitos e até mesmo inviabilizar a implementação ou a efetivação de políticas públicas já existentes.

Partindo-se da premissa de que os direitos sociais devem ser garantidos de forma universal, igualitária e não discriminatória, a investigação acerca da possibilidade de extensão da tutela judicial a todos os indivíduos que se encontrem em igualdade de condições revela-se um fator determinante para a justiciabilidade dos direitos sociais.

As três perguntas ora apresentadas possibilitam ao julgador analisar diversos elementos inerentes à efetivação dos direitos sociais. Isoladamente, no entanto, não são capazes de oferecer respostas satisfatórias: é preciso compreendê-las como um conjunto indivisível e inter-relacionado.

### **3. SOBRE O CONTEÚDO JURÍDICO DAS DEMANDAS REFERENTES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.**

O presente estudo teve como ponto de partida a constatação das limitações das teorias formais-positivistas para apresentar soluções coerentes para as demandas nas quais se discute a efetivação de direitos sociais. As tradicionais propostas de classificação das normas constitucionais segundo critérios relacionados à eficácia mostraram-se falhas e incapazes de oferecer um caminho a ser seguido.

No capítulo 01, foram expostas algumas dessas incongruências das classificações tradicionais, ainda apegadas ao ideal positivista da precisão semântica, e ao final apresentamos três perguntas que podem auxiliar o julgador na difícil tarefa de concretizar os direitos sociais.

Não há dúvidas, no entanto, que os questionamentos formulados não conduzem automaticamente a uma única resposta possível. Encontrar as perguntas corretas é apenas parte do caminho – resta-nos, agora, investigar as respostas. É chegado o momento de ir além das críticas e apresentar outras perspectivas mais adequadas para o avanço do debate acerca da efetivação dos direitos sociais no Brasil.

No presente capítulo serão discutidos dois modelos teóricos distintos, construídos a partir das obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Em comum, os dois autores compartilham o desejo de superar o pensamento positivista: criticam o modelo de regras típico do positivismo formalista e apresentam um modelo diferenciado, que enxerga o direito como um conjunto de padrões normativos inter-relacionados.

Mas o modelo idealizado por cada um deles também apresenta particularidades que não podem ser ignoradas e que conduzem a modos bastante peculiares de compreender e raciocinar o direito.

### 3.1 A TEORIA DE ALEXY: DIREITOS SUBJETIVOS *PRIMA FACIE*.

#### 3.1.1 O modelo de regras e princípios

Robert Alexy propõe uma teoria dos direitos fundamentais construída a partir de uma classificação dicotômica acerca da estrutura das normas constitucionais, configurada na distinção entre regras e princípios<sup>56</sup> e que tem gozado de ampla aceitação na doutrina nacional.

Segundo o autor, o ponto decisivo para a caracterização das normas como regras ou princípios consiste na circunstância de que os princípios são normas impositivas de uma obrigação para que algo seja realizado na maior medida possível. Configuram, portanto, mandamentos de otimização caracterizados pelo fato de que o conteúdo por eles assegurado pode ser concretizado em diferentes graus. As regras, por sua vez, são normas que são ou não são cumpridas. Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige.

A distinção proposta acima entre regras e princípios mostra-se de forma bastante clara a partir da análise feita pelo autor dos casos de conflitos entre regras e de colisão entre princípios. O conflito entre regras, diz Alexy, somente pode ser solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou, quando isto não for possível, com a declaração de que uma das regras é juridicamente inválida. Tais conflitos são normalmente resolvidos com a aplicação de sobrenormas que regulam estes casos, estabelecendo, por exemplo, que as leis posteriores revogam as anteriores ou que a lei especial prevalece sobre a lei geral.

A colisão entre princípios, por sua vez, não é resolvida com a exclusão definitiva de um princípio do ordenamento jurídico. Quando dois princípios entram em colisão, um deve ceder ao outro em conformidade com as circunstâncias do caso concreto que são determinantes para a avaliação do “peso” dos princípios em jogo.

Isto não significa, contudo, que o princípio “perdedor” deva ser excluído do

---

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, capítulo 3.

ordenamento jurídico ou que será introduzida uma cláusula de exceção capaz de gerar uma espécie de precedência *a priori* de um determinado princípio sobre outro. A relação de precedência somente pode ser estabelecida a partir das circunstâncias do caso concreto – o que Alexy chama de precedência condicionada<sup>57</sup>. O cerne da questão reside, pois, em identificar sob quais condições um princípio pode prevalecer sobre outro.

Após tecer tais considerações, Alexy conclui que

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.<sup>58</sup>

As regras, por outro lado, prescrevem uma determinada conduta específica e determinada: exigem que seja feito exatamente *aquilo* que elas ordenam. As regras possuem, desta feita, a extensão de seu conteúdo bem delimitada e seu comando pode até falhar em virtude de impossibilidades jurídicas ou fáticas do caso em análise, mas, se não ocorrer hipótese capaz de impossibilitar o cumprimento da regra, então seu conteúdo vale *definitivamente*.

Muito utilizado pelos tribunais brasileiros em casos nos quais se está diante de uma colisão entre princípios<sup>59</sup>, o modelo de Alexy oferece sólida base argumentativa também para a solução de demandas envolvendo a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez que tanto normas que garantem direitos fundamentais aos indivíduos quanto normas que indicam os fins e objetivos a serem perseguidos pela comunidade podem ser enquadradas na sua classificação como princípios<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 104.

<sup>59</sup> Neste sentido, as decisões monocráticas proferidas nos seguintes processos em trâmite perante o STF: ADPF 126/DF, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 19/12/2007 e Rcl 2234/MG, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 20/03/2003.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 106.

O jurista alemão assevera que regras e princípios são razões para normas que regulam os juízos concretos de dever-ser. As regras são, como visto acima, razões definitivas e se o juízo concreto do dever-ser corresponde a afirmar que alguém tem um direito com base em uma regra, então esse será um direito definitivo. Os princípios, ao contrário, são razões *prima facie* e conduzem necessariamente ao reconhecimento de direitos *prima facie*. Para que um direito *prima facie* se transforme em direito definitivo ele deve, necessariamente, percorrer uma relação de preferência.

O modelo de Alexy goza das vantagens de reconhecer que todas as normas constitucionais referentes a direitos fundamentais podem gerar *direitos* – o que afasta a necessidade inglória de elaborar argumentos contra o próprio texto constitucional brasileiro – e de constatar que nem todas as prestações sociais, contudo, podem ser plena e imediatamente exigíveis – o que aproxima a teoria da realidade fática, impedindo que a Constituição se torne um veículo de promessas falsas.

No tópico seguinte, serão abordados alguns aspectos sobre a caracterização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos a partir do modelo de Alexy.

### **3.1.2 O conceito de direitos subjetivos de Alexy.**

A conceituação teórico-dogmática dos chamados direitos subjetivos é assunto bastante controverso na doutrina. Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, pode-se afirmar, em linhas bastante rudimentares, que um direito subjetivo pode ser definido como o poder de agir que a ordem jurídica confere a alguém para garantir o cumprimento de um dever imposto a um sujeito determinado.

Kelsen chega a afirmar, inclusive, que “somente quando a ordem jurídica confere um tal poder jurídico é que existe um direito, no sentido subjetivo, diferente do dever jurídico”<sup>61</sup>. De fato, parece pouco lógico ou razoável cogitar a existência de

---

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 95.

um direito que não possa ser defendido ou exigido judicialmente<sup>62</sup>.

Alexy critica a definição de Kelsen por acreditar que não seja “imprescindível que se fale em direitos somente se estiver presente a capacidade jurídica para sua exigibilidade, por exemplo, por meio de uma demanda judicial”. E prossegue argumentando que uma conceituação assim tampouco refletiria o uso corrente da linguagem, citando o exemplo do artigo 19, §4º da Constituição alemã, que garante o acesso à via judicial a todos que tiverem um direito violado pela Administração Pública: “Normas como essa sugerem que direitos devem ser considerados como *fundamentos* da capacidade jurídica de sua exigibilidade”<sup>63</sup>.

O artigo 19, §4º da Constituição alemã<sup>64</sup>, porém, segundo nos parece, cumpre um papel similar ao desempenhado pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988: ao explicitar que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário uma lesão ou ameaça a direito, o legislador Constituinte optou por incluir um reforço ao quadro das garantias fundamentais. Por meio do inciso XXXV, a Constituição Federal não *institui* a possibilidade de apreciação judicial em casos de violação de direitos, apenas reforça essa garantia e a protege contra qualquer intervenção arbitrária ou abusiva do Estado. Da mesma forma, o dispositivo constitucional alemão cumpre esse ônus argumentativo em favor da possibilidade de defesa judicial dos direitos, mesmo que a violação tenha sido perpetrada pela Administração Pública.

Comentando ainda as tradicionais classificações a respeito das posições jurídicas que são chamadas de direitos (tais como a distinção entre direitos de *status* negativo, positivo e ativo, de Jellinek; e as categorias de direitos reflexivos, direitos subjetivos em sentido técnico, permissões administrativas positivas, direitos políticos e direitos fundamentais, propostas por Kelsen), Alexy conclui que a expressão *direito subjetivo* é utilizada para se referir a situações muito diversas.

---

<sup>62</sup> Em igual sentido, Barroso indica as características essenciais dos direitos subjetivos: “a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial”. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, p. 303.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 189 (destaque nosso).

<sup>64</sup> Article 19 [Restriction of basic rights – Legal remedies]: (4) Should any person’s rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts. If no other jurisdiction has been established, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph (2) of Article 10 shall not be affected by this paragraph.

O autor alemão se pergunta, então, se o conceito de direito subjetivo, dotado de profunda vagueza, deveria ser reservado para denominar apenas algumas posições específicas ou se poderia ser utilizado no mais amplo sentido possível. E sobre o conceito ainda mais genérico de *direito*, conclui:

Na base disso está um problema mais profundo, relacionado à estrutura do ordenamento jurídico. A um ordenamento jurídico pertence somente aquilo que é passível de ser exigido judicialmente, ou podem a ele pertencer também posições que não sejam exigíveis judicialmente, seja porque o papel que elas desempenham no ordenamento é incompatível com essa exigibilidade, seja porque essa exigibilidade não é reconhecida, mesmo que possa ser exigida a partir da perspectiva do ordenamento jurídico? Não é possível, neste ponto, responder a essa questão. Mas mesmo sem essa resposta é possível dizer que uma definição estipulativa não é uma resposta suficiente.<sup>65</sup>

Ressalta-se, contudo, que a dubiedade de Alexy a respeito do conceito de *direito*, quando utilizado para se referir a um direito subjetivo, é coerente com sua concepção de direitos *prima facie*, que podem não receber a proteção judicial esperada, mas não perdem, por isso, a qualidade de verdadeiros *direitos*.

a) *A estrutura das normas que definem “direitos a algo”.*

Para o desenvolvimento encadeado das premissas que nortearão os argumentos expostos nos tópicos seguintes, faz-se oportuna uma breve incursão a respeito de pontuais questões analíticas e estruturais sobre as normas que garantem direitos subjetivos, especialmente daquelas que protegem direitos a uma prestação devida por outrem (direitos a algo). Alexy, defendendo a pertinência de se proceder ao estudo analítico dos enunciados normativos, afirma que a distinção

---

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 190.

entre *norma* e *posição* é de fundamental importância para o desenvolvimento de sua proposta<sup>66</sup>.

Segundo o jurista alemão, o enunciado que afirma “Todos têm direito a algo” expressa uma norma universal, da qual se pode extrair a seguinte norma individual: um sujeito A tem, em face de um sujeito B, o direito de obter a prestação C. Nesse caso, A encontra-se diante de B em uma posição jurídica que consiste no direito que A possui de exigir a prestação C, enquanto B encontra-se diante de A numa posição contraposta que consiste no dever de prestar C.

Disto decorre a conclusão de que direitos subjetivos expressam, necessariamente, uma relação jurídica que envolve, pelo menos, dois sujeitos<sup>67</sup> e um objeto. Para os fins específicos do presente trabalho, um dos sujeitos da relação jurídica será sempre o Estado e o outro pode ser um indivíduo, um grupo determinado de indivíduos ou até mesmo uma coletividade indeterminada. Sob outra perspectiva, o objeto da relação jurídica a ser estudada será sempre uma prestação.

A estrutura mais usual para a enunciação de direitos a prestações revela uma relação triádica entre um titular, um destinatário e um objeto: A tem, em face de B, um direito a C<sup>68</sup>. Nem sempre, entretanto, a norma positivada estará expressa nessa estrutura, conforme já se demonstrou anteriormente, mas sempre poderá ser reduzida a estes três elementos lógicos.

De uma norma individual dessa espécie, podem ser extraídas várias conseqüências jurídicas. Para ilustrar essa afirmação, Alexy utiliza a norma “Todos têm direito à vida”<sup>69</sup>. Nesse caso, a norma universal poderia originar duas normas individuais distintas:

- A tem, em face do Estado, um direito a que este não o mate;
- A tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros.

O direito à vida, como se sabe, é tradicionalmente incluído no rol de direitos

<sup>66</sup> Ibidem, p. 184-185.

<sup>67</sup> “Mas proibir, ou obrigar, ou permitir ações e omissões importa necessariamente em estabelecer relações normativas entre os portadores – os sujeitos-de-direito – da conduta. As condutas vedadas, exigidas ou facultadas são estruturas relacionais. Sem a intercorrência da conduta do sujeito A com a conduta do sujeito B, inviável seria qualquer modo normativo (deôntico), na espécie que é o direito.” VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no Direito, p. 115.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 194.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 194-195.

fundamentais de liberdade, os quais supostamente exigiriam do Estado apenas uma abstenção – assertiva que desde já se demonstra equivocada.

Resultado análogo é obtido a partir da análise de uma norma garantidora de um direito social, como “Todos têm direito à educação básica”. Com base nessa norma:

- A tem, em face do Estado, um direito a que este garanta o seu acesso à educação básica;

- A tem, em face do Estado, um direito a que este não impeça, prejudique ou dificulte o seu acesso à educação básica.

Cada uma dessas normas individuais, extraídas da norma universal, expressa uma posição jurídica distinta. Somadas todas as posições jurídicas decorrentes de uma norma universal garantidora de um direito fundamental, está-se diante de um *direito fundamental completo*<sup>70</sup>. Essa assertiva, é certo, resume de forma bastante limitada a explanação detalhada de Alexy a respeito do conceito em questão, porém aqui é suficiente a informação de que todas as posições jurídicas distintas se relacionam de forma dinâmica para a construção de um direito fundamental completo.

Sarlet, na mesma linha, assevera que os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, formadas pela junção de direitos, liberdades, pretensões e poderes conferidos ao indivíduo, que podem ser direcionados contra vários destinatários<sup>71</sup>.

Vê-se, diante do exposto, que os direitos subjetivos podem ser definidos como aqueles que conferem ao titular o poder de acionar a via judicial para exigí-los ou protegê-los. No que concerne especificamente aos direitos subjetivos a prestações, é possível extrair das normas universais uma gama de normas individuais que expressam posições jurídicas distintas, cada uma delas correspondente a um direito subjetivo.

Essas posições jurídicas diferenciadas não são independentes, mas aspectos de um mesmo objeto. Daí porque qualquer tentativa de excluir, *a priori*, a possibilidade de que uma determinada norma individual seja extraída de uma norma universal, funda-se em argumentos ideológicos, mas não científicos.

<sup>70</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 249.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 162.

É o que acontece, por exemplo, com as teorias que negam às normas “programáticas” a possibilidade de conduzirem a um direito subjetivo positivo, embora se lhes reconheça a capacidade de produzir um direito subjetivo negativo – proposta que se torna ainda mais insustentável em relação às normas programáticas que definem um direito a uma prestação em sentido estrito.

Em termos jurídico-dogmáticos, uma norma de direito fundamental expressa um feixe de posições jurídicas diferenciadas, o que inclui direitos positivos e negativos tanto em face do Estado quanto de terceiros.

### **3.1.3 Direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*.**

Já se disse que todos os direitos a prestações podem ser descritos sob a forma de relações triádicas e correlativas: se o sujeito A tem em face do Estado o *direito* a uma prestação P, então o Estado tem em face do sujeito A o *dever* de prestar P. Sempre que uma norma garantidora de um direito social puder ser estruturada dessa forma, ao titular do direito social reconhece-se o poder de exigir judicialmente o cumprimento do dever atribuído ao Estado.

Adotando-se essa premissa, cabe agora averiguar como os direitos sociais podem ser compreendidos à luz do modelo de princípios e regras defendido por Alexy.

Ressalta-se, de início, que o modelo de classificação dicotômica das normas de direitos fundamentais segundo sua estrutura, apesar de compatível em tese com o sistema jurídico brasileiro, deve ser aplicado com as devidas conformações que as peculiaridades nacionais exigem. Em um primeiro plano, é de se destacar que a Constituição Alemã, objeto de estudo do autor, não reconhece expressamente os direitos sociais como direitos fundamentais<sup>72</sup>, ao contrário do que sucede na Constituição Federal de 1988.

Disto decorre que a análise dos direitos subjetivos no modelo constitucional

---

<sup>72</sup> Para uma abordagem mais detida sobre a evolução histórica do direito constitucional alemão, cf. ESTEVES, João Luiz M. Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007, p. 33-37.

brasileiro, a partir da proposta de Alexy, está intimamente relacionada à forma como estes direitos foram positivados, uma vez que as normas garantidoras de direitos sociais na Carta Magna vigente podem ser classificadas segundo a sua estrutura como normas do tipo *regra* (art. 7º, VII e VIII, art. 208, I) ou normas do tipo *princípio* (art. 6º, art. 196).

Por outro lado, não obstante se reconheça que o conceito de *direito fundamental completo* comentado no item anterior seja de inestimável relevância para uma compreensão mais adequada do problema da efetividade dos direitos fundamentais, essa ideia será por ora esquecida para que se proceda à análise dos direitos sociais apenas em sua dimensão de direitos a prestação em sentido estrito.

Como direitos a prestação em sentido estrito, os direitos sociais alcançam aquelas prestações “que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”<sup>73</sup>. As pretensões referentes à assistência à saúde, acesso à educação, moradia e alimentação são claramente enquadradas nessa categoria.

Alexy defende que os direitos prestacionais, assim como os direitos de defesa, podem ter natureza de princípios<sup>74</sup>, de modo que a sua concretização em um caso específico estaria condicionada à realização de um juízo de sopesamento em que todas as variáveis seriam consideradas. Somente após este juízo de ponderação é que se poderia reconhecer a existência de um direito subjetivo definitivo, que garante ao titular o direito de receber do Estado uma prestação específica.

E a técnica utilizada na redação de grande parte dos dispositivos constitucionais relativos a direitos sociais conduz ao reconhecimento de que, segundo a proposta de Alexy, os direitos ali assegurados foram positivados sob a forma de princípios. A própria indeterminação dos deveres jurídicos atribuídos ao Estado, já comentada em momento anterior, é sintoma do que ora se está a afirmar. Entretanto, no modelo de princípios e regras essa indeterminação não é uma incongruência, mas antes uma decorrência lógica da natureza da norma. Princípios não impõem um dever definido e definitivo, e sim a obrigação de que algo seja realizado *na maior medida possível*, sendo seu correlato o direito a que algo seja

---

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 499.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 446.

realizado igualmente *na maior medida possível*.

Não se exclui, *a priori*, a possibilidade de que uma norma com natureza principiológica possa gerar direitos subjetivos. Todas as normas constitucionais definidoras de direitos sociais possuem essa potencialidade. Porém, o reconhecimento de um direito subjetivo definitivo no caso concreto demanda a ponderação de inúmeras variáveis impostas pelo próprio sistema.

É possível, a bem da verdade, reconhecer na Constituição Federal de 1988 alguns direitos prestacionais que poderiam ser considerados definitivos (a exemplo dos citados artigos 201, §7º e 208, I), embora seja válido assegurar que grande parte dos direitos sociais foram positivados sob a forma de princípios, com a definição de metas e objetivos a serem atingidos pelo Estado.

Os direitos sociais constituem, em larga escala, direitos subjetivos *prima facie* justamente porque a sua concretização mostra-se capaz de afetar outros direitos ou interesses também protegidos juridicamente, além de estar condicionada à existência de recursos materiais. No ordenamento constitucional alemão, Alexy afirma que a identificação dos direitos sociais garantidos definitivamente ao indivíduo exige um sopesamento entre o princípio da liberdade fática<sup>75</sup> e os princípios da representação democrática, da separação dos poderes e também com outros direitos sociais e interesses coletivos<sup>76</sup>.

Neste contexto, a aplicação do modelo de regras e princípios proposto por Alexy afigura-se como uma proposta *viável* para a análise das demandas envolvendo direitos sociais em seu caráter prestacional, pois assegura, simultaneamente, tanto o caráter normativo do texto constitucional quanto a ponderação dos limites para a concretização dos direitos.

Resta desconstruído, assim, o pensamento formal positivista, de certa forma ingênuo, esboçado no raciocínio esquematizado (e refutado) por Canotilho da seguinte maneira: 1) as normas constitucionais que consagram os direitos sociais são dotadas de eficácia jurídica e garantem o direito à saúde, à educação, à moradia entre outros; 2) se estes direitos foram garantidos constitucionalmente, todos têm direito a exigir todas as prestações de saúde, de educação, de moradia e dos

<sup>75</sup> O princípio da liberdade fática é invocado, na doutrina e na jurisprudência alemãs, para justificar a fundamentalidade dos direitos sociais, uma vez que a Constituição daquele país não reconhece expressamente os direitos sociais como direitos fundamentais.

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 512.

demais direitos assegurados pela via Constitucional; 3) a conclusão obtida a partir das premissas 1 e 2 é que a única política pública que atende plenamente às determinações constitucionais é aquela “que consagra a gratuidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização destes direitos”<sup>77</sup>.

Embora formalmente lógica, essa trilha argumentativa padece do mal positivista: ignora que fatores sociais, econômicos e financeiros interferem incisivamente nos “limites e possibilidades” do Direito. Na doutrina nacional, vários são os autores que seguem caminho similar – todos pautados pelas mais nobres intenções, é bom que se diga –, situação que se reflete também na jurisprudência, com a produção de consequências perniciosas, conforme demonstrado no capítulo anterior.

Acredita-se, portanto, que a obra de Alexy fornece argumentos satisfatórios para superar, em parte, tais inconsistências práticas e teóricas sem reconduzir ao paradigma anterior – e insubsistente – que negava o caráter imperativo de certas normas constitucionais<sup>78</sup>.

Após esta sucinta exposição da tese defendida por Alexy, passa-se à análise da obra de Ronald Dworkin, o que será feito com especial enfoque em algumas de suas teses centrais – como a visão do “direito como integridade” e a proposta da “resposta certa” para casos difíceis –, para, ao final do presente capítulo, estabelecer a relação possível entre os modelos dos dois autores e, mais importante, identificar as particularidades de suas teses quando aplicadas ao estudo dos direitos sociais no Brasil.

## 3.2 A TEORIA DE RONALD DWORKIN.

### 3.2.1 Compreendendo a diferença entre princípios e regras.

O modelo de Alexy, embora se proponha a renovar e superar algumas das

<sup>77</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais, p. 260.

<sup>78</sup> Em igual sentido, adotando o modelo proposto por Alexy, Daniel Sarmiento afirma que os “direitos sociais são direitos subjetivos, que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo.” SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos, p. 567.

principais premissas do positivismo jurídico, ainda se desenvolve, em grande parte, sobre esquemas e conceitos próprios do paradigma positivista – como se percebe, por exemplo, pela atenção dedicada à análise e classificação das normas de direito fundamental com base em critérios semânticos.

É frequente na doutrina nacional a afirmação de que Alexy trabalha com o modelo de princípios e regras formulado inicialmente por Dworkin<sup>79</sup>. Tal assertiva, porém, deve ser compreendida como uma forma de reconhecimento da significativa contribuição das ideias de Dworkin para o trabalho do autor alemão, o que não implica em afirmar que os dois modelos teóricos não possuem notáveis e essenciais divergências.

De fato, Dworkin criou um novo espaço argumentativo com sua crítica ao modelo formal-positivista encarnado, sobretudo, na obra de H. L. A. Hart. Ao afirmar que os juristas frequentemente recorrem não apenas às regras para fundamentar uma decisão, mas também a *princípios, políticas e outros tipos de padrões*<sup>80</sup>, o jusfilósofo estadunidense lançou um ataque poderoso às premissas centrais do pensamento positivista.

Dworkin, contudo, dedica-se exaustivamente ao projeto de construir uma nova forma de compreender e raciocinar o direito, um modelo desapegado de ranços positivistas, como a crença de que o conteúdo da norma pudesse ser extraído através de métodos formais ou critérios semânticos. É preciso, portanto, perceber a obra de Dworkin em sua integralidade, tomando cada artigo ou livro como parte de uma proposta em desenvolvimento.

Em seu artigo O Modelo de Regras I, que lançou as bases para a tipificação dicotômica das normas defendida por Alexy, Dworkin conceitua política como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”<sup>81</sup>. O princípio, por sua vez, seria “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada

---

<sup>79</sup> Cf. SILVA, Sandoval Alves. Direitos Sociais: Leis orçamentárias como instrumento de implementação; SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 36.

desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade”<sup>82</sup>.

Após esta conceituação inicial, Dworkin passa a demonstrar a diferença existente entre regras e princípios, afirmando se tratar de uma distinção de natureza *lógica*: “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”<sup>83</sup>.

As regras, segundo o autor, são aplicáveis segundo o modelo do tudo-ou-nada e determinam o resultado dos casos nos quais possam incidir: se uma regra é válida, dadas as circunstâncias adequadas para a sua incidência, então a consequência jurídica prevista pela regra deve ser efetivada; se, por outro lado, a regra não é válida, não será capaz de influir sobre o resultado da demanda.

Os princípios, no entanto, “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”<sup>84</sup>. Ainda que possam apontar caminhos que devem ser considerados pelo julgador, os princípios não impõem uma determinada solução para o caso concreto.

A partir desta diferenciação lógica, Dworkin conclui que os princípios possuem uma característica peculiar: a chamada *dimensão de peso*. Quando vários princípios concorrem em uma situação específica, caberá ao julgador considerar a força relativa de cada um para, só então, decidir qual o princípio mais importante para o caso dado.

Fácil é perceber as similitudes entre os modelos de Alexy e Dworkin, especialmente no que se refere ao modo de solução dos conflitos entre regras: se duas regras apontam para soluções opostas e incompatíveis entre si, é possível afirmar, grosso modo, que uma delas deverá ser declarada inválida.

As diferenças, porém, são robustas e significativas quando se passa à compreensão dos princípios segundo as propostas dos dois autores. Enquanto para Alexy os princípios são mandamentos de otimização, que estipulam uma finalidade a ser alcançada no máximo grau possível, para Dworkin os princípios seriam normas com forte carga moral, que não determinam exatamente as condições e circunstâncias de sua aplicação – mas não há em sua concepção qualquer sentido

---

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 36.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 40.

de gradação finalística.

Dworkin esclarece que nem sempre é possível diferenciar uma regra de um princípio através da análise de sua forma e tampouco se preocupa em explicitar o modo através do qual seria possível distinguir princípios de regras – ao contrário, chega inclusive a afirmar que muitas vezes a divergência consistirá exatamente em enquadrar a norma dentro dessa classificação binária. Com isto, o autor rechaça qualquer tentativa de recurso a critérios semânticos para a diferenciação entre os tipos normativos.

Não é a técnica utilizada para a redação da norma que será determinante para a caracterização desta como princípio ou regra, mas sim o seu conteúdo e a própria argumentação desenvolvida pelo intérprete. Os princípios, com efeito, são formulações dos padrões de moralidade jurídica que permeiam e interconectam o sistema normativo.

Se para Alexy a distinção *estrutural* entre princípios e regras é um pilar central de sua teoria dos direitos fundamentais, Dworkin recorre a essa dicotomia muito mais como forma de demonstrar a incoerência dos postulados principais do positivismo jurídico e a necessidade de superação desse modo de raciocinar o direito.

Em seu artigo O Modelo de Regras II, respondendo às diversas críticas formuladas contra suas teorias, Dworkin dedica pouca atenção ao problema da diferenciação prática entre princípios e regras, reservando o último tópico para debater os questionamentos lançados sobre o tema. Esclarece, de início, que possuía duas intenções ao expor analiticamente a distinção entre os padrões normativos: primeiro, pretendia colocar em foco um tema que considerava importante para a compreensão do raciocínio jurídico; segundo, buscava desconstruir os postulados fundamentais do positivismo, como a regra de reconhecimento de Hart:

Esses dois propósitos eram distintos. (...) Portanto, se eu não conseguir formular com sucesso minha distinção entre regras e princípios, disso não se seguirá, de modo algum, que meu argumento geral contra o positivismo se veja solapado.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 113.

Embora Dworkin considere relevante a compreensão dos diferentes padrões normativos existentes, a divisão e classificação das normas segundo as categorias propostas no seu trabalho anterior (regras e princípios) não é um aspecto fundamental para a compreensão de sua teoria interpretativa do direito – ao contrário do que ocorre com Alexy – e a tentativa de identificação de critérios para a classificação das normas vai sendo paulatinamente “abandonada” nas obras posteriores<sup>86</sup>.

Como bem aponta Álvaro Ricardo de Souza Cruz, qualquer tentativa de estipular critérios classificatórios para os tipos normativos com base em aspectos ligados à densidade normativa, grau de abstração e abertura conceitual representaria uma grave contradição na teoria de Dworkin, na medida em que estaria fundada exatamente naquilo que o autor rechaça de forma veemente: a possibilidade de estabelecer uma diferenciação entre normas com base em parâmetros morfológicos/semânticos<sup>87</sup>.

A grande contribuição de Dworkin para o pensamento jurídico não consiste, portanto, em sua proposta de conceituação de princípios e regras, mas sim nas críticas certas lançadas contra os pilares fundamentais do positivismo.

Dworkin, como dito anteriormente, não se limita a atacar o pensamento formal-positivista. Em sua obra *O Império do Direito*, o jusfilósofo norte-americano entrega-se ao árduo e tortuoso projeto de apresentar uma nova forma de compreender e interpretar o direito. A sua visão do direito como integridade, que será apresentada no tópico a seguir, afigura-se como um inovador modo de explicar o raciocínio jurídico, com especial foco para os chamados casos difíceis – uma das questões mais negligenciadas pelo paradigma positivista – trazendo grande

---

<sup>86</sup> “Os princípios aparecem em Dworkin como um instrumento na crítica ao positivismo, mas depreciam-se quando se trata de oferecer afirmativamente uma visão do direito. O pensamento de Dworkin começa com uma crítica ao positivismo jurídico (em *Taking Rights Seriously*) e termina numa construção de uma teoria do direito (*Law as integrity* em *Law’s Empire*), trata-se de uma evolução paralela ao processo de desvalorização do argumento dos princípios. Que conduz a uma outra observação mais geral: a teoria de Dworkin, ao tornar-se mais construtiva, mais afirmativa, torna-se também mais explicativa e vulnerável, dissolvendo, progressivamente, a contraposição entre regras e princípios na sua concepção interpretativa do Direito”. MARTINHO RODRIGUES, Sandra. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 148.

<sup>87</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 317.

contribuição para a discussão sobre a judicialização dos direitos sociais.

### **3.2.2 O direito como integridade e a tese da resposta certa.**

A tese do “direito como integridade” é desenvolvida por Dworkin em toda sua profundidade na obra *O Império do Direito*, tendo como ponto de partida a análise das divergências que ocorrem no julgamento dos chamados casos difíceis. Segundo o autor, em qualquer processo judicial é possível haver questões de três tipos: questões de fato, questões de direito e questões de moralidade.

A primeira dessas questões não parece oferecer grandes problemas: quando os juízes divergem sobre os fatos envolvidos na controvérsia, sabe-se exatamente sobre o que estão divergindo e os mecanismos que poderiam ser utilizados para resolver o embate.

Da mesma forma, quando divergem sobre questões de moralidade, os juízes não estão divergindo sobre o que é o direito, mas sobre o que é certo e errado, justo e injusto em suas opiniões – podem considerar uma lei injusta, mas ainda assim deverão aplicá-la.

O problema mais central reside, portanto, nas questões de direito. Os juristas comumente divergem sobre o que é o direito em um determinado caso concreto. Analisando uma mesma lei, podem chegar – e frequentemente chegam – a decisões opostas. Dworkin propõe-se, então, a analisar a natureza dessa divergência.

Ligados ao ideal de precisão semântica, os defensores das teorias positivistas não conseguem perceber o real motivo das frequentes discussões sobre o que é o direito no caso concreto, afirmando que as divergências jurídicas nestas circunstâncias seriam originadas de “um erro empírico a propósito daquilo que, na verdade, foi decidido no passado [pelas instituições competentes]”<sup>88</sup>. Não concebem que o direito é, na verdade, um conceito interpretativo, cujo significado não deriva de suas raízes etimológicas ou de qualquer razão morfológica, mas se constrói a partir

---

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

de processos interpretativos que, informados pelos valores e propósitos do próprio intérprete, podem levar a conclusões distintas.

Utilizando o exemplo das práticas de cortesia em uma sociedade hipotética, o jurista americano desenvolve a tese de que a atitude interpretativa referente às práticas sociais (das quais o Direito é uma espécie) pressupõe uma dupla constatação: a) de que as práticas sociais não apenas existem, mas têm um valor, uma finalidade; e b) de que o modo como as práticas sociais são configuradas e exercidas não constituem a sua própria natureza, mas está condicionado à sua finalidade, o que permite mudanças e adequações necessárias à manutenção da prática em questão como um fato intrinsecamente vinculado a seus propósitos.

Há, pois, uma relação inexorável entre valor e conteúdo. Mudanças valorativas na sociedade implicam em alterações no conteúdo das práticas sociais. Nem a cortesia do exemplo fornecido pelo autor nem o Direito são, pois, práticas imutáveis, com um significado pré-estabelecido e independente do momento histórico e de fatores culturais. Ao contrário, os processos interpretativos desempenham papel fundamental na adaptação e atualização dessas práticas.

É justamente a partir desta concepção inovadora, que percebe o direito como um processo em permanente movimento e evolução<sup>89</sup>, que Dworkin passa a analisar detidamente as diversas formas de interpretação, com a finalidade de identificar aquela que se mostra mais adequada aos problemas jurídicos.

A primeira forma de interpretação abordada é aquela que se realiza nas conversações, quando o intérprete deve atribuir um significado aos sons e sinais emitidos por seu interlocutor: compreender o que o outro fala é, em si, um processo interpretativo. Há ainda a interpretação científica, na qual o intérprete foca sua análise nos dados coletados na natureza de forma a construir um conjunto significativo. Por fim, existe a interpretação artística, voltada a expressões culturais como textos, pinturas ou esculturas, em que o intérprete busca justificar um determinado ponto de vista sobre o significado da obra.

Para Dworkin, a interpretação das práticas sociais se assemelha à

---

<sup>89</sup> Adotando esta posição como premissa, a teoria de Dworkin oferece um valioso contraponto às ideias positivistas de Hart, baseadas na crença de que a verificação do que é o direito em um determinado caso estaria condicionada à existência de uma regra de reconhecimento estanque e essencialmente aceita pela sociedade. Esta regra de reconhecimento haveria de ser, necessariamente, uma regra última, porque inexistiriam regras capazes de estabelecer critérios para a apreciação de sua própria validade. Cf. HART, Herbert L. A. O conceito de direito, capítulo VI.

interpretação artística – enquanto a interpretação conversacional se volta à fala do autor e a científica aos dados coletados na natureza, a interpretação das práticas sociais, assim como a artística, tem como objeto algo criado pelos homens como um elemento externo e deles distinto –, motivo que o leva a unir as duas formas de interpretação sob a denominação de interpretação criativa.

Nesse contexto, o jusfilósofo americano se propõe a enfrentar o problema da intenção como fator determinante para o processo interpretativo. A importância da intenção se mostra de modo patente na interpretação conversacional, eis que o intérprete deve ter como propósito descobrir a intenção do próprio autor ao emitir seu pronunciamento (o que o autor *quis* dizer). Este é também um ponto crucial na interpretação artística e das práticas sociais: sugere-se frequentemente que estas também têm como objetivo decifrar os propósitos ou intenções do autor ao escrever determinado romance ou dos indivíduos ao conservarem certa prática social, como a cortesia.

Embora esta seja uma ideia recorrente entre os que se dedicam ao estudo dos processos interpretativos, Dworkin propõe uma solução diferenciada para o problema da intenção: reconhece que a interpretação criativa orbita sobre o argumento da intenção, mas não da mesma forma que normalmente se compreende a interpretação conversacional. De fato, assevera o autor, a interpretação criativa pode ser descrita como uma interpretação construtiva, em que as intenções e valores do próprio intérprete – e não as do autor – são essenciais e determinantes para a *construção* do significado do objeto interpretado.

Profundamente influenciado pelas teorias de Gadamer<sup>90</sup>, Dworkin conclui que a abordagem hermenêutica mais adequada ao direito é a interpretação construtiva – aliás, trata-se da única concepção de interpretação realmente adequada.

A aplicação da interpretação construtiva ao direito ocorre em três etapas.

---

<sup>90</sup> Gadamer defende a necessidade de abandonar a ideia clássica de que interpretar seria reproduzir o que *realmente* diz o interlocutor ou a obra a ser interpretada. Uma lei não deve ser entendida historicamente. A interpretação deve ter o objetivo de concretizá-la em sua validade jurídica, assim como uma mensagem religiosa não deseja ser compreendida como um mero documento histórico, mas busca ser entendida de forma que possa exercer seu efeito redentor. O texto da lei e o texto religioso, afirma Gadamer, devem ser compreendidos de modo diferente em cada momento, em cada contexto. Compreender também é, portanto, aplicar: “Em toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe.” GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 503.

Inicialmente, haverá a etapa denominada de “pré-interpretativa”, que consiste na identificação dos critérios e limites que fornecerão o próprio conteúdo empírico da prática a ser interpretada.

Mesmo nesta etapa pré-interpretativa se exige um processo de interpretação para estabelecer e definir o objeto que será estudado pelo intérprete (“As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem”<sup>91</sup>, diz o autor), sendo necessário um alto grau de consenso na comunidade acerca destes critérios, que serão apropriados pelo intérprete como se fossem verdadeiros dados. Em contrário, impossível será que o processo interpretativo seja proveitoso.

A seguir, deverá o intérprete dedicar-se a uma etapa interpretativa na qual buscará uma justificativa geral para a prática, uma argumentação que demonstre a conveniência ou não de manter-se a prática interpretada.

Por fim, haverá uma etapa pós-interpretativa (em que também se faz presente o processo interpretativo), na qual o intérprete deverá ajustar ou reformular sua ideia do que a prática realmente requer para atender à justificativa geral encontrada na etapa anterior.

Por óbvio, as etapas interpretativa e pós-interpretativa exigem menos consenso da comunidade e poderão ensejar o surgimento de controvérsias e divergências entre os intérpretes.

Na etapa interpretativa, deverá o intérprete construir um juízo de convicção sobre a validade de sua justificativa em relação às características gerais da prática, de forma a garantir que sua proposta seja a de interpretar a prática existente, e não de criar algo novo. Também nesta etapa, não poderá haver uma discrepância muito grande entre as convicções dos diversos intérpretes, sob pena de restar esvaziado o processo interpretativo.

Na última etapa, exige-se do intérprete uma convicção acerca dos valores e juízos que levariam a justificativa proposta a, de fato, explicar a prática da forma mais completa e adequada possível. Esta convicção deve ser independente dos critérios de adequação empregados na etapa anterior e permite o surgimento das divergências como resultado pretendido do próprio processo interpretativo.

Este é o conceito de interpretação construtiva e o percurso que, de acordo com Dworkin, devem ser utilizados pelos intérpretes do direito, permitindo a

---

<sup>91</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito, p. 81.

construção de um conceito mais básico e largamente aceito e de diferentes concepções que tentam aperfeiçoar o conceito, mostrando-o sob a sua melhor luz. Segundo esta posição, o intérprete deve sempre buscar a melhor interpretação do objeto, a interpretação *correta* – e isto somente se faz possível diante das condições dadas para a apreciação de um caso concreto.

Em verdade, a teoria hermenêutica de Dworkin, assim como a de Gadamer, volta-se primordialmente para a solução de casos determinados. O jurista deve buscar o sentido da lei *a partir de e em virtude de* um caso dado, isto é, dentro de um contexto. É a proposta de uma hermenêutica como filosofia prática, fundada na crença de que o “ser” jamais pode ser compreendido em sua totalidade. Assim, uma norma adquire todo o seu sentido apenas quando é aplicada, pois só nesse momento é que sua validade e seu conteúdo podem ser avaliados

Dworkin, entretanto, não se limita a apresentar a abordagem interpretativa que julga mais adequada para a compreensão do direito, ele também a aplica. Analisando a prática do direito em sua própria sociedade – e é imperioso reconhecer que a tese construída pelo autor insere-se em um contexto jurídico bem delimitado, o *common law* norte-americano – Dworkin afirma que o estágio pré-interpretativo permite perceber claramente qual é o âmbito do direito: todos ou a grande maioria das pessoas concordam que as leis, os tribunais e a Constituição constituem “matéria jurídica”. Ainda que não se possa identificar uma significação comum para este sistema de instituições, a cultura da comunidade afirma que elas formam um sistema jurídico.

Faz-se necessário, neste ponto, averiguar a possibilidade de construir um conceito central desta instituição, um conceito rudimentar e que seja largamente aceito. Caso seja possível, as diversas concepções aceitáveis serão então consideradas interpretações diferenciadas deste mesmo conceito. Caso a resposta seja negativa, então não será possível realmente identificar um conceito unificador, uma ideia organizadora das instituições consideradas jurídicas na fase pré-interpretativa.

Dworkin propõe um conceito de direito que possa se adequar a este objetivo: o escopo fundamental do direito consiste em guiar e limitar o poder do Estado com

base em decisões políticas anteriores<sup>92</sup>. Caso o leitor não consiga identificar nesta descrição um conceito válido de direito – o que não implica dizer que este seja absolutamente correto – então qualquer discussão será inútil, na medida em que o debate não estará tratando do mesmo objeto. O “direito” do leitor simplesmente não é a mesma coisa que o “direito” de Dworkin.

Contudo, se o conceito proposto por Dworkin é capaz de invocar o sentido mais geral do que se costuma referir por direito, então será possível desenvolver uma concepção. Será possível, inclusive, que esta concepção argumente que o conceito assim entendido encontra-se incompleto ou proponha uma reformulação parcial – ao final, contudo, ainda se estará discutindo sobre a mesma prática.

Após definir o conceito central que permitirá o desenvolvimento de seus argumentos, Dworkin apresenta três questionamentos que poderão conduzir a concepções distintas: a) justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção?; b) faz sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que decorrem de decisões políticas anteriores?; c) qual noção de coerência com as decisões precedentes é a mais apropriada?

As diferentes respostas oferecidas a estas questões reproduzem diversas concepções sobre o que é o direito, agora não mais compreendido como um conceito puramente semântico. Dworkin focará no detalhamento de três concepções antagônicas: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade.

Em linhas gerais, o convencionalismo defende que realmente existe um elo entre direito e coerção; acredita também que o uso da força deve ser limitado pelas decisões políticas anteriores em virtude da previsibilidade e da equidade processual decorrentes desta restrição; e, por fim, argumenta que os direitos e responsabilidades somente podem ser considerados decorrentes de decisões anteriores quando estiverem explícitos ou puderem ser explicitados pelo uso das técnicas adequadas.

O pragmatismo, por sua vez, é uma concepção cética do direito. Os seus

---

<sup>92</sup> “De modo geral, nossa discussão sobre o direito assume – é o que sugiro – que o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo da maneira apresentada a seguir. O direito insiste em que a força não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública.” DWORKIN, Ronald. O império do direito, p. 116.

defensores afirmam que não há qualquer vantagem real em limitar a atuação dos juízes com base em decisões políticas anteriores. Acima da ideia de coerência com as decisões tomadas no passado, os pragmáticos situam a necessidade de construir o melhor direito para o futuro e, nesse sentido, as decisões dos juízes devem considerar caso a caso qual o melhor direito para o desenvolvimento da comunidade – embora, muitas vezes, isto os leve a agir “como se” as pessoas realmente tivessem direitos e responsabilidades decorrentes de decisões anteriores.

O direito como integridade é a terceira concepção exposta por Dworkin (e a que o autor irá defender como a melhor interpretação da prática jurídica). O direito como integridade aceita a existência de direitos e responsabilidades jurídicas que devem limitar a atuação dos juízes em conformidade com as decisões políticas anteriores. Mas, ao contrário do convencionalismo, o direito como integridade supõe que a coerência com as decisões anteriores beneficia a comunidade não só por oferecer previsibilidade e equidade processual, e sim porque assegura uma igualdade substancial entre os cidadãos, tornando a comunidade mais genuína. Segundo esta concepção, os direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores ainda que não estejam nelas explícitos, mas desde que procedam dos princípios que justificam a decisão.

Para verificar a validade de sua concepção pós-interpretativa, Dworkin propõe um teste com duas etapas distintas: primeiro é preciso averiguar se a concepção se adéqua ao objeto interpretado; a seguir, questiona-se se a concepção traz uma boa justificativa para o objeto, se está apta a mostrá-lo sob a sua melhor luz. Este caminho também será obedecido na análise da concepção do direito como integridade<sup>93</sup>.

Segundo Dworkin, existem dois princípios de integridade política: um princípio legislativo e um jurisdicional. O princípio legislativo da integridade impõe que os legisladores tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente e o princípio jurisdicional demanda que, ao aplicarem as leis aos casos concretos, os juízes tentem mantê-las coerentes nesse sentido.

Analisando inicialmente o princípio legislativo, Dworkin afirma que a integridade faz parte da prática política da comunidade de tal forma que nenhuma interpretação coerente poderá ignorá-la.

---

<sup>93</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito, capítulos VI e VII.

Os conflitos entre os ideais de justiça e equidade são frequentes na política. A justiça, como bem coloca o autor, é uma questão de resultados. A equidade, por sua vez, volta-se ao âmbito do procedimento, referindo-se ao direito que todos os membros da comunidade possuem de interferir igualmente nas decisões políticas.

Alguns filósofos defendem que estes dois valores jamais entram em conflito no campo da política. Afirmam, por exemplo, que tudo aquilo que provenha de procedimentos baseados na equidade deve ser considerado justo (justiça como equidade). Outros, em sentido contrário, defendem que nenhum procedimento é verdadeiramente equitativo se não produzir decisões políticas justas (equidade como justiça).

Porém, a maioria das pessoas aceita que a justiça e a equidade representam dois valores distintos e a realidade demonstra que os conflitos entre esses dois ideais são comuns na política. Instituições parciais podem produzir resultados justos, assim como instituições imparciais podem praticar a injustiça.

E o problema da ascendência das decisões da maioria aqui se coloca de forma inescapável: pode-se considerar que o melhor procedimento para formar decisões políticas é aquele que leve em consideração a opinião da maioria das pessoas, porém a maioria às vezes defende decisões injustas. Como defender as minorias dos possíveis abusos praticados pela maioria em uma sociedade pluralista?

Esses conflitos entre justiça e equidade, afirma Dworkin, somente podem ser superados com o reconhecimento de um terceiro valor independente: a integridade, que seria um valor intuitivo para os membros da comunidade, ainda que as pessoas não saibam verbalizá-lo ou não o reconheçam expressamente. Este argumento é demonstrado através da análise de uma hipótese que poderia oferecer uma resposta lógica para os conflitos entre justiça e equidade – as soluções conciliatórias – mas que é rechaçada pelos membros da comunidade.

Nem o valor “equidade” nem o valor “justiça” seriam contrários às soluções conciliatórias. Mas, ainda assim, estas soluções causariam espanto e rejeição aos membros da comunidade. É, como diz Dworkin, uma objeção intuitiva. A comunidade não aceita decisões que estabeleçam distinções em base puramente arbitrárias – pelo menos não quando estas decisões envolvem questões de princípios.

Esta objeção, contudo, não pode ser puramente intuitiva, imotivada. É preciso descobrir a razão por trás da rejeição às soluções conciliatórias – e esta razão é a integridade. Quando se está diante de um caso difícil, a integridade exige que as decisões sejam fundamentadas em “algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade”<sup>94</sup>. As decisões políticas devem ser baseadas em princípios identificáveis de justiça, colocados em uma certa ordem. Se é possível identificar o princípio de justiça que fundamenta as decisões políticas, o membro da comunidade aceitará esta decisão como legítima, ainda que não concorde com o princípio de justiça adotado.

É verdade, pontua Dworkin, que não é possível reunir todas as regras da legislação e do direito consuetudinário que os juízes aplicam sob um sistema único e coerente de princípios. A integridade, porém, continuará sendo um ideal político da comunidade. O fato de que as leis às vezes são contraditórias e os direitos conflitam não deve ser encarado como uma característica natural da prática jurídica, mas antes como um defeito a ser superado.

Dworkin conclui que uma interpretação formulada a partir do princípio legislativo da integridade expõe a prática política sob a sua melhor luz na medida em que possibilita o fortalecimento da comunidade como um agente moral. A integridade impõe ao intérprete uma compreensão da comunidade de princípios como um sistema coerente, harmônico e equilibrado.

Resta ainda analisar a integridade como um princípio judiciário: o direito como integridade é a melhor interpretação das práticas jurídicas distintas e permite explicar o modo como os juízes devem decidir os casos difíceis?

O direito como integridade entende as afirmações jurídicas como opiniões interpretativas que, por este motivo, estão intimamente relacionadas ao passado e ao futuro da comunidade. A interpretação é um processo situado, um processo de aplicação de propósitos condicionados. A prática jurídica é, assim, uma prática em desenvolvimento permanente.

Segundo o princípio judiciário da integridade, os juízes devem identificar os direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que foram todos criados pelo mesmo autor (a comunidade) e expressam, desta feita, um sistema coerente e

---

<sup>94</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito, p. 217.

equilibrado.

Para Dworkin, o direito como integridade exige uma atitude interpretativa permanente: além de se oferecer aos juízes como uma interpretação do direito, exige que os juízes, ao se verem diante de casos difíceis, façam novos exames interpretativos da doutrina jurídica. O direito como integridade não oferece um programa fechado de deliberação judicial, mas afirma que o melhor modo de chegar a uma decisão correta é através de uma nova aplicação interpretativa: “O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”<sup>95</sup>.

A concepção defendida por Dworkin não exige uma coerência de princípio com todas as decisões históricas, mas impõe que o intérprete proponha-se a encontrar meios de harmonizar todas as normas jurídicas vigentes naquele momento. É uma interpretação, portanto, que começa no presente e somente se volta ao passado quando assim for necessário. Tampouco tem os olhos mais adiante: o futuro somente deve ser considerado como elemento de argumentação secundário.

Esta relação do direito como integridade com o passado e o futuro é explicada pelo autor através da metáfora do “romance em cadeia”. Dworkin afirma que o direito como integridade impõe aos juízes que interpretem o direito da mesma forma como agiria um escritor convidado a escrever um trecho de um romance coletivo.

Ele não teria controle sobre o que foi escrito antes dele e nem poderia determinar completamente o que seria escrito posteriormente. O que foi escrito pelos que o antecederam não determina o conteúdo de seu trecho, mas o condiciona dentro de uma gama de interpretações possíveis. E o que ele escreve também não determinará o desfecho da história, mas delimitará os argumentos possíveis para os que o sucederem nessa empreitada.

O participante do romance em cadeia não deve pretender criar algo novo, totalmente desconectado dos capítulos escritos anteriormente por outros autores. Se assim o fizer, o resultado da ação coletiva jamais será um objeto único e lógico. Sua interpretação simplesmente não se adaptará ao objeto interpretado. Dentro das

---

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito, p. 273.

interpretações possíveis, porém, o participante deve procurar construir o melhor objeto – é, ao mesmo tempo, intérprete e crítico: interpreta o que foi escrito anteriormente e daí tenta extrair aquilo que julga ser a sua melhor compreensão.

A melhor compreensão, é claro, está condicionada pelo caráter de continuidade do romance, uma vez que o participante não é livre para adotar aquela compreensão que teria abstratamente caso tivesse a oportunidade de tocar a obra desde o início, devendo ater-se àquela que melhor se amolda aos limites decorrentes de tudo o que foi escrito por seus antecessores. Nesta equação, deverá ainda o participante acrescentar uma projeção para o futuro: deve tentar prever quais os desdobramentos possíveis de sua contribuição para os autores que lhe sucederem.

Dworkin passa, então, a demonstrar como a concepção do direito como integridade condiciona a atuação dos juízes diante de casos difíceis. Para isso, recorre a um juiz ideal, com tempo e paciência infinitas – o juiz Hércules. Dworkin tenta compreender como Hércules se comportaria diante de um caso difícil, no qual as normas jurídicas invocadas não parecem, à primeira vista, indicar uma solução específica. Mesmo nestes casos, o autor defende a existência de uma resposta *certa*, que deve ser buscada pelo julgador através do processo interpretativo.

E é justamente neste ponto que a teoria de Dworkin se mostra especialmente pertinente para o problema analisado na presente dissertação. Afastada qualquer possibilidade de que o conteúdo das normas constitucionais acerca dos direitos fundamentais seja extraído com o recurso a critérios formais ou semânticos, chega-se à inescapável conclusão de que as demandas atinentes à efetivação dos direitos sociais no Brasil constituem, no mais das vezes, casos difíceis, que exigem uma postura diferenciada por parte do julgador.

Diante de um caso que não possa ser facilmente decidido com a aplicação de uma norma jurídica específica, Hércules deve formular diversas hipóteses que permitam encontrar uma teoria coerente sobre o direito postulado em juízo e o ordenamento jurídico como um todo. Provavelmente, algumas das hipóteses formuladas por Hércules serão contraditórias entre si e não poderão subsistir simultaneamente.

O primeiro passo do processo interpretativo de Hércules é perguntar-se se as hipóteses formuladas são coerentes com os resultados dos casos anteriormente

julgados. Este exercício mental já permitiria excluir algumas das hipóteses, mas ainda seria possível que restassem duas ou mais hipóteses a serem verificadas.

O segundo passo da interpretação aplicada por Hércules consiste em ampliar o alcance de sua análise. O primeiro filtro foram os precedentes, isto é, casos que envolvem uma situação razoavelmente semelhante à que ele tem diante de si. Essa nova etapa exigiria, então, que o juiz pusesse à prova sua interpretação perguntando-se se “ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”<sup>96</sup>. As respostas de Hércules dependeriam, sem dúvidas, de suas convicções sobre as virtudes que constituem a moral política: a justiça e a equidade.

A análise do processo interpretativo realizado por Hércules deve ainda pautar-se pela observância à prioridade local, realizando perguntas que possam ser organizadas em círculos concêntricos: partiria dos precedentes, (casos extremamente similares ao que deve decidir) e iria ampliando gradualmente seu âmbito de investigação, passando pelos princípios fundamentais aplicáveis àquele ramo do direito e só então chegando aos princípios mais gerais do sistema jurídico.

Os casos difíceis se apresentam quando a análise preliminar de qualquer intérprete não fizer prevalecer claramente uma dentre as hipóteses que pudesse formular. O direito como integridade propõe que, nesses casos, o jurista deve questionar-se sobre qual destas interpretações aceitáveis apresenta as instituições jurídicas sob a sua melhor luz (isto é, de forma mais coerente com os princípios de moral política da comunidade).

Em *O Império do Direito*, Dworkin apresenta uma teoria sobre o direito focada no papel do julgador e preocupada com a preservação da integridade e coerência do sistema jurídico. Como um conjunto harmônico de normas, o direito deve ser a expressão dos princípios morais e políticos da comunidade.

Como se percebe, a concepção do direito como integridade não reserva qualquer relevância à possível distinção entre os tipos de normas. Regras ou princípios, as normas jurídicas devem ser analisadas e investigadas pelo intérprete em conjunto, pois uma norma considerada isoladamente não se mostra capaz de apontar a solução correta para um caso complexo.

---

<sup>96</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 294.

Dworkin defende ainda que os princípios não são contraditórios entre si, eles são apenas independentes e podem entrar em “concorrência” em determinados casos. A opção pela expressão *concorrência* no lugar de *colisão* é, mais do que uma preferência terminológica, uma consequência lógica da forma como Dworkin compreende o direito e a comunidade.

Os princípios não podem ser conflitantes entre si, pois expressam as exigências de moralidade aceitas pela comunidade, sendo impossível vislumbrar a existência de dois princípios igualmente aceitos e essencialmente contraditórios: se o princípio A impõe, no caso concreto, uma obrigação X, a integridade do sistema veda que exista um princípio B que imponha como obrigação não-X.

O que ocorre, em verdade, é que os princípios tutelam valores distintos e independentes entre si, os quais podem, às vezes, concorrer pela proteção judicial em determinadas circunstâncias. A aplicação de um princípio não implica, porém, que o princípio *concorrente* deve ser afastado ou retirado do ordenamento jurídico – como deveria ocorrer caso se estivesse diante de uma verdadeira colisão. O que a integridade exige é que o intérprete encontre um mecanismo capaz de preservar a validade dos princípios concorrentes, sem incorrer em uma espécie de decisionismo judicial pautado pela escolha arbitrária de qual princípio aplicar (ou de qual valor proteger, em outras palavras).

A adoção da teoria de Dworkin, que concebe a integridade como um valor essencial do direito, impõe ao julgador a aceitação de um compromisso pessoal: o compromisso de buscar, no ordenamento jurídico considerado em sua integralidade, a resposta certa para o caso concreto, extirpando a discricionariedade de suas decisões.

### 3.3 DIREITOS SOCIAIS E CASOS DIFÍCEIS: A ATITUDE HERMENÊUTICA ADEQUADA.

Apresentados os dois modelos teóricos, cabe agora averiguar como as teses de Alexy e Dworkin podem ser utilizadas para compreender o problema da efetivação judicial dos direitos sociais e as consequências lógicas da opção por um

ou outro modelo.

Parte-se da premissa de que as demandas referentes à efetivação dos direitos sociais configuram casos difíceis (*hard cases*) na medida em que não podem, em sua grande maioria, ser decididos com apoio em uma regra clara que aponte a solução específica para o caso concreto.

O positivismo jurídico defende que, diante dos casos difíceis, o julgador encontra o caminho livre para utilizar-se de seu “poder discricionário”, criando o direito e estabelecendo os direitos e obrigações das partes envolvidas na lide<sup>97</sup>. Tal tese, porém, não se afigura razoável para o atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica e tem, ademais, conduzido a profundas divergências jurisprudenciais e insegurança jurídica, conforme demonstrado no capítulo inicial desse estudo.

Contudo, se o julgador não está livre para decidir e criar o direito no caso concreto, qual deve ser a conduta hermenêutica adequada para a solução dos casos difíceis?

### **3.3.1 Interpretando as normas de direitos fundamentais sociais a partir de Alexy.**

No capítulo anterior, foram definidas três etapas argumentativas capazes de auxiliar o intérprete que se depara com uma demanda envolvendo uma prestação específica a cargo do Estado. A primeira pergunta a ser respondida pelo julgador há de ser a seguinte: “O direito pretendido encontra-se protegido juridicamente?”.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 tutelou um rol bastante extenso de direitos sociais: alimentação, saúde, educação, moradia, lazer – quase todas as necessidades humanas inerentes a uma vida digna podem ser abarcadas sem maiores dificuldades pelo texto constitucional.

É possível supor, portanto, que boa parte dos processos judiciais nos quais as partes pretendam obter uma prestação do Estado estejam fundamentados em pelo menos um dispositivo constitucional. Quais são, porém, as consequências

---

<sup>97</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 127.

jurídicas da incidência de um dispositivo constitucional em casos como esses?

A resposta será obviamente distinta caso se compreenda o dispositivo constitucional como uma regra ou um princípio. Os defensores das ideias de Alexy devem concordar que o artigo 6º da Constituição Federal vigente, por exemplo, possui natureza principiológica, seja porque não é possível dele extrair um resultado específico para uma eventual demanda, seja porque os valores contemplados em seu enunciado concorrem uns com os outros (se não teoricamente, ao menos quando se pretende passar ao nível da efetivação), conduzindo à percepção de que se trata de um *mandamento de otimização*.

Para Alexy, o princípio nada mais é do que uma norma que determina a realização de um direito (ou de um objetivo) na maior medida possível. Assim, é possível afirmar que, isoladamente, cada cidadão possui direito a um nível máximo de assistência à saúde, alimentação, acesso à educação. No entanto, a harmonização de todos esses direitos individuais e isolados depende de um complexo e intricado jogo de somas e subtrações que levará ao alcance do equilíbrio capaz de permitir a todos e a cada um gozar destes direitos na medida máxima da possibilidade econômica, cultural e política da comunidade.

Pode-se afirmar, portanto, que o cidadão que recorre ao Judiciário para ver concretizado um direito social albergado na Constituição através de uma norma de natureza principiológica possui *prima facie* o direito de ter sua demanda atendida e apenas poderá ser privado de tal direito caso seja possível demonstrar que sua pretensão extrapola os limites do que é *possível* naquele momento<sup>98</sup>, levando em

---

<sup>98</sup> Esta é, pelo menos, a interpretação que grande parte dos tribunais brasileiros têm conferido à chamada reserva do possível: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE FÁRMACO INDISPENSÁVEL A TRATAMENTO MÉDICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DE QUALQUER ENTE FEDERATIVO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. IMPROVIMENTO. 1. A saúde pública, nos termos do art. 196 da Constituição Federal e da Lei nº 8.080/90, é dever do Estado a ser cumprido, através do SUS, com a participação conjunta da União, dos Estados e Municípios. 2. O atendimento aos direitos sociais se sujeita ao princípio da reserva do possível, estando o seu adimplemento limitado às possibilidades orçamentárias do ente federativo. Contudo, a alegação de ofensa à cláusula da reserva do possível há de ser devidamente comprovada pelos entes públicos, não podendo ser simplesmente presumida. 3. Inexistência de elementos que demonstrem o comprometimento das finanças municipais, devendo, portanto, ser assegurado o fornecimento da medicação vindicada. 4. Inexistência de violação à separação de poderes, uma vez que a atuação do Poder Judiciário no controle do processo administrativo se circunscreve ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe vedada qualquer incursão no mérito administrativo. 5. Agravo de instrumento improvido. (TRF 5ª Região. Agravo de Instrumento 0000632-35.2009.4.05.0000. Relator Desembargador Leonardo Resende Martins. Julgado em 19/05/2009). Esta questão será analisada com mais rigor no próximo capítulo.

consideração, inclusive, todos os demais direitos sociais que possam concorrer com a pretensão do demandante.

Suponhamos que um cidadão acione judicialmente o Estado para ver atendido o seu direito fundamental à moradia, argumentando que o texto constitucional brasileiro impõe ao Estado o dever de assegurar que todos tenham acesso à habitação e que tal direito somente poderia ser satisfatoriamente atendido com a garantia de que cada cidadão brasileiro possuísse sua casa própria.

Segundo o modelo de regras e princípios de Alexy, seria possível afirmar que, *a priori*, o autor da ação teria direito a uma decisão judicial favorável, pois a compreensão das normas de direitos sociais como mandamentos de otimização permite incluir em seu conteúdo jurídico o grau máximo de atendimento às pretensões que tenham por base um determinado direito ou finalidade.

Isto conduz a duas conclusões. Sob um primeiro viés, é preciso considerar o ônus argumentativo que é imposto ao ente público acionado judicialmente para fornecer uma prestação: compete ao réu argumentar (e provar, se for o caso) que a pretensão deduzida em juízo excede o limite das possibilidades reais da comunidade.

Por outro lado, o modelo de Alexy atribui ao julgador uma tarefa espinhosa, que consiste em fixar precisamente qual é a maior medida possível de realização do direito no caso concreto. Para formar seu convencimento, muitas vezes o julgador precisará debruçar-se sobre obscuros e complexos argumentos referentes ao orçamento e ao planejamento de políticas públicas.

Comentando o modelo de Alexy, Cogo Leivas afirma que “Princípios podem ser normas que conferem direitos fundamentais aos indivíduos ou normas que ordenam a persecução de interesses da comunidade”<sup>99</sup>. Ao defender a existência de uma intrínseca relação entre princípios jurídicos e valores ou finalidades constitucionais, Alexy construiu, ao menos em tese, uma teoria que garante ao julgador legitimidade para apreciar questões tradicionalmente consideradas “políticas”.

Se o “melhor” é também o “constitucionalmente devido”, o julgador concebido por Alexy pode confortavelmente ingressar no árido terreno das políticas

---

<sup>99</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 44-45.

públicas para decidir qual é a *melhor* forma de concretizar os direitos sociais<sup>100</sup>, quando diante de uma pretensão fundada em um dispositivo constitucional de natureza principiológica.

Na hipótese, porém, de a pretensão decorrer não de um princípio, mas de uma regra constitucional, então o demandante possui *definitivamente* o direito postulado, cabendo ao julgador apenas aplicar à norma ao caso concreto segundo o método positivista tradicional.

Não por outro motivo Álvaro Ricardo de Souza Cruz critica a bipartição metodológica do modelo de Alexy: para as regras, aplica-se o tradicional esquema positivista de subsunção do fato à norma; para os princípios, recorre-se a um modelo pós-positivista que inova ao agregar um fator de otimização na produção de resultados<sup>101</sup>.

### 3.3.2 A proposta de Dworkin.

Dworkin, por sua vez, propõe um percurso lógico-argumentativo bastante diferente. Inicialmente, é preciso excluir qualquer pretensão que esteja fundada em argumentos de política, assim compreendidos aqueles que se relacionam à concretização de um objetivo econômico ou político da comunidade. Somente argumentos de princípio legitimam a pretensão exposta em juízo e podem garantir ao demandante o direito de obter uma decisão favorável<sup>102</sup>, condição que, se comparada ao modelo de Alexy, restringe consideravelmente o âmbito da argumentação que poderá ser desenvolvida no processo.

Suponhamos que um estudante de nível médio ingressasse em juízo postulando o direito de obter matrícula em instituição de ensino superior,

---

<sup>100</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>101</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica em debate...*, p. 295.

<sup>102</sup> “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. (...) Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 129-132.

argumentando, por exemplo, que o número de médicos existentes no Brasil é insatisfatório e incapaz de atender às demandas da população, ficando abaixo do padrão mínimo recomendado pela OMS. Argumentaria o demandante que a melhora na prestação dos serviços de saúde é um objetivo legítimo e necessário para o aumento da qualidade de vida da população e que tal objetivo somente será alcançado com a oferta de novas vagas para formação de profissionais da área de saúde em instituições públicas.

Poderia o julgador, neste caso hipotético, concordar que os serviços de saúde no Brasil precisam ser melhorados. Poderia até mesmo acreditar que tal objetivo é legítimo e deve ser perseguido pelo Estado e que a única forma de alcançá-lo seria através da oferta de mais vagas nas instituições públicas de ensino. Nada disso, porém, segundo Dworkin, garantiria ao demandante o direito de obter uma decisão favorável, simplesmente porque não cabe ao julgador formar suas decisões com base em argumentos de política.

Se o demandante, no entanto, suscitasse a mesma pretensão sob o argumento de que o direito à educação é um direito fundamental protegido pela Constituição e que o referido dispositivo constitucional lhe confere o direito à educação de qualidade, inclusive de nível superior, caberia ao julgador analisar o ordenamento jurídico para averiguar se, de fato, o direito postulado em juízo encontra-se juridicamente tutelado.

Para Dworkin, pouca importância teria para a resolução do caso saber se a pretensão jurídica está fundada em uma regra ou em um princípio. Adepto da teoria hermenêutica de Gadamer, como dito anteriormente, o jurista norte-americano defende que as normas jurídicas somente podem ter seu alcance identificado e definido no momento da aplicação ao caso concreto. Consideradas abstratamente, as normas jurídicas são vazias de conteúdo e consequências – sejam elas regras ou princípios. Apenas quando informada pelas circunstâncias e condições do caso concreto é que a norma pode alcançar o seu conteúdo jurídico.

Para decidir o caso que lhe foi colocado, o juiz concebido por Dworkin encontra-se inexoravelmente limitado aos argumentos de princípio. A partir da concepção do direito como integridade, deve o julgador procurar a interpretação correta dos preceitos jurídicos para o caso, buscando harmonizá-los com o ordenamento jurídico como um todo. Não compete ao juiz questionar qual seria a

melhor forma de atender aos interesses da comunidade. Sua única preocupação deve ser a de encontrar a resposta certa sobre qual direito o demandante realmente possui.

A diferença prática para os que defendem o modelo de Alexy ou de Dworkin seria que a decisão de um caso difícil envolvendo direitos sociais não orbitaria em torno da questão *“em que grau esse princípio (ou valor) pode ser concretizado?”*, mas sim da seguinte: *“que direito o ordenamento jurídico garante ao demandante no presente caso?”*.

Trata-se de uma diferença significativa no âmbito da proteção dos direitos sociais, especialmente no que se refere à forma como a argumentação jurídica deverá ser conduzida. As consequências da opção por um ou outro modelo far-se-ão presentes de forma ainda mais nítida no capítulo seguinte.

#### **4. SOBRE A VIABILIDADE FÁTICA DAS PRETENSÕES.**

A presente dissertação tem se desenvolvido a partir da exposição de três questionamentos essenciais que devem funcionar como etapas argumentativas a serem percorridas pelo intérprete que se depara com demandas envolvendo direitos sociais.

No capítulo anterior, debruçamo-nos sobre a primeira questão, aquela que se apresenta como o ponto de partida: a pretensão é defendida com argumentos jurídicos? E, avançando um pouco mais na proposta de desenvolver um trabalho teórico conectado às questões da prática jurídica, discorreremos sobre as diferentes maneiras de responder a este questionamento a partir das teses de Dworkin e Alexy.

Ao longo deste capítulo, permaneceremos com o intuito de apresentar esquemas teóricos capazes de auxiliar o intérprete em seu caminho interpretativo. Ultrapassando o problema da fundamentação jurídica para expandir o debate sobre outros aspectos inerentes à efetivação dos direitos sociais, analisaremos a seguir como aspectos fáticos e as exigências do direito à igualdade podem interferir na concretização judicial de direitos sociais.

Que o Direito não é um sistema puro e asséptico, como pretendia Kelsen, muitos juristas e filósofos já se dedicaram a demonstrar. As questões jurídicas são influenciadas, decerto, por elementos e fatores econômicos, sociais, culturais, políticos e morais.

A divergência surge, e de forma profunda, quando se pretende analisar as maneiras através das quais ocorrem essas interações. Como os fatores jurídicos e econômicos, por exemplo, se relacionam para estabelecer os “limites e as possibilidades” – usando a expressão consagrada por Hesse – do texto constitucional?

##### **4.1 A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS E A RESERVA DO POSSÍVEL.**

À concepção liberal e individualista que negava o caráter imperativo das

normas constitucionais referentes aos direitos sociais, seguiram-se outras escolas de pensamento pautadas pelo reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais sociais.

Em um primeiro momento, os direitos sociais foram compreendidos como normas de caráter programático, incapazes de gerar direitos subjetivos. Os efeitos das normas de direitos sociais esgotavam-se na obrigação imposta ao Estado de *levar em conta* os direitos nelas assegurados, vedando-se qualquer medida tendente a contrariar este “guia de intenções”.

Insatisfeitos com o conteúdo ideológico da distinção estabelecida entre direitos individuais e direitos sociais no que concerne à eficácia, alguns juristas passaram a defender a inexistência de qualquer diferença lógica entre as normas de direitos fundamentais. Como normas jurídicas, todas elas seriam dotadas de imperatividade, sendo plena e imediatamente exigíveis.

Ainda influenciados pelo ideal de pureza do Direito proposto por Kelsen, os teóricos desta escola de pensamento negavam-se a acrescentar ao raciocínio jurídico elementos “extra-legais”. Fatores como a disponibilidade de recursos públicos para o cumprimento das obrigações não deveriam interessar aos juristas. O Direito existia e bastava-se por si só.

Não é difícil perceber a fragilidade de um modelo teórico assentado na premissa equivocada de que o Direito não se relaciona com fatores alheios ao mundo jurídico. Galdino aponta os pressupostos inconsistentes desta forma de compreender o direito, que denomina de “modelo teórico da utopia”:

Interessa salientar também, no plano conceitual, que os custos financeiros são vistos aqui como absolutamente externos ao conceito do direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização (*rectius*: efetivação). Em síntese: o conceito e a eficácia dos direitos subjetivos especificamente considerados (*v.g.* direito à educação) são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernente às possibilidades reais de efetivação.<sup>103</sup>

<sup>103</sup> GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 187-188. Ressalta-se, por oportuno, que o citado autor apresenta

Em verdade, a compreensão de que a efetivação dos direitos sociais não se esgota com o simples reconhecimento da normatividade do texto constitucional é uma conquista recente para o pensamento jurídico brasileiro. Se as limitações fáticas devem ser incluídas na argumentação jurídica, muito ainda se discute sobre a forma mais adequada para solucionar a complexa equação daí resultante. É neste contexto que as diversas teorias concernentes às limitações orçamentárias e aos custos dos direitos se fazem oportunas e necessárias.

#### 4.1.1 Breves considerações sobre a reserva do possível.

Na doutrina brasileira, a teoria da reserva do possível tem ganhado especial atenção. Inicialmente concebida na Alemanha, a teoria tem encontrado no Brasil as mais diversas e opostas reações. Há autores que afirmam a completa impossibilidade de aplicação da reserva do possível em um país como o Brasil, onde grande parte da população ainda se encontra privada do mínimo existencial<sup>104</sup>. Outros doutrinadores, por sua vez, chegam a afirmar que os direitos econômicos e sociais estão inescapavelmente condicionados pela reserva do possível<sup>105</sup>.

---

detido estudo sobre as escolas jurídicas dos direitos sociais, as quais divide em cinco modelos teóricos: o modelo teórico da indiferença, quando os direitos sociais não haviam sido reconhecidos; o modelo teórico do reconhecimento, marcado, como o próprio nome sugere, pelo reconhecimento dos direitos sociais, sem que houvesse, contudo, uma nítida preocupação com o problema da efetividade desses direitos; o modelo teórico da utopia, já comentado; o modelo teórico da verificação da limitação de recursos, no qual ganha ênfase a possibilidade real de efetivação dos direitos sociais, considerando-se, ainda, que apenas os direitos sociais estariam limitados pela disponibilidade de recursos; e, por fim, o modelo teórico dos custos dos direitos, que visa solidificar a crença de que todos os direitos fundamentais, e não apenas os sociais, demandam gastos públicos para a sua efetivação.

<sup>104</sup> Neste sentido: “Deveras, trasladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem-Estar”. CUNHA JUNIOR, Dirley. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível, p. 391

<sup>105</sup> “Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a ‘reserva do possível’ ou da ‘soberania orçamentária do legislador’, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração.” TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81.

Na sua concepção original, a doutrina da reserva do possível desenvolveu-se a partir de um caso paradigmático julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no qual se questionava a constitucionalidade de uma nova política educacional que limitava o ingresso nos cursos de ensino superior a uma quantidade pré-definida de vagas. A pretensão levada à apreciação do Tribunal Constitucional alemão referia-se à obrigação do Estado de criar vagas nas universidades públicas em número suficiente para atender *todos* os candidatos.

Naquela oportunidade, firmou-se o entendimento de que os direitos a prestações positivas devem ser condicionados a uma reserva do possível, no sentido daquilo que o sujeito pode esperar, de modo razoável, da sociedade.

Tendo condicionado a possibilidade de atendimento das demandas sociais à reserva do possível, o Tribunal Federal Alemão também ressaltou que o Poder Legislativo seria o principal responsável por decidir o que poderia ser *razoavelmente* exigido pelos indivíduos, a partir da consideração de todas as necessidades públicas e dos objetivos estatais.

Como bem acentua Krell, a doutrina da reserva do possível foi importada para o Brasil de forma um tanto acrítica e vem recebendo em solo nacional uma interpretação restritiva e distorcida de seu conteúdo original.

Com efeito, no pensamento jurídico brasileiro, a reserva do possível vem sendo entendida e aplicada como uma teoria intrinsecamente relacionada a conceitos econômicos<sup>106</sup> e orçamentários, traduzindo-se pela afirmação de que “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral”<sup>107</sup>.

Esse entendimento tem levado alguns autores a defender uma posição deveras extremada, como observado por Krell: “negando de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”<sup>108</sup>.

Em regra geral, contudo, os autores brasileiros reconhecem a legitimidade

---

<sup>106</sup> Paulo Gilberto Cogo Leivas adota a expressão reserva *financeira* do possível para referir-se a essa faceta da teoria. Teoria dos direitos fundamentais sociais, p. 99.

<sup>107</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 169.

<sup>108</sup> KRELL, Andreas. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha..., p. 52.

dos juízes para apreciar as demandas referentes aos direitos sociais, os quais exigem prestações positivas a cargo do Estado – com a ressalva, porém, de que estas pretensões somente poderão ser concretizadas na medida dos recursos financeiros disponíveis<sup>109</sup>.

#### 4.1.2 A teoria dos custos dos direitos.

Numa situação ideal, com orçamento ilimitado, todos os direitos seriam plenamente atendidos. Porém, deixando a utopia de lado e firmando os pés na realidade, sabe-se que os recursos serão sempre limitados e insuficientes para atender todas as demandas sociais e econômicas.

Neste contexto, caberia aos Poderes Executivo e Legislativo deliberar acerca da melhor maneira de atender às necessidades públicas através dos insuficientes recursos disponíveis e o papel atribuído ao Poder Judiciário em demandas envolvendo políticas públicas seria eminentemente subsidiário.

Galdino, reconhecendo que a inclusão do fator “custo” no debate jurídico nacional é, por si só, um notável progresso, acrescenta um importante dado, até então pouco explorado. Com base na obra de Holmes e Sunstein<sup>110</sup>, o autor propõe um novo enfoque para a questão dos custos dos direitos, baseado em duas premissas centrais: a) todos os direitos fundamentais implicam custos, tanto os sociais quanto os direitos de liberdade; e b) os recursos financeiros devem ser compreendidos não como um óbice para a efetivação dos direitos fundamentais, mas sim como o meio através do qual é possível concretizá-los.

---

<sup>109</sup> Cumpre destacar, neste ponto, a posição de Ingo Sarlet, que compreende a reserva do possível em um sentido mais amplo: “a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas (...); c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.” SARLET, Ingo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). Direitos fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

<sup>110</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: why liberty depends on taxes? New York: W. W. Norton & Company, 1999.

Fruto de uma ideologia predominantemente liberal, relutante em assumir o papel central do Estado na proteção dos direitos, o conceito de “direito negativo” ganhou espaço cativo no pensamento jurídico. Sendo supostamente independente de qualquer atuação estatal, não haveria que se falar em custos para a sua efetivação – motivo pelo qual seriam imediata e plenamente exigíveis. Tal distorção teórica tem suprimido um relevante elemento para a adequada compreensão da crise de efetivação dos direitos fundamentais.

A concretização dos direitos fundamentais demanda a implementação contínua e progressiva de políticas públicas dependentes dos recursos disponíveis. E esta assertiva abarca não só os direitos sociais, mas também os chamados direitos de liberdade. A concepção clássica que categoriza os direitos fundamentais em direitos de omissão e direitos de prestação do Estado não se mostra adequada para explicar a realidade.

A efetiva proteção do direito à propriedade, por exemplo, não demanda a mera inação do Estado como mecanismo para evitar a intervenção arbitrária e indevida na esfera de liberdade privada do sujeito, mas exige que o poder público disponibilize os meios (recursos) para efetivamente prevenir qualquer turbação a este direito individual, englobando, assim, a manutenção de um aparato policial, a criação de órgãos fiscalizadores e de um sistema de registro de imóveis, por exemplo. Não há, portanto, uma espécie de direitos puramente gratuitos<sup>111</sup>.

Por outro lado, trazendo os fatores econômicos e financeiros para dentro do discurso jurídico, Holmes e Sunstein demonstram que todos os direitos fundamentais, incluindo os típicos direitos de liberdade, podem ser afetados pela escassez de recursos.

Os autores “The Cost of Rights” desenvolvem tal tese com o objetivo primordial de desafiar o pensamento liberal predominante nos Estados Unidos, onde o sentimento de que o Estado não deve se “intrometer” na vida dos cidadãos é bastante difundido, tanto entre a sociedade civil quanto entre políticos e teóricos das mais diversas áreas<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> No mesmo sentido, Nagibe de Melo Jorge Neto afirma que “todo direito fundamental exige a intervenção estatal, a implementação de políticas públicas e o gasto público para que sejam minimamente observados”. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 40.

<sup>112</sup> Não custa lembrar o acirrado debate político instaurado nos Estados Unidos com a proposta do

Holmes e Sunstein, contudo, destroem o mito de que os direitos de liberdade, tão caros aos norte-americanos, não dependeriam de qualquer intervenção estatal:

Sem um governo eficiente, os cidadãos americanos não seriam capazes de usufruir a propriedade privada da forma como estão acostumados. Em verdade, eles iriam se aproveitar de poucos ou nenhum dos direitos individuais constitucionalmente garantidos. A liberdade pessoal, como os americanos a valorizam e vivenciam, pressupõe cooperação social gerenciada por agentes públicos. (tradução nossa)<sup>113</sup>

Os autores partem da premissa de que os *interesses* individuais tornam-se *direitos* somente quando o sistema legal garante a utilização de recursos coletivos para defendê-los. Um “direito” que fosse reconhecido, mas não efetivamente protegido e garantido, não passaria, então, de uma aspiração.

Os direitos, na metáfora de Holmes e Sunstein, têm dentes, o que significa dizer que direitos, no sentido legal, contam com mecanismos de proteção (*remedies*) – ao contrário, por exemplo, dos direitos *morais*, que não podem ser coercitivamente garantidos<sup>114</sup>.

Desta forma, até um direito essencialmente negativo – como o direito de não ser torturado – somente é levado a sério quando o Estado disponibiliza os mecanismos necessários para sua proteção. A tese central dos autores, portanto, orbita em torno da preocupação com a efetivação dos direitos e não sobre o discurso de justificação ou reconhecimento – e esta compreensão é essencial para o adequado entendimento da obra.

Como se sabe, a cada direito corresponde uma obrigação. O direito à

---

presidente Barack Obama para realizar uma profunda reforma no sistema de saúde do país. O projeto foi aprovado no início de 2010, com uma margem apertada de votos, e continua sendo objeto de ações judiciais e severas críticas.

<sup>113</sup> “Without effective government, American citizens would not be able to enjoy their private property in the way they do. Indeed, they would enjoy few or none of their constitutionally guaranteed individual rights. Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*, p. 14-15.

<sup>114</sup> “Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced.” *Ibidem*, p. 43.

liberdade de expressão, por exemplo, obriga o Estado a não censurar a manifestação do pensamento de qualquer cidadão e a proteger o indivíduo de eventuais pretensões censoras dos seus pares. O efetivo cumprimento desta obrigação exige a criação de mecanismos que permitam fiscalizar e punir violações ao referido direito, tanto por parte de terceiros quanto por parte dos agentes públicos. E a implementação de tais mecanismos, por óbvio, consome recursos públicos.

Sejam individuais ou coletivos, “negativos” ou “positivos”, os direitos implicam custos para o Estado. Holmes e Sunstein observam, porém, que tal constatação, apesar de sua lógica inquestionável, é, paradoxalmente, muitas vezes vista como uma ameaça à preservação e proteção dos direitos – percepção que, não se pode negar, possui forte motivação ideológica: ignorar o fato de que todos os direitos têm custos permite mascarar as importantes e trágicas escolhas que são feitas diariamente em relação à forma como os escassos recursos devem ser aplicados.<sup>115</sup>

Os autores explicam ainda que o *custo* de um direito não se confunde com o *valor* que a sociedade e o ordenamento jurídico a ele atribuem. Dizer que um direito é mais “importante” que outro para a comunidade não significa, necessariamente, dizer que aquele direito implica mais custos (*rectius*, recursos).

É certo que a teoria dos custos dos direitos desenvolvida por Holmes e Sunstein é fortemente inserida no contexto jurídico, econômico e cultural dos Estados Unidos. Contudo, o fenômeno observado pelos autores – a inexistência de direitos puramente negativos – se reproduz também no modelo brasileiro.

Galdino, um dos maiores defensores, entre nós, da teoria dos custos dos direitos, buscou avaliar as consequências das ideias de Holmes e Sunstein em um sistema constitucional no qual são reconhecidos e garantidos direitos individuais e sociais.

Com efeito, a teoria dos custos dos direitos não pretende apresentar soluções ou métodos para resolver demandas judiciais. O reconhecimento do *fato* de que todos os direitos têm custos abre apenas uma nova perspectiva no debate sobre a efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>115</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*, p. 24.

Neste contexto, Holmes e Sunstein suscitam uma série de questões adicionais, muitas delas intimamente relacionadas ao objeto do presente estudo e sobre as quais nos debruçaremos nos tópicos seguintes: Quanto os diversos direitos efetivamente custam? Quem deve decidir como empregar os recursos escassos na proteção dos mais variados direitos? Quais princípios devem ser considerados na alocação dos recursos públicos?

Neste momento, porém, faz-se oportuno estabelecer ainda algumas distinções essenciais.

A teoria dos custos dos direitos afasta-se da teoria da reserva do possível não apenas porque esta defende a dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos, enquanto aquela nega a existência de direitos puramente negativos. Em verdade, a diferença entre as duas teorias reside notadamente na premissa: enquanto a teoria da reserva do possível, especialmente em sua versão abrazeirada, parte do pressuposto de que os direitos fundamentais são *limitados* pela existência de recursos<sup>116</sup>, a teoria dos custos dos direitos defende que os direitos fundamentais são *concretizados* pela existência de recursos<sup>117</sup>.

A diferença parece tênue e, de fato, seria possível argumentar que as afirmações são logicamente equivalentes. Mas os desdobramentos teóricos das duas assertivas permitem compreender a distinção que ora se pretende apontar.

A teoria da reserva do possível assenta-se na ideia de que os direitos fundamentais são garantidos abstratamente em um grau *ótimo*, mas a sua concretização resta condicionada à disponibilidade de recursos financeiros ou humanos. A consequência lógica de tal assertiva é que uma demanda envolvendo pretensão relativa à concretização dos direitos sociais – e apenas destes – exigirá do Estado a *demonstração* do grau de possibilidade para o atendimento do pleito<sup>118</sup>.

Por sua vez, a teoria dos custos dos direitos parte da premissa de que os

---

<sup>116</sup> “Assim, a doutrina constitucionalista passou a reafirmar como critério fundamental o respeito à chamada ‘reserva do possível’ (Vorbehalt des Möglichen), como *limite* ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações”. CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação, p. 176.

<sup>117</sup> “(...) os custos não devem ser encarados como meros óbices à consecução dos direitos fundamentais, conforme se vem de há muito salientando. Não que tal consideração seja essencialmente errada. A questão é só de perspectiva. A perspectiva dos custos como meios parecemos mais construtiva.” GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos..., p. 233-234.

<sup>118</sup> “É, todavia, a própria administração que tem a obrigação de provar não possuir os recursos disponíveis para prover a prestação.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros, p. 545.

direitos somente são garantidos e concretizados quando há recursos disponíveis para tanto (“*ought implies can*”). Ao reconhecer que os recursos financeiros são o instrumento através do qual se efetivam os direitos, pode-se concluir que demandas atinentes à concretização de direitos fundamentais – sejam eles direitos de liberdade ou direitos prestacionais – devem levar em conta não só a existência de recursos, mas também as consequências da aplicação destes recursos no caso concreto.

Nas palavras de Flávio Galdino, “reconhecer um direito concretamente a uma pessoa – especialmente em termos de custos e benefícios – pode significar negar esse mesmo direito (concretamente) e talvez vários outros a muitas pessoas”<sup>119</sup>.

E aqui cabe apresentar a segunda distinção: a teoria dos custos dos direitos não se confunde com a análise econômica do direito pautada em critérios utilitaristas – tal como proposta por Richard Posner<sup>120</sup> – embora esta seja uma aproximação fácil.

Enquanto os adeptos do pensamento econômico do direito preocupam-se com a eficiência na aplicação dos recursos públicos, buscando mecanismos de otimização de resultados – muitas vezes desconectados de parâmetros éticos e axiológicos –, a teoria dos custos dos direitos propõe-se a descortinar um mito jurídico reiteradamente repetido e aceito como verdade: o de que nem todos os direitos têm custos e, portanto, aqueles que efetivamente custam algo devem estar condicionados à existência de recursos.

É preciso, desta forma, compreender que o legislador e a própria sociedade fazem escolhas políticas e valorativas reconhecendo a importância dos direitos de liberdade, o que exige um delicado equilíbrio na atuação do Estado para atender às pretensões que lhe são apresentadas no tocante à efetivação de *todos* os direitos fundamentais.

Da mesma forma, deve o Judiciário fazer um exercício de reflexão: se todos os direitos têm custos, porque este aspecto apenas é considerado quando se está diante de uma demanda referente aos direitos sociais? Uma postura coerente exigiria dos intérpretes que levassem a sério as limitações orçamentárias em todas

<sup>119</sup> GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos, p. 345.

<sup>120</sup> A obra referência de Richard Posner (cf. *Economic Analysis of Law*. 5th edition. New York: Aspen Publishers, 1998) é considerada por muitos o marco teórico da escola conhecida como *Law and Economics*, movimento que no Brasil se convencionou chamar de Análise Econômica do Direito.

as demandas que envolvam o Estado e não só naquelas em que se buscam prestações sociais – ou não deveriam considerar estas limitações financeiras em hipótese alguma, postura que, além de coerente, seria potencialmente irresponsável.

Assentamos, ao final deste tópico, a premissa de que todos os direitos fundamentais são custosos e não só aqueles tradicionalmente classificados como direitos sociais. Resta agora averiguar o que esta afirmação implica para o desenvolvimento de uma teoria da efetividade dos direitos sociais.

*a) A limitação de recursos como fator de ponderação à luz de Alexy.*

Como exposto no capítulo anterior, o modelo teórico proposto por Alexy funda-se na dicotomia normativa estabelecida a partir da identificação de regras e princípios no texto constitucional. As regras, afirma o jurista alemão, garantem direitos definitivos, enquanto os princípios estabelecem direitos apenas *prima facie*.

Os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, segundo a tese de Alexy, podem ser classificados como princípios – o que implica dizer que o reconhecimento de direitos sociais *definitivos* perpassa inexoravelmente por um juízo de sopesamento que permita verificar qual a maior medida possível de concretização do princípio dentro das limitações fáticas e jurídicas.

O modelo teórico de Alexy se aproxima, portanto, da teoria da reserva do possível, na medida em que um direito garantido *prima facie* será quase sempre mais amplo do que o direito que é definitivamente devido<sup>121</sup>.

Analisando especificamente o problema dos direitos sociais, Alexy assevera que a existência de recursos deve ser incluída como fator de sopesamento, uma vez que a característica essencial destes direitos é a onerosidade: “Todos os direitos sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas”<sup>122</sup>.

Alexy defende, ainda, que nem mesmo as regras de divisão de competência

---

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 514.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 510.

entre os poderes e as limitações orçamentárias podem ser encaradas como obstáculos absolutos para a atuação judicial. Tendo em vista que não existiriam princípios jurídicos absolutos<sup>123</sup>, todas as normas jurídicas estariam sujeitas ao sopesamento.

Desta forma, quando diante de um caso concreto envolvendo uma pretensão referente aos direitos fundamentais sociais, pode o julgador afastar eventuais limitações orçamentárias ou mesmo decisões políticas tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, se as peculiaridades do caso assim justificarem.

Cogo Leivas, filiando-se à teoria de Alexy, assevera:

Entretanto, esse princípio [da competência orçamentária do legislador], como, aliás, todos os demais princípios jusfundamentais, não são absolutos, uma vez que eles são restringíveis por outros princípios constitucionais. Direitos fundamentais sociais podem ter um peso maior que o princípio da competência orçamentária.<sup>124</sup>

Segundo o jurista alemão, portanto, as normas jurídicas que estabelecem a separação de poderes e as formalidades orçamentárias podem ser afastadas pelo julgador após um juízo de sopesamento com a norma de direito fundamental que se pretenda concretizar.

Desenvolvendo esta ideia, Alexy propõe um exemplo prático: quando diante de uma demanda relativa à efetivação do mínimo existencial, o julgador poderia atribuir um peso menor às regras que expressam “razões político-financeiras”<sup>125</sup> do Estado.

Esta posição tem sido defendida – com notáveis peculiaridades, vale ressaltar – por diversos teóricos brasileiros, entre os quais podemos citar Ingo Sarlet<sup>126</sup> e Ricardo Lobo Torres<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> Alexy afirma que nem o princípio da dignidade da pessoa humana goza de força absoluta perante os demais princípios. *Ibidem*, p. 111-114.

<sup>124</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais, p. 99.

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 513.

<sup>126</sup> “(...) embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações (como tem sido o caso de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros) e, portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional. As objeções atreladas à reserva do possível não

O mínimo existencial seria, para Alexy, um feixe de posições jurídicas privilegiadas por sua essencialidade em um Estado comprometido com a dignidade da pessoa humana. Embora a conclusão não seja dotada de um caráter absoluto, seria possível afirmar que, no sopesamento entre o mínimo existencial e as normas de competência orçamentária, o mínimo existencial possuiria um maior peso.

Mas essa afirmação traz consigo um novo problema: o que seria o mínimo existencial? Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, cabe aqui apenas a referência aos delineamentos gerais mais aceitos pela doutrina nacional, que identifica o mínimo existencial como o conjunto de prestações necessárias para garantir a existência humana digna, englobando as condições mínimas de sobrevivência (alimentação, saúde) e também as condições indispensáveis para a preservação das relações sociais (educação, acesso à cultura).<sup>128</sup>

De todo o exposto, pode-se concluir que o problema da viabilidade fática das pretensões é visto por Alexy como uma das variáveis que devem ser consideradas no juízo de sopesamento levado a cabo pelo intérprete/julgador. A inexistência de recursos materiais pode ser considerada como um fator limitante dos direitos sociais, tal qual postulado pela teoria da reserva financeira do possível, mas isto, em última instância, dependerá da ponderação realizada pelo julgador e das provas produzidas no processo.

*b) A limitação de recursos na perspectiva do direito como integridade.*

A tese do direito como integridade, construída por Dworkin e já apresentada no capítulo anterior, consiste em um modelo teórico que busca compreender o direito como um fenômeno social. Com base em uma concepção interpretativa do

---

poderão prevalecer nesta hipótese (...)". SARLET, Ingo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 36.

<sup>127</sup> O autor defende, inclusive, que apenas os direitos sociais inerentes ao mínimo existencial podem ser considerados verdadeiros direitos fundamentais ("Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial..."). TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 p. 41.

<sup>128</sup> Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial, p. 300-301; SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 318-320

direito, o autor propõe-se a analisar o papel atribuído aos juízes na solução dos chamados casos difíceis, quando não há uma resposta prontamente identificável.

Profundamente inserida no contexto dos ordenamentos anglo-saxões, a tese do direito como integridade desenvolve-se sobre conceitos e institutos pertencentes à cultura jurídica dos Estados Unidos que, como se sabe, é especialmente afastada da realidade brasileira no que toca à efetivação dos direitos sociais.

Ciente desta limitação, o presente estudo objetiva realizar uma análise sobre a efetividade dos direitos sociais *a partir* do conceito do direito como integridade. Trata-se de uma tentativa de aplicação da teoria que de forma alguma deve ser confundida com uma apresentação das ideias originais do próprio autor.

Feitas estas considerações iniciais, passamos agora à identificação dos aspectos do direito como integridade que podem auxiliar na compreensão do problema da efetividade dos direitos sociais.

O modelo do direito como integridade leva em consideração que regras e princípios são categorias normativas diferenciadas, porém, ao contrário de Alexy, Dworkin entende que os tipos normativos diferem entre si quanto ao *conteúdo* (notadamente pelo conteúdo axiológico inerente aos princípios, que refletem as “exigências de moralidade” da comunidade), mas não quanto aos efeitos jurídicos.

O que uma determinada norma impõe na solução de um dado caso concreto, seja ela uma regra ou um princípio, somente pode ser verificado a partir das condições e peculiaridades *daquele* caso. Em outras palavras: direitos não existem abstratamente.

Dworkin dedica especial atenção à força dos precedentes e à preservação de uma concepção harmônica e coerente sobre o direito. Neste contexto, a viabilidade fática das pretensões relativas aos direitos sociais se mostra relevante na medida em que à integridade do direito não aproveitam decisões judiciais inexecutáveis e irrealizáveis<sup>129</sup>.

Sendo assim, todos os dados e informações pertinentes para o conhecimento da demanda devem ser agregados ao processo interpretativo de

---

<sup>129</sup> Comentando os efeitos nefastos das promessas jurídicas não cumpridas, Flávio Galdino observa: “Essas promessas irrealizáveis no contexto de um Estado (dito de bem-estar social) ineficiente, embora tenham a função ideológica de promover a confiança nas instituições – a chamada ‘lealdade das massas’ –, acabam convertendo-se em fator de descrédito, com evidente desgaste do próprio discurso dos direitos fundamentais e indefectível instabilidade das instituições democráticas.” Introdução à teoria dos custos dos direitos, p. 339.

forma a viabilizar a descoberta do que é o direito no caso concreto – e aí se inclui o problema da limitação de recursos.

Por outro lado, uma vez que as categorias de direitos *definitivos* e direitos *prima facie* não são compatíveis com a tese do direito como integridade – para Dworkin, direitos são verdadeiros trunfos<sup>130</sup> – acreditamos que a teoria dos custos dos direitos permite tecer conexões melhores para o objetivo deste estudo do que a teoria da reserva do possível.

Com efeito, os próprios autores se dedicam a discutir alguns aspectos das ideias de Dworkin em sua obra. A partir da concepção de direitos como trunfos, Holmes e Sunstein afirmam que, embora não possam ser suplantados por qualquer interesse, os direitos não podem ser qualificados como absolutos. É bem verdade, dizem os autores, que Dworkin reconhece a necessidade de relativizar o caráter “absoluto” dos direitos para evitar choques entre direitos concorrentes, assim como a possibilidade de cerceamento de um direito fundamental em razão de interesses públicos urgentes.

No entanto, Holmes e Sunstein sustentam que a concepção dos direitos como trunfos negligencia outro importante fator de limitação dos direitos: a insuficiência de recursos<sup>131</sup>.

Embora Dworkin não tenha incluído a escassez de recursos como fator de argumentação em sua obra – como, de resto, já havíamos esclarecido no começo deste tópico – a teoria do direito como integridade não é de forma alguma incompatível com a teoria dos custos dos direitos. Aliás, a concepção interpretativa de Dworkin sobre o direito permite a análise de todas as variáveis relevantes no momento da aplicação da norma – o que abrange, segundo nosso entendimento, a disponibilidade de recursos.

Se a integridade lógica do sistema normativo pressupõe a exequibilidade das decisões judiciais, indubitável que a existência de recursos materiais (aí incluídos recursos financeiros, técnicos e humanos) é uma variável pertencente ao rol de aspectos que devem ser considerados pelo julgador/intérprete, especialmente ao se considerar a necessidade de universalização da medida (aspecto que será retomado no tópico a seguir).

---

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Introdução, XV.

<sup>131</sup> STEPHEN, Holmes; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights, p. 101.

O foco da questão reside, contudo, na forma como será conduzida a argumentação. Se os direitos têm custos, a existência de recursos disponíveis para o atendimento da demanda levada à apreciação do Poder Judiciário é um elemento que deve integrar o próprio direito.

Assim compreendida, a controvérsia deixa de impor exclusivamente ao Estado o ônus de *demonstrar* a impossibilidade de atendimento da demanda<sup>132</sup>. Caberá também ao autor argumentar que a sua pretensão possui fundamento jurídico relevante e que o Estado tem recursos para atendê-la.

E ao analisar estes argumentos, o julgador não deve ter em mente a vontade de redirecionar ou reformular políticas públicas, sob pena de incorrer em contradição com a etapa argumentativa já realizada previamente (análise da fundamentação jurídica); deve, isto sim, estar atento à interpretação dos dados que lhe foram levados para apreciação a partir dos princípios que mantêm coesa a comunidade.

Mais do que isso, a percepção de que *todos* os direitos têm custos impõe ao julgador uma postura mais responsável e conectada às necessidades públicas, devendo redobrar os cuidados para não substituir decisões políticas legítimas por suas próprias convicções pessoais a respeito da melhor forma de atender os interesses coletivos.

Quando se postula a necessidade de estar, o julgador/intérprete, atento às consequências de suas decisões, não se pretende estimular uma postura utilitarista ou discricionária. Ao contrário, as consequências que devem ser analisadas são apenas aquelas que podem afetar outros princípios e direitos<sup>133</sup>.

Em suma, ao final desta etapa do processo interpretativo, deve o julgador estar convencido de que o direito pleiteado judicialmente encontra-se amparado pelo ordenamento jurídico e pela possibilidade real de proteção de acordo com as possibilidades econômicas, sociais, morais e culturais da comunidade.

Diferentemente do modelo de Alexy, que oferece esquemas lógicos e

---

<sup>132</sup> Condição, aliás, que jamais será atendida satisfatoriamente, pois sempre será possível apelar para um remanejamento de recursos, como defende, entre outros, Andreas Krell na obra anteriormente citada.

<sup>133</sup> Alvaro Ricardo de Souza Cruz afirma: "Levar em conta a contingência da escassez de recursos, considerar a reserva do possível só é viável caso se proceda por meio de argumentos de princípio." Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 127.

fórmulas matemáticas para auxiliar o intérprete no exercício do sopesamento, a tese do direito como integridade aplicada ao problema da efetividade dos direitos sociais (e dos direitos fundamentais como um todo) não pretende apresentar respostas, mas sim orientar o julgador no processo nimiramente complexo de interpretação das normas constitucionais, com o objetivo central de eliminar a discricionariedade na judicialização de políticas públicas.

#### 4.2 A NECESSÁRIA UNIVERSALIZAÇÃO.

A análise relativa à possibilidade de universalização das pretensões levadas ao Poder Judiciário é apresentada como o filtro final a ser empregado pelo intérprete. Ao contrário das duas primeiras etapas de argumentação (fundamentação jurídica e viabilidade fática), a universalização da medida não se relaciona com modelos teóricos, como os de Alexy e Dworkin.

Sendo decorrência lógica e inafastável da própria natureza e fundamentação ética dos direitos fundamentais sociais, a potencial universalização das prestações sociais é um elemento que simplesmente *deve* ser levado em conta.

Com efeito, o acesso universal e igualitário aos recursos públicos encontra-se previsto em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 (art. 194, I, art. 196, art. 208, II, art. 212, §3º), tratando-se, portanto, de um verdadeiro cânone constitucional a guiar a atuação estatal na elaboração de políticas públicas.

Independentemente da teoria da igualdade acolhida pelo intérprete e tendo em vista os comandos constitucionais a respeito da universalidade e da igualdade, o problema da distribuição de recursos se faz presente de forma constante na efetivação dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo moral intrínseco. Com Pulido, pode-se afirmar que esses direitos são “posições que protegem as propriedades básicas do sujeito que lhe permitem interatuar com dignidade e liberdade em uma sociedade bem organizada”<sup>134</sup>. A tentativa de fundamentar e

---

<sup>134</sup> PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais – Uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio

conceituar direitos fundamentais exige do intérprete que recorra a conceitos dotados de forte carga moral e axiológica, como dignidade da pessoa humana, solidariedade e liberdade.

Os direitos sociais, em especial, apresentam-se conectados de forma indissolúvel a valores como dignidade e justiça. Embora possam ser fruídos individualmente, esses direitos possuem um caráter essencialmente coletivo, na medida em que se destinam à construção de sociedades mais justas e igualitárias – o que, é certo, somente se faz possível através de garantias individuais e direitos subjetivos, já que a comunidade não é, em si, portadora de necessidades ou titular de direitos.

O estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais permite constatar que o reconhecimento constitucional dos direitos ocorreu em etapas. Como se sabe, as primeiras constituições, influenciadas pelo ideal revolucionário francês, foram fortemente informadas pelo liberalismo. O Estado Liberal de Direito produziu constituições pródigas em reconhecer e assegurar os direitos fundamentais de defesa dos cidadãos, consagrando limites intransponíveis para a atuação estatal com o objetivo de afastar o fantasma ainda recente do Absolutismo.

O modelo ditado pelo liberalismo era baseado na ideia de que a plena liberdade de seus cidadãos conduziria à produção de uma sociedade justa, em que a livre disposição individual levaria à contraposição mais adequada entre pessoas com interesses antagônicos. No entanto, a realidade produzida por este modelo estatal apresentou aspectos tão nefastos que a premissa central do liberalismo já não conseguiria resistir a um breve passeio pelas ruelas de qualquer centro urbano da época.

Constatou-se, de forma cruel, que a desigualdade material entre os indivíduos inviabilizaria a realização da tão almejada liberdade – daí porque diversos autores defendem que os direitos sociais devem ser compreendidos como instrumentos para a concretização dos direitos de liberdade<sup>135</sup>.

Com a superação ideológica do liberalismo, estava aberto o caminho para o

---

Pereira de (Coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142.

<sup>135</sup> Pulido traz uma rica abordagem acerca da contraposição entre a tese da fundamentação independente e as concepções instrumentais dos direitos sociais. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais, p. 142-149.

desenvolvimento do Estado Social de Direito (Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*), o qual foi marcado pelo reconhecimento dos direitos sociais, ampliando sobremaneira as funções inerentes ao Poder Público. Sob esse modelo constitucional, a função primordial do Estado era suprir as necessidades e carências de seus cidadãos.

Desde o reconhecimento constitucional dos direitos sociais – fenômeno que teve forte expansão na segunda metade do século XX –, o tema tem sido objeto de constantes debates acadêmicos, sofrendo profundas renovações paradigmáticas como já demonstrado em momentos anteriores. Um fator, porém, tem se mantido sempre presente na discussão dos direitos sociais: o reconhecimento de seu componente ético, que os atrela às necessidades materiais básicas para a existência humana *digna*.

A justiça social, valor que se pretende concretizar com o reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais, tem sido objeto de atenção por filósofos e juristas há séculos – antes mesmo que se fundassem as bases para o constitucionalismo moderno.

Direitos sociais, entendidos como instrumentos para a realização da justiça social, relacionam-se com o direito que cada indivíduo tem de participar do bem comum e o seu respectivo dever de assegurar a igual participação dos demais membros da comunidade. Desta forma, embora sejam perfeitamente individualizáveis, esses direitos não perdem o elemento comunitário que lhes é próprio.

É justamente esta característica indelével que exige o alargamento da perspectiva nas demandas relativas à efetivação dos direitos sociais: além das circunstâncias do caso concreto, precisa o julgador estar atento também às questões de macrojustiça<sup>136</sup>. Esta ideia inicial será desenvolvida com mais rigor nos tópicos seguintes.

#### **4.2.1 O princípio da igualdade como ideia-guia.**

Já tivemos a oportunidade de defender que os direitos sociais relacionam-se

---

<sup>136</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo... p. 131.

com valores morais da comunidade e com a realização da justiça social. Da mesma forma, podemos afirmar com certa tranquilidade que o direito do cidadão de participar do bem comum – e o correlato dever de respeitar a participação dos demais membros da comunidade – há de ser guiado por parâmetros morais.

Para os fins do presente estudo, o princípio da igualdade revela-se como um dos principais parâmetros a ser observado na repartição dos recursos públicos – se não o primordial. Em uma sociedade organizada, marcada por preceitos éticos – a verdadeira comunidade de princípios referida por Dworkin – todos os indivíduos devem ser objeto de igual consideração e proteção<sup>137</sup>.

Mas o que se pode e deve entender por igualdade? A doutrina clássica focou-se, durante muito tempo, no estudo do direito à igualdade em seu sentido formal, que veda discriminações ou tratamento diferenciado entre duas pessoas que se encontrem na mesma situação (frequentemente traduzido pelo enunciado “todos são iguais perante a lei”).

Essa, porém, é apenas uma das facetas do direito à igualdade e não esgota o seu conteúdo. A partir do momento em que se assume um compromisso com a justiça social e com a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade não pode se satisfazer com postulados formais. Como bem observa Jorge Reis Novais:

O legislador democrático do Estado social sente-se já não apenas autorizado, mas também obrigado, a atender às diferenças reais entre as pessoas, a preocupar-se não tanto com a forma, mas com os resultados, a não se satisfazer com a norma geral e abstrata que, tratando da mesma forma o milionário e o mendigo, encobria e criava desigualdade e injustiça.<sup>138</sup>

Trata-se do reconhecimento de que as desigualdades materiais entre os indivíduos devem ensejar tratamentos diferenciados. Não uma diferenciação ou discriminação arbitrária, mas que esteja comprometida com a eliminação dessas

---

<sup>137</sup> “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania (...)”. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Introdução, IX.

<sup>138</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 104.

desigualdades.

Não basta, portanto, o mero reconhecimento formal de que todos os cidadãos são titulares de direitos fundamentais. É preciso que tais direitos sejam progressivamente concretizados, é preciso assegurar a todos *igualdade de recursos*.

O Estado Social exige, assim, uma leitura mais ampla do direito à igualdade. Enquanto a igualdade formal demanda uma postura negativa do Estado, proibindo-lhe de estipular qualquer forma de discriminação, a igualdade material se concretiza através do estabelecimento de tratamentos diferenciados que visem à eliminação das desigualdades, à equiparação fática (e não meramente legal) entre os indivíduos.

Aliás, como já vimos anteriormente, a Constituição Federal de 1988 estabelece como objetivo fundamental do Estado brasileiro a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais – objetivo que somente se concretizará por meio de políticas públicas e ações afirmativas voltadas para os grupos mais desfavorecidos, o que importa em acesso privilegiado aos bens públicos.

Se é verdade que o princípio da igualdade impõe ao Estado o dever de adotar tratamentos diferenciados para situações diferenciadas, não menos verdade é que o estabelecimento de critérios e parâmetros para a distribuição de recursos públicos nestes casos é deveras complexo e demanda a formulação de uma teoria da igualdade, assunto sobre o qual nos debruçaremos a seguir.

#### *a) A análise de Ronald Dworkin sobre a teoria da igualdade.*

Dworkin desenvolveu um minucioso estudo sobre o conteúdo da igualdade. Na série de 4 ensaios intitulada “What is Equality?”, o autor procurou abordar o tema sob diversos aspectos, como as teorias da igualdade, as relações entre igualdade e liberdade e o problema da igualdade política na democracia. Para os objetivos desta dissertação, focaremos nossa atenção especialmente nas duas primeiras partes do ensaio, onde são analisadas as principais concepções sobre a teoria da igualdade.

Inicialmente<sup>139</sup>, Dworkin esclarece que a questão da igualdade política (ou igualdade de poder) não será apreciada nessa parte inicial do trabalho, na qual pretende analisar apenas o problema do tratamento igualitário no acesso aos recursos (*distributional equality*)<sup>140</sup>.

O autor afirma que existem duas principais teorias<sup>141</sup> sobre a melhor forma de atender o princípio da igualdade através da distribuição de recursos, as quais denomina de igualdade de bem-estar (*equality of welfare*) e igualdade de recursos (*equality of resources*).

Dworkin apresenta essas teorias a partir de um caso hipotético tão simples quanto esclarecedor. Um homem que possui vários filhos precisa fazer seu testamento para distribuir seus bens entre os herdeiros. Os filhos, porém, apresentam características muito diferenciadas entre si: um deles é cego, outro possui gostos muito caros, o terceiro é um futuro político com grandes ambições, o quarto é um poeta que não deseja luxo ou bens materiais e assim por diante. Como esse homem deveria realizar a distribuição de seus bens de forma a obedecer aos preceitos da igualdade?

A teoria da igualdade de bem-estar tem como principal característica a atribuição de valores extrínsecos aos recursos que devem ser distribuídos: os recursos são considerados valiosos na medida em que contribuem para o bem-estar dos indivíduos. Os seus defensores acreditam que a simples distribuição de recursos sem qualquer atenção à questão do bem-estar não é uma medida capaz de atender as exigências da igualdade, configurando uma verdadeira confusão entre meios e fins.

De acordo com esta teoria, portanto, o pai do exemplo de Dworkin deveria distribuir seus bens de acordo com o que cada um de seus filhos necessita para atingir um nível igual de bem-estar. O portador de deficiência visual precisa, decerto,

---

<sup>139</sup> DWORKIN, Ronald. What is equality? Part 1: Equality of welfare. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No. 3 (Summer, 1981).

<sup>140</sup> Todas as considerações feitas anteriormente no que concerne à inserção da teoria de Dworkin em um contexto econômico, jurídico e cultural bem delimitado são agora renovadas. Ao enfrentar o problema da distribuição de recursos, o autor lida com institutos bastante distintos do sistema jurídico brasileiro, especialmente no que concerne ao papel atribuído ao Estado (nos Estados Unidos, as concepções liberais não foram superadas), mas a tese central de sua obra permanece válida, com as adaptações necessárias, por óbvio.

<sup>141</sup> Na verdade, o autor esclarece que analisará diversas teorias da igualdade, as quais podem ser agrupadas em duas categorias mais abrangentes e que não esgotam todas as versões existentes.

de mais recursos para levar uma vida *feliz* do que o poeta despretenso.

O autor, porém, tece severas críticas à teoria da igualdade de bem-estar. De fato, a maior parte das pessoas concordaria com a decisão do pai de deixar mais bens para o filho cego. Mas e o que dizer do filho com gostos caros? O fato de gostar de bebidas importadas ou comidas extravagantes poderia justificar o recebimento de uma parcela maior do que a destinada aos outros irmãos?

Dworkin passa então a examinar as diversas formas de compreender o conceito de bem-estar. A primeira concepção exposta é aquela que pode ser chamada de teoria do bem-estar baseada no êxito, que define o bem-estar de uma pessoa como a capacidade que ela tem de realizar suas preferências, ambições e objetivos.

A segunda forma de compreender o bem-estar consiste na teoria do estado de consciência. A igualdade de bem-estar associada a esta concepção postula que a distribuição de recursos deve tentar deixar os indivíduos em iguais condições em relação a algum aspecto ou qualidade de suas vidas conscientes: o nível de prazer e redução do sofrimento, como proposto por Bentham, por exemplo. Há ainda uma terceira classe de teoria do bem-estar, chamada por Dworkin de concepções objetivas e que não são objeto de tanta atenção quanto as duas primeiras.

Ao analisar as teorias do êxito, Dworkin esclarece que o sucesso individual pode ser auferido em diferentes níveis: comumente, as pessoas têm preferências e desejos sobre questões políticas, sobre questões gerais e sobre questões pessoais.

Comentando o êxito sobre questões políticas, Dworkin argumenta que em sociedades complexas como as contemporâneas seria impossível estabelecer um grau definitivo de igualdade baseado no sucesso das preferências políticas. Mesmo que se fosse possível superar as dificuldades práticas inerentes a tal concepção, ainda assim a teoria seria pouco atrativa: a ideia de que a insatisfação decorrente de uma frustração na esfera das preferências políticas deva ser compensada com uma maior participação nos bens públicos causa imediata objeção.

Excluindo da teoria do êxito as preferências políticas, Dworkin passa então a analisar as chamadas preferências impessoais. Uma primeira objeção sustenta que a igualdade simplesmente não exige que as pessoas tenham o mesmo grau de sucesso em suas preferências ou desejos gerais e impessoais: se alguém realmente deseja que seja encontrada vida em Marte, por exemplo, a não concretização dessa

vontade não conduz a uma necessidade moral de compensar sua frustração com maiores chances de êxito em outros aspectos.

Resta examinar apenas as questões inerentes ao êxito nas preferências e ambições pessoais. E aqui surge uma nova dificuldade teórica: as pessoas reagem de forma diferente ao sucesso ou ao fracasso e a própria sensação de êxito pessoal não é garantida pelo simples fato de que alguém alcançou um objetivo. As pessoas fazem escolhas ao longo de toda a vida e esperam ser bem-sucedidas em suas opções. Mas mesmo que alguém alcance todos os seus objetivos previamente traçados, isto não significa automaticamente que ele se sentirá realizado: o bem-estar, nesta concepção, seria dependente de uma série de convicções filosóficas pessoais.

A teoria do bem-estar baseada no êxito mostrou-se incapaz de oferecer uma interpretação razoável para as exigências da igualdade e Dworkin passa a analisar a teoria do estado de consciência – e aqui basta referenciar que a maior parte dos argumentos contrários à utilização do êxito pessoal como medida do bem-estar se aplica também à utilização dos sentimentos de satisfação/insatisfação para esse fim.

Em relação às concepções objetivas do bem-estar, Dworkin assevera que as tentativas de escapar do subjetivismo das versões anteriores não é bem sucedida. Isto porque qualquer tentativa de julgar objetivamente o grau de sucesso ou insatisfação pessoal deve se basear em suposições a respeito de quais recursos um indivíduo deve ter à sua disposição para levar a vida que desejar: alguém pode se lamentar por não ter realizado um desejo ou ambição apenas se fosse justo que ele tivesse os recursos necessários para alcançar sua meta. A concepção objetiva do bem-estar social exige, portanto, uma teoria independente sobre a distribuição justa e não se mostra capaz de justificar porque um indivíduo deve receber mais recursos do que o outro.

A partir da análise das três formas de teoria do bem-estar, é possível afirmar que as críticas de Dworkin baseiam-se em dois aspectos que podem ser forçadamente resumidos da seguinte forma: a) o elevado subjetivismo na identificação dos elementos importantes ou satisfatórios em uma sociedade complexa e heterogênea conduz não só à impossibilidade de uma distribuição igualitária, como também a resultados contrários ao senso de justiça; e b) a dificuldade de estabelecer os critérios (ou fontes de bem-estar) que devem ser

levados em consideração nesse hipotético cálculo do grau de bem-estar conduz a uma argumentação cíclica: a verificação do bem-estar pressupõe, ela mesma, uma teoria independente sobre quais recursos uma pessoa deveria ter para levar sua vida de forma satisfatória.

O jus-filósofo americano considera, portanto, que embora o bem-estar seja um valor individual e coletivo digno de proteção, não seria correto ou mesmo aconselhável utilizá-lo como uma meta capaz de determinar os parâmetros através dos quais será realizada a distribuição de recursos.

Na segunda parte do ensaio, Dworkin volta sua atenção para a teoria da igualdade de recursos – aquela que, segundo sua visão, tem melhores condições de garantir a igualdade em sociedades complexas como as contemporâneas. Afastadas as propostas de igualdade de bem-estar, o autor assume como legítima a realização da igualdade a partir do critério da distribuição de recursos. O problema passa a ser, contudo, identificar os mecanismos que permitam realizar a distribuição de forma igualitária.

Como proposta de solução para o problema, Dworkin recorre a uma nova situação hipotética e bastante simplificada: a distribuição dos recursos poderia ser realizada nos moldes de um leilão, onde todos os participantes estão em absoluta igualdade de condições<sup>142</sup> e poderão escolher sua parcela de recursos de modo que, ao final da distribuição, nenhum dos indivíduos desejasse receber o quinhão de outra pessoa ao invés do seu (o que Dworkin refere por *envy test*). Em suas palavras:

A igualdade de recursos pressupõe que os recursos devotados à vida de cada indivíduo devem ser iguais. Esta meta exige uma forma de aferição. O leilão propõe o que o teste da inveja de fato indica, isto é, que a verdadeira medida dos recursos sociais dedicados à vida de uma pessoa é fixada pela importância que estes recursos têm para os outros. O leilão demonstra que o custo, medido desta forma, simboliza o sentimento de cada pessoa a respeito do que é seu por direito e o julgamento individual sobre qual vida ela deveria

---

<sup>142</sup> É certo que a aplicação prática da teoria, especialmente na realidade brasileira, exige a adoção de uma postura cautelosa e que acrescente mecanismos estatais de compensação para sanar as situações em que os participantes não estão em igualdade de condições.

levar, tendo em consideração aquele comando de justiça. (tradução livre)<sup>143</sup>

As duas teorias são apresentadas aqui de maneira forçadamente resumida<sup>144</sup>. Porém, adotamos com Dworkin a premissa de que a igualdade de recursos é a única forma adequada de compreender e operacionalizar o direito à igualdade em sociedades complexas.

O autor ressalta, entretanto, que a sua proposta do leilão como teste de validação para a distribuição de recursos tem objetivos essencialmente teóricos. Apesar de não se dedicar a criar um modelo satisfatório de leilão *real* que pudesse ser aplicado em sociedades muito mais complexas do que a simbólica comunidade de naufragos, Dworkin acredita que o teste do leilão é valioso não só do ponto de vista teórico: pode-se averiguar, em relação a qualquer distribuição de recursos levada a cabo no mundo real, se ela seria compatível em tese com a distribuição que poderia ser auferida em um leilão “ideal” a partir de uma descrição razoável das condições iniciais.

Partindo ainda do pressuposto de que as pessoas que se encontram nas mesmas condições, segundo os critérios pré-estabelecidos, *devem* ser destinatárias da mesma quantidade de recursos, tem-se que a efetivação dos direitos fundamentais pela via judicial encontra-se umbilicalmente ligada ao problema da distribuição igualitária de recursos.

A teoria da igualdade assim compreendida, quando aplicada ao problema da judicialização dos direitos sociais, justifica a inescapável conclusão de que a prestação exigida do Poder Público há de ser universalizável. Não se trata, porém, de uma universalização abstrata e incondicionada – critério que raramente poderia ser atendido – mas sim da possibilidade (jurídica e fática) de extensão da medida a

---

<sup>143</sup> “Equality of resources supposes that the resources devoted to each person's life should be equal. That goal needs a metric. The auction proposes what the envy test in fact assumes, that the true measure of the social resources devoted to the life of one person is fixed by asking how important, in fact, that resource is for others. It insists that the cost, measured in that way, figure in each person's sense of what is rightly his and in each person's judgment of what life he should lead, given that command of justice.” DWORKIN, Ronald. What is equality? Part 2: Equality of resources. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No. 4 (Autumn, 1981), p. 289.

<sup>144</sup> A exposição da teoria igualitária de Dworkin é feita nesta obra em apertada síntese, apenas para permitir o desenvolvimento de argumentos já apresentados. Para uma abordagem mais detida sobre o assunto: FURQUIM, Lilian de Toni. *O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin*. Tese de Doutorado, USP, 2010. Disponível em: <<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/fr.php>>>

todos os indivíduos que se encontrem em igualdade de condições.

Indubitável que esse aspecto há de ser objeto de apreciação pelos poderes políticos na formatação de políticas públicas: sendo certo que os direitos fundamentais exigem recursos públicos para sua efetivação e estando o Estado comprometido com a concretização da igualdade em seu sentido amplo, as escolhas políticas devem ser fruto de um longo e amadurecido processo de reflexão acerca da melhor forma (em outras palavras, da forma mais *igualitária*) de empregar as verbas disponíveis.

Essa reflexão, porém, não pode ser restringida ao Legislativo e ao Executivo. O Poder Judiciário também deve estar comprometido com o princípio da igualdade e suas imposições constitucionais, o que igualmente demanda a opção por uma teoria da igualdade. A seguir desenvolveremos breves considerações a respeito do papel desempenhado pelos julgadores nas demandas de direitos sociais à luz daquele princípio.

#### **4.2.2 O direito como mecanismo de redistribuição de recursos públicos: uma análise a partir do conceito de justiça distributiva.**

A justiça distributiva relaciona-se com a apropriação dos bens comuns ou indivisíveis pelos membros da sociedade<sup>145</sup>. Trata-se de um conceito que mantém intrínseca relação com a justiça social (embora com ela não se confunda) e o princípio da igualdade.

Em regra, o Estado promove a justiça distributiva através das políticas públicas que, como dito nos tópicos anteriores, devem ter o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e garantir condições dignas de vida para *todos*.

Numa sociedade essencialmente desigual, as políticas públicas devem priorizar os grupos menos favorecidos, não importando, para a verificação da validade de tal assertiva, quais os critérios adotados para a identificação dos mais necessitados.

---

<sup>145</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais: Teoria e Prática, p. 142.

Tais critérios, porém, além de racionais, devem ser legítimos<sup>146</sup>. O processo de deliberação política pressupõe que os diversos interesses passíveis de proteção estatal tenham sido levados em conta pelos representantes eleitos para a definição das políticas públicas, o que, considerando a incontornável insuficiência de recursos, implica em escolhas baseadas em argumentos de prioridade: a construção de um posto de saúde pode ser mais urgente que a compra de medicamentos de alto custo, por exemplo.

Através dessas escolhas, baseadas em critérios racionais, legítimos e submetidos à discussão política, o Estado realiza a distribuição de recursos públicos segundo os preceitos da justiça social.

Quando o cidadão submete uma pretensão a uma determinada prestação a cargo do Estado ao Poder Judiciário, o que ele está argumentado (ou, pelo menos, deveria argumentar), em essência, é que a distribuição de recursos tal como levada a cabo pelo Estado não está em conformidade com os preceitos da igualdade, pois não foram considerados os direitos de todos os cidadãos que, como ele, necessitam da prestação pleiteada.

Essa é, segundo a posição aqui defendida, a única forma adequada de compreensão do problema da judicialização dos direitos sociais, pois ao mesmo tempo em que garante a legitimidade do Poder Judiciário para apreciação da demanda, fornece os parâmetros adequados para a decisão judicial.

No contexto acima apresentado, o julgador está legitimado para decidir porque os argumentos invocados pela parte são verdadeiros argumentos de princípio: o direito ao tratamento igualitário e a realização da justiça social são valores tutelados constitucionalmente, que subordinam não só os poderes políticos, como também o Poder Judiciário.

Por outro lado, os parâmetros para a decisão judicial restam também esclarecidos: cabe ao julgador apreciar se o direito ao igual respeito e consideração foi observado no caso concreto e se as escolhas políticas preenchem os requisitos

---

<sup>146</sup> “Na nossa ordem constitucional, é possível afirmar que há legitimidade dos critérios eleitos quando eles se coadunam com o escopo de promoção da existência digna de cada um dos indivíduos. Não é demais reasseverarmos que o consenso democrático (ou pelo menos a maioria), que deve embasar todas as escolhas políticas, funda-se na reciprocidade do reconhecimento de que os demais cidadãos são dotados da mesma dignidade e dos mesmos direitos e deveres autoatribuídos.” CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

de validade (critérios racionais e legítimos).

Caso a resposta encontrada ao final da investigação realizada pelo julgador aponte para a efetiva violação do direito à igualdade na distribuição dos recursos públicos, a atuação do Poder Judiciário não só estará legitimada, como também imposta pelo ordenamento constitucional. Em sentido contrário, uma eventual intervenção judicial servirá apenas para substituir os critérios políticos legítimos pelas convicções pessoais do próprio julgador.

É certo, contudo, que os casos reais se apresentam de forma muito mais complexa e intrincada do que a descrição simplificadora acima. Mas os parâmetros oferecidos não têm o objetivo de indicar respostas *definitivas* e *definidas*, como muitas vezes já se disse. Os argumentos ora expostos são oferecidos ao julgador apenas como um guia. Ao invés de fórmulas, balizas.

Por outro lado, a apreensão das demandas referentes aos direitos sociais segundo a exposição analítica agora proposta possui a vantagem de trazer para dentro de processos individuais as questões de macrojustiça. O direito pleiteado, apesar de individual, possui fundamentos éticos e jurídicos que exigem uma fundamentação mais ampla: todos os indivíduos que se encontram na mesma situação em que o demandante são potenciais titulares da mesma pretensão, e os preceitos da igualdade e da justiça social exigem que recebam, *todos*, o mesmo tratamento.

Daí a importância de o intérprete levantar a questão referente à possibilidade de universalização da medida. Mesmo que o indivíduo possua uma *pretensão* legítima, se não for possível, em tese, garantir o atendimento da pretensão de todos os demais indivíduos que se encontram nas mesmas condições, então não se estará diante de um *direito*<sup>147</sup>, porque não atendida a exigência de tratamento igualitário que é, em última instância, o fundamento da própria comunidade.

Isto porque o papel atribuído ao Poder Judiciário deve ser secundário em matéria de distribuição de recursos públicos: a instância primária para as decisões de políticas públicas é a seara política. Tomadas as decisões, cabe ao Poder Judiciário apreciá-las, quando provocado, segundo sua *constitucionalidade*. Não cabe ao julgador formular novas políticas de redistribuição de recursos segundo critérios pessoais. E, o mais importante: não deve o Poder Judiciário contribuir para

---

<sup>147</sup> O termo direito é aqui empregado na acepção que lhe confere Dworkin: como um trunfo.

o aprofundamento das desigualdades sociais, influenciando de forma açodada e irrefletida no complexo balanceamento de recursos.

Como visto no capítulo inicial deste estudo, os contornos atuais da judicialização de direitos sociais no Brasil favorecem, tragicamente, uma postura individualista tanto das partes quanto do julgador. O predomínio das ações coletivas está longe de se tornar uma realidade.

É preciso reconhecer, portanto, que o Poder Judiciário ainda tenta adequar-se a nova fase vivida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de valorização das tutelas coletivas e de evidente preocupação com questões sociais e, como afirma José Reinaldo de Lima Lopes, que “o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais”<sup>148</sup>.

Diversos estudos, analisados previamente no capítulo inicial dessa dissertação, demonstram que a judicialização de políticas públicas, tal como vem sendo conduzida no Brasil, tem causado males maiores do que os benefícios que pretende assegurar, notadamente quando se pretende averiguar a realização da justiça distributiva.

O acesso privilegiado ao Poder Judiciário, ainda sendo uma realidade distante das classes menos favorecidas, tem conduzido a uma inversão perversa: a grande maioria dos beneficiários de decisões judiciais que garantem uma prestação a cargo do Estado pertence às classes menos necessitadas do auxílio estatal. Será este o modelo de justiça distributiva imposto pela Constituição de 1988? A resposta, certamente, há de ser negativa.

A mudança desse panorama perpassa pela alteração da forma como a argumentação jurídica é conduzida. A se continuar omitindo das demandas judiciais aspectos importantes como as consequências das decisões na distribuição dos recursos públicos, o caminho da judicialização dos direitos sociais no Brasil continuará conduzindo a situações de flagrante e insustentável injustiça.

---

<sup>148</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, p. 136 – destaque do autor.

## 5. A OPÇÃO PELO MODELO DE DWORKIN: POR UMA POSTURA JUDICIAL MENOS DISCRICIONÁRIA.

Neste capítulo final, cabe identificar o modelo teórico que, segundo nosso entendimento, melhor se adapta à realidade e ao ordenamento jurídico brasileiros.

A leitura atenta dos capítulos anteriores já permite, decerto, antever a posição que defenderemos nos parágrafos seguintes: o modelo mais satisfatório para a compreensão das demandas atinentes à efetivação dos direitos sociais é o proposto por Dworkin.

É certo, porém, que as teses de Alexy contam com grande aceitação na doutrina brasileira e também na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal – razão pela qual nos dedicaremos a analisar com mais rigor os graves problemas que se apresentam àqueles que trabalham com o modelo do jurista alemão.

### 5.1 A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES.

A principal crítica à utilização do modelo de Alexy no Brasil diz respeito à importação da chamada *jurisprudência dos valores* alemã. Ao definir princípios como mandamentos de otimização que impõem a realização de algo na maior medida possível, Alexy aproxima princípios jurídicos dos objetivos e valores constitucionais.

Segundo o autor, dois aspectos militam em favor do reconhecimento de que princípios e valores estão intrinsecamente relacionados: se, por um lado, tanto princípios quanto valores podem ser submetidos a um modelo de colisão e sopesamento, por outro, os conflitos existentes não importam na exclusão definitiva de um princípio ou valor, uma vez que ambos são realizados gradativamente (ao contrário das regras, que são realizadas segundo o esquema do “tudo ou nada”)<sup>149</sup>.

Embora se esforce para estabelecer a diferença conceitual entre princípios e valores, Alexy acaba por relegar esta distinção a um segundo plano, negando-lhe efeitos práticos:

---

<sup>149</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 144.

No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios.<sup>150</sup>

Como já destacado anteriormente, se o “melhor” é também o “constitucionalmente devido” para Alexy, o julgador estaria então legitimado a decidir qual é a *melhor* maneira de concretizar os direitos sociais, recorrendo, para tanto, aos mecanismos de sopesamento entre princípios colidentes.

Quando diante de um conflito entre princípios, o jurista deve realizar um juízo de ponderação para decidir, em face das circunstâncias daquele caso, qual princípio (ou valor) deve prevalecer. Para “afastar” a discricionariedade das decisões judiciais, os defensores desse modelo suscitam a existência de uma *ordem concreta de valores*<sup>151</sup> compartilhada pela sociedade.

O problema, contudo, é que tal ordem concreta de valores é uma falácia. Em um eventual conflito entre liberdade de expressão e direito à privacidade, por exemplo, sempre haverá defensores inclinados para os dois lados – ou para quantos “lados” for possível imaginar. Recorrendo a argumentos do tipo “*Dadas as condições do presente caso, a ordem constitucional prioriza a liberdade de expressão como o melhor para a sociedade*”, o julgador está apenas omitindo do discurso jurídico uma pré-compreensão pessoal.

A argumentação jurídica, assim conduzida, serve de subterfúgio para legitimar o subjetivismo das decisões. Substituir *liberdade de expressão* por *direito à privacidade* no argumento acima exposto não afetaria a coerência do discurso e nem retiraria a “força” da ponderação realizada.

Em outras palavras: os juízos de ponderação defendidos por Alexy abrem

---

<sup>150</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 153.

<sup>151</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. (Org.). Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 261.

espaço para que as decisões judiciais sejam pautadas pelos valores (pessoais, é claro) do julgador. Deixa-se de discutir o *direito* para discutir o que é *melhor* para a sociedade na opinião do intérprete

Na doutrina nacional, as críticas à importação da jurisprudência dos valores pelo Supremo Tribunal Federal são inúmeras e certeiras. Comentando o famoso caso Ellwanger, Cattoni de Oliveira demonstra as distorções decorrentes de uma fundamentação baseada no juízo de ponderação, expondo como os mesmos argumentos foram utilizados por vários ministros para defender posições antagônicas sobre a “importância” dos valores conflitantes, omitindo-se no debate a verdadeira questão central: o que as normas jurídicas determinavam para a solução daquele caso?<sup>152</sup>

Com efeito, o modelo de Alexy, fundado na aproximação entre princípios e valores e na crença de que os direitos podem ser realizados de forma gradual, conduz o intérprete a um tipo de argumentação que dificilmente pode ser avaliada segundo critérios de legitimidade. A fundamentação última de uma decisão baseada na ponderação será a preferência do julgador por um ou outro princípio (ou valor).

O mais grave problema da ponderação de valores, como bem aponta Álvaro Ricardo de Souza Cruz, consiste na confusão entre o discurso de justificação e o discurso de aplicação<sup>153</sup>: ao decidir o que é o *melhor* para a sociedade, o Poder Judiciário se transformaria, inexoravelmente, em uma segunda instância legislativa muito mais descentralizada e contraditória.

A ampla aceitação que as ideias de Alexy gozam na doutrina nacional, no entanto, tem provocado importante renovação paradigmática na discussão acerca da efetivação dos direitos sociais: a doutrina das “questões políticas”, utilizada por muito tempo como escudo impenetrável na defesa das decisões governamentais, já não encontra eco na jurisprudência.

O novo paradigma, porém, profundamente conectado às ideias do jurista alemão, não se mostra mais adequado que o anterior. O modelo da jurisprudência dos valores garante ao julgador um passe livre para criar, reformular ou invalidar decisões políticas, desde que isso assegure o melhor atendimento dos preceitos

---

<sup>152</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência, p. 264.

<sup>153</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica jurídica e(m) debate..., p. 304.

constitucionais.

As decisões judiciais que se escoram em juízos de ponderação entre princípios, com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade, dificilmente passariam incólumes por uma análise baseada nas etapas argumentativas apresentadas na presente dissertação, sendo certo que a argumentação desenvolvida a partir de elementos políticos e pragmáticos serve apenas como um disfarce mais elaborado para a discricionariedade judicial.

No mais, o modelo de Alexy é frequentemente aplicado para solucionar colisões entre um direito fundamental e o princípio da separação dos poderes ou da reserva orçamentária. Para estes casos, o próprio Alexy cuidou de indicar a diretriz a ser seguida, como já vimos em momento oportuno.

Mas essa, segundo nossa visão, é uma maneira nimiamente simplificada de enfrentar o problema da efetivação dos direitos sociais. As demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário frequentemente exigem a apreciação de diversos princípios: uma pretensão relativa ao direito à saúde, educação ou moradia não concorre apenas com princípios administrativos ou orçamentários, mas também com pretensões e direitos de outros grupos e indivíduos. A construção da equação de sopesamento nesses casos seria, por si só, um enorme desafio.

O modelo de Dworkin, por outro lado, oferece-nos uma proposta mais adequada e satisfatória para a compreensão do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais. Ao estabelecer que a legitimidade das decisões judiciais está atrelada à utilização de argumentos de princípio, Dworkin contribui para a eliminação – ou, ao menos, redução – da discricionariedade nas decisões judiciais, um grave problema que deve ser enfrentado por aqueles que se dedicam ao estudo da judicialização de políticas públicas.

O juiz de Dworkin deve buscar suas respostas no próprio ordenamento jurídico. Não cabe a ele definir qual o melhor caminho para a sociedade ou quais os valores mais relevantes, mas sim investigar as normas jurídicas em sua totalidade com o único objetivo de descobrir o que o direito impõe para a solução do caso concreto.

No modelo do direito como integridade, princípios não colidem entre si: eles concorrem. E a decisão judicial não decorre de um sopesamento entre princípios concorrentes, mas sim da análise sistêmica do ordenamento jurídico.

Dworkin afirma, ainda, que as respostas certas devem ser *possíveis*. Segundo o autor, devemos acreditar que nosso ordenamento jurídico realmente forma um conjunto coerente e equilibrado de princípios, que podem ser ordenados e harmonizados através de constantes processos interpretativos. Acreditar na teoria contrária, de que os princípios são contraditórios e rivais entre si, faria ruir a noção de comunidade que se encontra na base de justificação dos direitos sociais.

É certo que a tese da resposta certa defendida por Dworkin conta com grande rejeição. Contudo, boa parte das críticas dirigidas à teoria do direito como integridade funda-se em uma compreensão equivocada das ideias de Dworkin.

Como exposto no terceiro capítulo desta dissertação, é possível que dois intérpretes guiados pelo valor da integridade ponham em prática a atitude interpretativa proposta por Dworkin. Os dois seguirão os mesmos estágios interpretativos e as etapas argumentativas enfrentados por Hércules, o juiz ideal. E, ao final da empreitada, poderão chegar a respostas distintas sobre o que é verdadeiramente o direito. Cada um deles acreditará que possui a resposta correta – uma resposta capaz de atender à integridade do conjunto de princípios que une a comunidade e que seja, na medida do possível, justa e equitativa.

Um dos grandes méritos da teoria do direito como integridade consiste na afirmação de que a prática jurídica encontra-se em um permanente processo de desenvolvimento. Para Dworkin, o direito como integridade exige uma atitude interpretativa constante: além de se oferecer aos juízes como uma interpretação do direito, exige que os juízes, ao se verem diante de casos difíceis, façam novos exames interpretativos da doutrina jurídica. O direito como integridade não oferece um programa fechado de deliberação judicial, mas afirma que o melhor modo de chegar a uma decisão correta é através de uma nova aplicação interpretativa.

Nas palavras do autor: “O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”<sup>154</sup>. O direito como integridade pede ao juiz que está diante de um caso difícil que continue interpretando o mesmo objeto – estabelecendo, assim, uma distinção essencial com a teoria de Alexy: ao encontrar a *melhor* resposta para o caso concreto segundo a ordem de valores emanada da Constituição, o intérprete

---

<sup>154</sup> Dworkin, Ronald. O Império do Direito, p. 273.

estará, inevitavelmente, diante de um argumento último, que não permite novas interpretações ou reformulações a não ser que haja uma ruptura com a premissa, isto é, uma mudança na ordem concreta de valores.

Souza Cruz, filiando-se à tese da resposta correta de Dworkin, demonstra que a ideia do autor não é criar um catálogo de respostas certas que possa ser consultado sempre que o julgador se encontrar diante de um caso difícil, mas “está na essência de como os operadores do Direito tratam as demandas e expectativas sociais de comportamento, ou seja, se os mesmos levam de fato os direitos a sério”<sup>155</sup>.

Em verdade, o próprio Dworkin afirma que as respostas certas não são demonstráveis ou definitivas. Se alguém espera fórmulas capazes de conduzir todos os intérpretes a respostas idênticas, então certamente a teoria do direito como integridade não será uma proposta satisfatória – como, aliás, nenhuma outra poderia ser.

O modelo de Dworkin, antes de respostas prontas, oferece ao julgador um caminho que exige a assunção de um compromisso teórico e pessoal com a superação do subjetivismo e da discricionariedade. O juiz Hércules deve sujeitar-se a um constante processo de auto-controle para evitar que suas crenças e desejos pessoais se sobreponham ao direito – e este, sem dúvidas, já é um passo bastante significativo em direção à harmonização das decisões judiciais, especialmente no que toca à judicialização de políticas públicas.

## 5.2 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS.

A abertura para a discricionariedade judicial não é, porém, o único problema que vislumbramos no modelo de Alexy. O jurista alemão desenvolve sua tese sobre o postulado de que não existem princípios absolutos: até o princípio da dignidade da pessoa humana pode entrar em colisão com outros princípios e ser submetido a um juízo de sopesamento.

---

<sup>155</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate...*, p. 244.

Nesse ponto, a teoria de Alexy parece dar um passo atrás no processo de concretização e proteção dos direitos fundamentais. Embora reconheça que a dignidade da pessoa humana é um valor que dificilmente seria ultrapassado em um ordenamento jurídico contemporâneo, Alexy deixa a porta aberta para convidados indesejados e oportunistas.

O argumento em favor da relativização dos princípios jurídicos, especialmente daqueles que garantem e protegem direitos fundamentais, não favorece a luta pela efetivação dos direitos humanos. E Alexy permite essa relativização em face de fatores tanto jurídicos quanto fáticos ou políticos.

Se a dignidade da pessoa humana não é um princípio (ou valor) absoluto, assim como todas as demais normas de direitos fundamentais, então ela pode ser afastada em benefício de outro princípio “conflitante”, desde que este seja o resultado de um juízo de ponderação – e os riscos inerentes a esse argumento são incalculáveis, tanto no que concerne à proteção de direitos individuais quanto em relação à efetivação de direitos sociais.

Por outro lado, a concepção dos princípios como mandamentos de otimização reflete também a tendência relativista ora criticada. A categoria de direitos *prima facie* possui o forte inconveniente de gerar expectativas não realizáveis, diluindo a confiança da sociedade no instituto dos direitos fundamentais e no Estado.

No modelo de Alexy as demandas relativas aos direitos sociais são frequentemente resolvidas através de um sopesamento entre a norma de direito fundamental (princípio) e normas que expressam razões políticas ou administrativas do Estado. Abstratamente, o cidadão acredita possuir um direito tutelado por normas constitucionais. A efetivação desse “direito”, contudo, está condicionada a uma série de fatores, sendo possível que o resultado final da demanda aponte para uma proteção inferior àquela esperada (e prometida) ou mesmo para nenhuma proteção.

O modelo de Dworkin, por sua vez, não trabalha com argumentos de relativização. Direitos são direitos. E nessa afirmação não há margem para “porém”. A dificuldade do intérprete será tão somente a de identificar os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico em cada caso concreto – uma árdua tarefa, é bem verdade. Uma vez identificados, no entanto, os direitos devem ser concretizados e protegidos. Se o resultado da demanda for desfavorável ao demandante, não será

porque o Estado apresentou razões mais importantes que o direito pretendido: será, isto sim, porque a pretensão do demandante não correspondia, de fato, a um direito.

### 5.3 INDIVÍDUO X SOCIEDADE: UMA QUESTÃO DE ENFOQUE.

O modelo de Alexy, segundo nossa concepção, apresenta ainda uma terceira desvantagem em relação ao modelo de Dworkin: o favorecimento do individualismo.

No item anterior, argumentamos que a teoria de Alexy pode reduzir a confiança da sociedade no instituto dos direitos fundamentais. Associadas, no Brasil, à doutrina da reserva do possível, as ideias do autor alemão tendem a apresentar o Estado como um obstáculo à efetivação dos direitos.

Os direitos *prima facie*, como dissemos, são percebidos e incorporados pela sociedade como promessas de proteção. Abstratamente, todos possuem direitos em grau máximo. A realização desses direitos, entretanto, é que fica condicionada às possibilidades reais do Estado, que deverão ser consideradas pelo julgador na equação de sopesamento.

A questão que agora se coloca consiste em compreender como o indivíduo racionaliza e aceita uma decisão que lhe nega um direito que deveria, em tese, ser assegurado em grau máximo.

Esse problema não seria de fato um *problema* se se concordasse com a existência de uma ordem concreta de valores compartilhada pela sociedade. Nessa hipótese, caberia ao julgador fundamentar sua decisão com a argumentação de que o direito pretendido pelo autor importaria em limitação desproporcional, desnecessária ou inadequada a um valor oposto, o qual deveria prevalecer no caso determinado por gozar de primazia na ordem concreta de valores da sociedade.

Se o cidadão realmente acreditasse e aceitasse a existência dessa ordem concreta de valores (e não só a aceitasse como uma ideia, mas aceitasse também a própria ordem indicada pelo julgador), não haveria maiores dificuldades em compreender as razões determinantes do indeferimento de sua pretensão.

Digamos, porém, que o demandante, assim como nós, não acreditasse na

existência de uma tal ordem concreta de valores – ou, ao menos, não aceitasse a ordem identificada pelo magistrado. O que aquela decisão judicial significaria para ele? Que os seus valores não correspondem aos valores da sociedade? Que os seus valores não devem ser considerados pelo julgador? Cattoni de Oliveira resume bem o argumento:

(...) só haveria democracia, nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham, ou tenham de compartilhar, de um modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, uma mesma concepção de vida e de mundo. Ou, o que também é incorreto, que os interesses majoritários de uns devem prevalecer, de forma utilitarista, sobre os interesses minoritários de outros, quebrando, assim, o princípio de reconhecimento recíproco de igual direito de liberdade a todos.<sup>156</sup>

Afastando-se do princípio que garante a todos igual proteção e consideração, a argumentação judicial assim desenvolvida afrontaria os elementos que mantêm a comunidade íntegra e coesa. Se os seus valores pessoais não correspondem aos valores da sociedade e, por isso, não recebem equivalente proteção, o que manteria o indivíduo ligado à comunidade? O que justificaria o seu dever de solidariedade e respeito com os demais indivíduos e sua obrigação de contribuir para o bem comum?

A confusão entre princípios jurídicos e valores no modelo de Alexy faz ruir a base de sustentação teórica da sociedade e do Estado, favorecendo sentimentos individualistas. De um sistema unitário de grupos com interesses antagônicos onde todos são ouvidos e respeitados, a sociedade passaria a ser compreendida como uma verdadeira guerra entre facções rivais que tentam impor sua própria ordem de valores e interesses.

A participação de todos os grupos sociais na vida política é favorável ao amadurecimento da democracia. Todos devem tentar fazer valer seus ideais e valores – e o âmbito correto e legítimo para tanto é a esfera do debate político,

---

<sup>156</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência, p. 264.

público e amplamente participativo.

O modelo de Dworkin favorece a participação política dos indivíduos na comunidade. O autor afirma que o modelo do direito como integridade somente tem lugar em uma comunidade de princípios (que não se confunde com a comunidade de valores), na qual os membros se vêm ligados intrinsecamente por um conjunto de princípios comuns, que estabelecem direitos e deveres entre eles ainda que não tenham sido previstos expressamente em nenhuma norma e que observam a concepção inicial de que todos os indivíduos devem receber a mesma consideração e respeito.

Estes princípios comuns devem ser preservados e o intérprete do direito tem o dever de buscar a coerência e o equilíbrio do “sistema” sempre que estes princípios entrem em tensão em um caso concreto.

Os principais argumentos de Dworkin conjugam-se, então, para garantir a legitimidade das decisões judiciais em casos difíceis, com o objetivo de angariar a aceitação da sociedade, inclusive daqueles indivíduos que tiveram uma pretensão não atendida, pois mesmo que não concordem pessoalmente com a decisão apontada pelo intérprete, os indivíduos devem reconhecer como válidos os princípios jurídicos que estão na base da decisão e devem sentir que o intérprete buscou garantir a integridade do ordenamento jurídico. Qualquer decisão essencialmente discricionária, neste contexto, será prontamente rechaçada.

Nas demandas referentes à efetivação de direitos sociais, especialmente, isto implica a compreensão de que as pretensões individuais não são obstaculizadas ou limitadas pela prevalência de um valor antagônico, mas são tuteladas na exata medida em que o conjunto harmônico de princípios da comunidade determina, inclusive com a consideração das decisões políticas tomadas anteriormente pela comunidade acerca da distribuição de recursos. Mais uma vez, a diferença é tênue, porém significativa.

#### 5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Todos os fatores acima comentados nos levam à conclusão de que a

concepção do direito como integridade é a forma mais adequada de compreender o direito e o papel do julgador em uma sociedade complexa e multifacetada, em que os interesses dos membros da comunidade muitas vezes serão divergentes e o problema da efetivação dos direitos sociais assume especial relevo.

Não há dúvidas de que a judicialização dos direitos sociais pode servir como instrumento de redução das desigualdades sociais e da miséria humana, problemas tão sensíveis para a sociedade brasileira. Contudo, o desejo de realizar um dos objetivos fundamentais do Estado não confere ao julgador a possibilidade de decidir emocionalmente questões técnicas.

Por outro lado, a legitimidade das decisões judiciais sobre direitos sociais há de ser avaliada à luz de uma concepção mais geral sobre o que é o direito, qual o papel da Administração Pública e do Juiz e também sobre a hermenêutica constitucional. Segundo a posição que ora defendemos, a teoria do direito como integridade oferece uma compreensão mais adequada sobre essas questões.

O intérprete que se depara com uma demanda atinente à efetivação de direitos sociais e se propõe a empregar a tese do direito como integridade compromete-se com i) a eliminação da discricionariedade judicial, ii) a preservação da harmonia e coerência do sistema de princípios jurídicos, iii) a valorização da comunidade e de suas decisões políticas, iv) a realização da justiça social segundo os preceitos da igualdade e v) a efetividade das decisões judiciais.

Diante da ausência de critérios objetivos que hoje permeia a jurisprudência nacional a respeito do tema, a concepção do direito como integridade revela-se capaz de proteger a confiança depositada pela sociedade no Poder Judiciário, contribuindo para a harmonização jurisprudencial sem importar no esvaziamento de conteúdo dos direitos sociais.

## 6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente dissertação partiu da percepção de que a forma como a judicialização dos direitos sociais no Brasil tem sido levada a cabo é capaz de gerar distorções que inviabilizam a própria efetivação dos direitos.

Fortemente conectados a elementos do pensamento positivista clássico, muitos juristas ainda apegam-se a propostas classificatórias insustentáveis (como a que divide as normas jurídicas segundo critérios de eficácia) ou a ideais puristas inalcançáveis (como a crença de que a efetividade das normas não deve ser prejudicada por aspectos alheios ao *mundo jurídico*).

Com a convicção de que grande parte das decisões judiciais em demandas que envolvem direitos sociais é fruto de uma compreensão inadequada e incompleta sobre o problema – uma visão que reduz questões de políticas públicas a uma falaciosa oposição entre um direito individual constitucionalmente amparado e a negativa estatal de efetivação desse direito –, dedicamo-nos a analisar algumas das principais características da judicialização dos direitos sociais no Brasil e verificamos que algumas das críticas suscitadas contra a intervenção do Poder Judiciário são, de fato, relevantes.

O predomínio das ações individuais e a falta de critérios mais rigorosos para guiar a intervenção judicial têm conduzido a uma nefasta inversão na distribuição de recursos públicos: a grande maioria dos beneficiários das decisões judiciais pertence à camada populacional que menos necessita do apoio estatal.

Ocorre, porém, que o modelo teórico que se encontra na base das decisões criticadas é incapaz de oferecer respostas adequadas. As categorias típicas do pensamento positivista não se mostram adequadas para descrever e enquadrar as complexas demandas sociais levadas diariamente à apreciação do Poder Judiciário. Propusemos, então, uma alteração na forma como a argumentação jurídica deve ser conduzida em casos tais.

Após examinar vários critérios propostos por juristas brasileiros que se dedicaram ao estudo do tema e baseando-nos em uma compreensão abrangente do texto constitucional, apresentamos três etapas argumentativas que devem ser percorridas pelo intérprete que se depara com uma demanda referente aos direitos fundamentais sociais. Cada questionamento proposto possui o objetivo de auxiliar o

juiz a ultrapassar os muros do positivismo e a escapar de fórmulas reducionistas fáceis e, por isso mesmo, tão tentadoras quanto equivocadas.

Seguindo a nossa proposta, a primeira pergunta que o intérprete/juiz deve se fazer diz respeito à fundamentação jurídica do pedido. Nessa etapa inicial, podem ser afastadas as pretensões que não estejam fundadas em argumentos pertinentes ao ordenamento jurídico brasileiro.

A seguir, cabe ao juiz averiguar a exequibilidade da prestação pleiteada, não devendo, porém, limitar-se a aspectos financeiros ou orçamentários: aqui, há de se investigar a disponibilidade de recursos técnicos, financeiros e humanos para o atendimento da medida.

Por fim, deve o juiz questionar-se sobre a possibilidade de universalização da prestação exigida do Estado a todos os indivíduos que se encontram em igualdade de condições e que dela necessitam, diminuindo, assim, o risco de agravar as desigualdades sociais através da destinação de recursos públicos em favor de parcela reduzida da população.

Tendo formulado os questionamentos que devem servir de base para a argumentação jurídica em demandas sobre direitos sociais, passamos a analisar como modelos teóricos distintos podem ser utilizados para responder às perguntas apresentadas. Optamos por expor as ideias centrais de dois autores de suma importância para o pensamento jurídico contemporâneo, o estadunidense Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, juristas comumente enquadrados sob o epíteto de “pós-positivistas”.

As ideias de Alexy contam com grande aceitação na doutrina nacional, sendo possível perceber os reflexos de sua teoria dos direitos fundamentais em inúmeras decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. A obra do jurista alemão funda-se em uma classificação binária, que divide o ordenamento jurídico em princípios e regras. Os princípios se identificam com os valores e objetivos constitucionais e constituem verdadeiros mandamentos de otimização que exigem do juiz a concretização do direito pleiteado na *maior medida possível*. As regras, por sua vez, impõem obrigações específicas e definitivas.

O modelo de Dworkin, em apertada síntese, baseia-se em uma compreensão diferenciada sobre a natureza do direito: o jus-filósofo americano defende que o direito é uma prática social dinâmica, que exige um processo

interpretativo permanente e que somente diante das peculiaridades do caso concreto faz-se possível interpretar e aplicar a norma jurídica de forma a preservar a coerência entre os princípios que integram o ordenamento jurídico.

Procuramos demonstrar, nos dois capítulos centrais, que a opção por um dos modelos apresentados conduz, inevitavelmente, a conclusões distintas e até mesmo opostas. Em linhas gerais, pode-se afirmar que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy confere ao julgador legitimidade para decidir com base em argumentos que tradicionalmente seriam classificados como “argumentos de política” – isto porque, ao identificar princípios jurídicos com valores e objetivos constitucionais, Alexy reveste essa espécie de argumento de caráter jurídico.

Dworkin, por sua vez, rechaça qualquer possibilidade de que a decisão judicial *legítima* possa fundar-se em argumentos políticos. Os princípios, para Dworkin, possuem um significado diferente: são normas com forte carga moral e que informam o ordenamento jurídico como um todo. A sua concepção do direito como integridade, por outro lado, exige que o intérprete busque suas respostas dentro do próprio sistema jurídico, ao qual não pertencem os argumentos de política.

O modelo de Alexy traz ainda o conceito de direitos subjetivos *prima facie* e definitivo. Na medida em que os princípios configuram mandamentos de otimização, os direitos deles decorrentes são, *a priori*, direitos *prima facie*, que podem ou não ser garantidos definitivamente diante das particularidades do caso concreto. Abstratamente, o princípio exige que um determinado valor ou objetivo seja realizado em grau máximo, porém a sua concretização ficará condicionada às circunstâncias reais, podendo resultar em uma proteção definitiva inferior à que se esperava abstratamente.

As ideias de Alexy fundam-se em uma peculiar concepção de direitos subjetivos: para o autor alemão, a exigibilidade judicial não é uma característica essencial e inexorável dos *direitos*. Dworkin, em posição diametralmente oposta, conceitua os direitos como verdadeiros trunfos do indivíduo perante o Estado ou terceiros: se o indivíduo é titular de um direito, então deve o julgador aplicá-lo e protegê-lo.

Esta significativa diferença conduz a resultados opostos também no que tange ao problema da exequibilidade: segundo a visão de Alexy, grande parte dos dispositivos constitucionais brasileiros sobre direitos sociais garantiriam apenas

direitos *prima facie*, os quais poderiam ser “restringidos” no caso concreto através de um juízo de ponderação com outros princípios e valores, conjugando-se, desta forma, com a doutrina da reserva do possível; no modelo de Dworkin, o problema da viabilidade fática da medida postulada deve ser uma das variáveis que integra o rol de aspectos que o juiz Hércules é obrigado a apreciar conjuntamente, mas, uma vez configurado o direito (uma imposição inarredável do ordenamento jurídico como uma unidade coerente e harmônica), não resta margem para o Estado suscitar uma eventual limitação de recursos.

O último aspecto, intrinsecamente relacionado com o segundo, consiste na possibilidade de universalização da medida – uma exigência do princípio da igualdade e expressamente prevista em diversos dispositivos constitucionais – e se impõe em virtude da constatação de que a intervenção judicial na concretização dos direitos sociais é uma forma de interferir na distribuição dos recursos públicos.

A partir da teoria igualitária de Dworkin, pautada na verificação da igualdade de recursos, pode-se afirmar que a possibilidade de universalização da medida postulada é condição *sine qua non* para a legitimidade da decisão judicial e a única forma de evitar que o Poder Judiciário se transforme em instrumento para o aprofundamento das desigualdades sociais.

Com efeito, as diferenças entre os dois modelos teóricos são profundas e a judicialização dos direitos sociais assumirá feições muito distintas caso seja compreendida à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy ou do conceito do direito como integridade de Dworkin.

Considerando as sensíveis particularidades que cada um desses modelos teóricos é capaz de imprimir ao fenômeno estudado, no último capítulo nos dedicamos a expor e justificar as razões determinantes da nossa opção pelas teorias de Dworkin.

A preocupação de Dworkin com a eliminação da discricionariedade nas decisões judiciais é, sem dúvidas, um aspecto com grandes implicações para o fenômeno da judicialização dos direitos sociais. A própria tentativa de encontrar critérios legítimos para auxiliar o julgador que se encontra diante de uma demanda sobre direitos sociais, tarefa a que nos propusemos ao longo deste estudo, é fruto da preocupação com os problemas gerados pela ausência de parâmetros coerentes nas decisões judiciais. E o modelo de Alexy, por outro lado, é um convite à

discricionariedade judicial – mesmo que seja uma discricionariedade em grau fraco, como defendem muitos de seus adeptos.

Ao final da presente dissertação, o modelo do direito como integridade parece-nos a maneira mais adequada de compreender e interpretar o direito como um todo e especialmente o controle judicial dos direitos sociais. Preservar a harmonia e a coerência dos princípios jurídicos, zelar pela efetividade das decisões judiciais, buscar a forma mais igualitária de distribuir recursos públicos e escapar de promessas jurídicas irrealizáveis parece-nos o melhor caminho para proteger a confiança depositada pela sociedade no Poder Judiciário. E o descrédito, para o direito, pode equivaler a uma sentença de morte...

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2008

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?**, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 15, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf/supremacia\\_interesse\\_publico.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf/supremacia_interesse_publico.pdf)>. Acesso em: 23/01/2011.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça Social e Distributiva**: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2008

DIAS, Jean Carlos. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 4).

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **What is Equality?** Part 1: Equality of Welfare. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No. 3 (Summer, 1981), 185-246.

\_\_\_\_\_. **What is Equality?** Part 2: Equality of Resources. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No. 4 (Autumn, 1981), 283-345.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 5).

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Temas Fundamentais de Direito, v. 1).

FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**.

Tese de Doutorado, USP, 2010. Disponível em: <<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/fr.php>>>. Acesso em 10/01/2011.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**: Uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: Why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**: Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

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

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. **Em torno da reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: Orçamento e "reserva do*

*possível*". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Editora 34, 2004.

MARTINHO RODRIGUES, Sandra. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem.** Coimbra: Almedina, 2005.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil.** In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Org.). *A Eficácia dos Direitos Sociais.* I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência.** In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. (Org.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PANSIERI, Flávio. **Direitos fundamentais sociais como categoria jurídica e sua multifuncionalidade.** In: COUTINHO, Aldacy et al. (Org.). *Liber Amicorum - Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes.* Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. **Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a "Existem direitos sociais?" de Fernando Atria.** In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: Orçamento e "reserva do possível".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Sociais entre Dever de Progressiva Realização (e proteção) e Proibição de Retrocesso: Desafios e Perspectivas.** In: COUTINHO, Aldacy et al. (Org.). *Liber Amicorum - Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes.* Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora, 2009

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse**

público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais. Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação.** Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to give to the Rich:** the individualistic enforcement of social rights. Paper apresentado ao VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Atenas, 2007. Disponível em: <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20Oda%20Silva.pdf>>. Acesso em 25/04/2011.

\_\_\_\_\_. **O Judiciário e as políticas públicas:** entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Princípios e regras:** mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003.

\_\_\_\_\_; TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Claiming the Right to Health in Brazilian Courts:** The Exclusion of the Already Excluded. *Law and Social Inquiry*, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1133620>>. Acesso em 12/01/2011.

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

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil.** In: *Revista de Saúde Pública*, vol. 41, nº 2, 2007.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.