

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ICJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

CAROLINA BASTOS LIMA PAES

**O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS APLICADO À JUDICIALIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA PARA A SUPERAÇÃO
DE LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

BELÉM - PARÁ

2015

CAROLINA BASTOS LIMA PAES

**O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS APLICADO À JUDICIALIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA PARA A SUPERAÇÃO
DE LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – Área de Concentração: Direitos Humanos, sob a orientação do Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Inclusão Social.

BELÉM - PARÁ

2015

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFPA

Paes, Carolina Bastos Lima, 1983-

O liberalismo de princípios aplicado à
judicialização dos direitos sociais fundamentais: uma
proposta para a superação de limites de atuação do poder
judiciário / Carolina Bastos Lima Paes. - 2015.

Orientador: José Claudio Monteiro de Brito
Filho.

Dissertação (Mestrado) - Universidade
Federal do Pará, Instituto de Ciências
Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito,
Belém, 2015.

1. Direitos fundamentais. 2. Liberalismo. 3.
Direitos sociais. 4. Poder Judiciário. I.
Título.

CDD CDDir: 4.ed.. ed. 341.27

CAROLINA BASTOS LIMA PAES

**O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS APLICADO À JUDICIALIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA PARA A SUPERAÇÃO
DE LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – Área de Concentração: Direitos Humanos, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Inclusão Social.

Belém, 18 / 12 / 2015.

Conceito: _____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho
(Orientador)
Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Pará

Profa. Dra. Juliana Rodrigues Freitas
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará
Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito do
Centro Universitário do Estado do Pará

BELÉM - PARÁ

2015

Aos meus sobrinhos, Lucas e Joaquim,
donos dos meus sorrisos fáceis.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família: minhas irmãs, Janaina e Juliana Bastos Lima Paes, e minha mãe, Silvia Regina Nobre Moreira Bastos, a quem dedico um reconhecimento especial, por ter me preparado, e por me fazer acreditar que eu sou capaz de conseguir tudo aquilo que eu vier a almejar. São elas que, de uma forma ou de outra, estão por trás de todas as minhas conquistas.

Aos meus sobrinhos, Lucas Bastos Tobelem e Joaquim Bastos Lisboa, obrigada por toda a leveza que trouxeram para nossas vidas.

Também agradeço, com um carinho especial, ao meu orientador, o Professor Doutor José Claudio Monteiro de Brito Filho, pela oportunidade de fazer este curso de mestrado, que eu tanto desejava, por tudo o que me ensinou ao longo destes dois anos, pelo exemplo de profissional que se tornou para mim e, fundamentalmente, pela competência e disponibilidade. Quem dera todos os alunos de pós-graduação recebessem retorno tão rápido, e completo, para todo e qualquer pedido de orientação, além de correções detalhadas ao longo de todo o processo de elaboração do trabalho de conclusão. Eu tive essa sorte, e sou muito grata.

Registro a minha gratidão, ainda, a todos os demais Professores, e também aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, o que faço na pessoa do Professor Doutor Antonio Gomes Moreira Maués, que tem a minha profunda admiração desde quando eu cursava a graduação em Direito, mas de quem só agora, no curso de mestrado, eu tive a honra de ser aluna. Agradeço ao Professor Maués não só por todo o conhecimento que tão competentemente me transmitiu, mas, especialmente, pela disponibilidade e pelo reconhecimento, que, apesar da minha pouca intimidade com a pesquisa acadêmica, incentivaram-me a seguir em frente.

Obrigada à minha chefe, Ana Salett Marques Gulli, pela compreensão e pelo apoio, e aos meus colegas da Procuradoria Federal Especializada junto à Superintendência Estadual da Fundação Nacional de Saúde de São Paulo, por terem assumido as minhas atribuições profissionais durante estes dois últimos meses, para que eu pudesse me licenciar do trabalho e, assim, concluir a redação desta dissertação com mais tranquilidade.

Na pessoa de Virgínia Araújo de Oliveira, eu agradeço a todos os meus amigos, por compartilharem comigo de todos os momentos da minha vida, e por se

alegrarem com as minhas vitórias. Tenho a sorte de ter amigos sempre presentes, ainda que fisicamente distantes.

Obrigada também a todos os meus colegas de turma do curso de mestrado, por todos os momentos de dedicação e de muito trabalho, mas também de descontração, que vivemos juntos. Em especial, agradeço à Rafaela Teixeira Sena Neves, pela paciente ajuda no meu retorno à vida acadêmica, e pela bela amizade que construímos ao longo destes dois anos. Ela é um presente, que farei questão de manter por perto.

Ao Hermann Duarte Ribeiro Filho, obrigada também pela amizade, mas, especialmente, pela parceria, que não apenas me poupou de uma competição desnecessária, mas tornou esta jornada um pouco mais fácil.

Por fim, e sempre, eu agradeço a Deus, por todos os maravilhosos planos que Ele fez para a minha vida, e por ter colocado no meu caminho cada uma dessas pessoas que mencionei aqui.

Obrigada!

²⁵ Para que não haja divisão no corpo, mas antes tenham os membros igual cuidado uns dos outros.

²⁶ De maneira que, se um membro padece, todos os membros padecem com ele; e, se um membro é honrado, todos os membros se regozijam com ele.

I CORÍNTIOS 12: 25-26

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, e trouxe um extenso rol de direitos e garantias fundamentais a serem respeitados e implementados pelo Estado, com absoluta prioridade, na qualidade de instrumentos para a promoção desse princípio fundamental. Dentre os direitos constitucionalmente assegurados aos indivíduos, figuram os direitos sociais fundamentais, que se prestam a fornecer as condições materiais básicas de que necessitam todos os indivíduos para elaborar e perseguir, livre e conscientemente, o seu plano individual de vida. A realização prática desses direitos de cunho econômico e social, todavia, não vem atendendo a contento às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, nem nas vias legislativas e administrativas, nem em sede judicial. Isso porque, não raramente, a existência ou, pelo menos, o gozo dos direitos sociais permanecem condicionados à disponibilidade de recursos públicos suficientes para fazer frente aos custos da sua implementação. A partir deste problema, a presente dissertação pretende buscar o aperfeiçoamento da atuação do Poder Judiciário, no exercício da sua tarefa de garantir concretude às normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais. Para tanto, buscar-se-á amparo teórico no liberalismo de princípios, mais especificamente, na teoria da justiça como equidade, de John Rawls, com a complementação ofertada pela igualdade de recursos, de Ronald Dworkin, e pela igualdade de capacidades, de Amartya Sen, em substituição ao utilitarismo que orienta não apenas a elaboração e a execução das políticas públicas sociais, como também a intervenção judicial nessas políticas, nos moldes em que esta frequentemente se apresenta. O objetivo é permitir o desvio da atenção dos órgãos judiciais, até então voltada para o bem-estar da coletividade, agora na direção do indivíduo, de forma que venham a ser superados os limites de atuação do Poder Judiciário, para que, então, ao menos nessa instância extraordinária, o Estado possa ser compelido a satisfazer, em níveis adequados, as necessidades básicas de todos os indivíduos, em fiel cumprimento aos seus deveres constitucionais.

Palavras-chave: Liberalismo de princípios. Direitos sociais fundamentais. Poder Judiciário. Limites. Superação.

ABSTRACT

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil has enshrined the dignity of the human person as one of its fundamentals, and has brought forth a vast amount of fundamental rights and guarantees to be applied and implemented by the State, with maximum priority, as instruments for the fostering of this fundamental principle. Among the constitutionally guaranteed rights to the individual, are the fundamental social rights, which aim to provide basic material conditions to all individuals in order for them to draw up and pursue, in a free and conscious way, their individual life plan. However, the practical implementation of those economical and social rights has not sufficiently met the demands set by the human dignity principle, neither through legislative and administrative means nor in judicial seat. This happens because, more often than not, the existence of the social rights, if not their enjoyment, remain conditioned to the availability of enough public resources to cover the costs of its implementation. Starting from this problem, the current dissertation aims to improve the actions of the Judiciary in the exercise of its goal of guaranteeing solidity to the constitutional norms that define the fundamental social rights. Towards this end, theoretical support is found in the liberalism of principles, more specifically, in the theory of justice as equity, by John Rawls, with complement offered by the equality of resources, by Ronald Dworkin, and by equality of capabilities, by Amartya Sen, instead of the utilitarianism that guides not only the elaboration and execution of social policies, but also the judicial intervention in these policies, in the manner in which it often comes forward. The goal is to allow the diversion of the attention of the judicial authorities, until now focused on the collective well-being, towards the individual, in a way in which the limits of action of the Judiciary can be overcome, for, then, at least in this extraordinary way, the State can be made to answer, in adequate levels, the basic needs of all individuals, in true accomplishment of its constitutional duties.

Keywords: Liberalism of principles. Fundamental social rights. Judiciary. Limits. Overcoming.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS	20
1.1 A justiça como equidade	22
1.2 A igualdade de recursos	29
1.3 A igualdade de capacidades	35
1.4 O fundamento teórico para a adequada judicialização dos direitos sociais fundamentais	39
2 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS	45
2.1 A dignidade da pessoa humana enquanto unidade de sentido dos direitos fundamentais	45
2.2 A fundamentalidade dos direitos sociais: condições de exercício e aperfeiçoamento das liberdades básicas	51
2.3 A eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais	59
2.4 O papel dos direitos fundamentais e do Poder Judiciário em uma democracia constitucional	65
3 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS	73
3.1 O argumento da escassez de recursos materiais: decisões alocativas para a implementação dos direitos sociais na <i>reserva do possível</i>	73
3.2 O utilitarismo por trás das políticas públicas sociais	84
3.3 Os limites de atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais fundamentais e a imperiosidade de sua superação	92
CONCLUSÃO: REPENSANDO A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS, EM BUSCA DA SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES BÁSICAS DE TODOS OS INDIVÍDUOS	112
REFERÊNCIAS	127

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil. Desta forma, o constituinte optou pelo ser humano enquanto elemento central do Estado, que, assim, passou a ser uma instituição voltada para a consecução do bem-estar do homem.

Esta ideia se encontra presente em inúmeras passagens do texto constitucional, mas se materializa, com maior clareza, no fato de o constituinte ter reservado um espaço considerável da norma jurídica suprema do Estado, que é a Constituição, para assegurar a todos os indivíduos um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Estes, pois, encontram unidade de sentido no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, haja vista que todos eles, de alguma maneira, destinam-se à promoção do desenvolvimento do ser humano, respeitada, sempre, a sua intrínseca e indissociável dignidade.

A dignidade, na concepção kantiana, é o que distingue o ser humano das demais coisas, fazendo dele um fim em si mesmo, e não um meio para a realização de outras finalidades. Daí se afere uma íntima conexão entre a dignidade e a autonomia, no sentido de que é a primeira que possibilita ao ser humano a autodeterminação de sua conduta, segundo, tão-somente, a sua própria vontade. Para tanto, exige-se mais do que a liberdade em seu sentido meramente negativo, que impõe ao Estado e a terceiros apenas o dever de não interferência. A autonomia do indivíduo e, por conseguinte, a sua dignidade dependem também do efetivo gozo da liberdade em seu sentido positivo, consubstanciada nas condições materiais necessárias para que as pessoas possam se autodeterminar, livre e conscientemente.

A dignidade da pessoa humana, assim entendida, exige o reconhecimento, e também a realização prática, de direitos fundamentais para além daqueles classificados como *direitos de defesa*, de matriz liberal-burguesa. Além das obrigações de respeito e de proteção, cabe ao Estado também a promoção da dignidade de todos os indivíduos, por meio de prestações materiais que possibilitem o livre exercício da sua autonomia e o integral desenvolvimento da sua personalidade.

Tais prestações materiais são, em linhas gerais, o conteúdo dos direitos sociais fundamentais, que, aperfeiçoando as liberdades básicas, viabilizam aos seus

titulares o gozo de uma existência com dignidade. Mais do que isso, até. O próprio exercício das liberdades básicas, muitas vezes, depende das prestações materiais objeto dos direitos sociais fundamentais, assim como delas depende também a adequada participação das pessoas na condução política da comunidade.

É bem verdade que as políticas públicas sociais, a cargo, precipuamente, dos Poderes Legislativo e Executivo, são a via ordinária de implementação dos direitos sociais fundamentais. Todavia, as normas constitucionais definidoras de tais direitos são mais do que simples programas de governo, é dizer, objetivos a serem perseguidos pelos poderes políticos, na esfera da sua discricionariedade. Tratam-se de normas jurídicas, dotadas, pois, de imperatividade.

Significa dizer que o Estado está obrigado a assegurar, a todos os indivíduos, todos os seus direitos fundamentais, inclusive aqueles de caráter prestacional. Os agentes estatais poderão, apenas, definir como irão garantir, na prática, a devida eficácia aos direitos sociais, o que é feito pela atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, na elaboração e execução das políticas públicas sociais. Mas, aqui, a liberdade de atuação estatal é restrita, pois a fundamentalidade desses direitos impede que o Estado, sob o argumento da discricionariedade na alocação dos recursos públicos, deixe de atender a um direito social, ou o atenda de forma insuficiente, o que, na prática, é o mesmo que não o atender.

Destarte, a omissão ou a atuação insuficiente dos poderes políticos competentes, na elaboração e execução de políticas públicas que confirmam concretude aos direitos sociais fundamentais, torna legítima a intervenção do Poder Judiciário, para a concretização compulsória de tais direitos.

Primeiro porque é o Estado, e não este ou aquele Poder da República, que está obrigado à implementação de todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles de cunho econômico e social. Então, quando um dos três Poderes não cumpre, de forma satisfatória, alguma de suas funções precípuas, sobretudo na seara dos direitos fundamentais, outro Poder se torna autorizado a intervir. Esta, inclusive, é a própria essência do princípio da separação dos poderes: um sistema de freios e contrapesos cuja finalidade é limitar o exercício dos poderes estatais, para que não haja abusos e, assim, restem resguardados os direitos fundamentais da pessoa humana.

Neste diapasão, a presente pesquisa parte do pressuposto de que é legítima e salutar, no Estado Democrático Constitucional de Direito em que se constitui a

República Federativa do Brasil, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais, como forma de garantir que, pelo menos nas vias judiciais, as pessoas tenham assegurados os direitos sociais que lhes são constitucionalmente reconhecidos, quando os Poderes Legislativo e Executivo tenham sido omissos, ou quando a sua atuação tenha se mostrado insuficiente para a efetiva satisfação das necessidades básicas de todos os indivíduos.

Partindo deste pressuposto, a pesquisa se volta para o modo de atuação do Poder Judiciário, no controle judicial das políticas públicas sociais.

Como problema de pesquisa, questiona-se se, na seara da concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, existem limites legítimos para que os órgãos judiciais, com respaldo direto na disposição constitucional respectiva, possam impor ao Estado a obrigação de conceder ao autor da demanda a prestação material que se fizer necessária na situação concreta levada ao Poder Judiciário, para que o indivíduo tenha assegurado o efetivo gozo do direito reclamado, independentemente das opções políticas levadas a cabo pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal investigação se faz necessária porque, não obstante já não sejam mais tão raras, no Poder Judiciário brasileiro, demandas judiciais por meio das quais os indivíduos reivindicam os seus direitos de igualdade, a forma de atuação dos órgãos judiciais, no mais das vezes, não tem se mostrado suficientemente capaz de garantir o gozo, em níveis adequados, do direito reclamado, isto é, nos moldes de que necessita o autor da demanda para, em função das suas circunstâncias pessoais, beneficiar-se do conteúdo do direito conforme o esperado.

O crescente número de demandas judiciais desta natureza, em que é reivindicada do Estado uma conduta positiva para a efetiva garantia de direitos sociais, evidencia que já se logrou superar a ideia inicial de que as normas constitucionais definidoras dessa espécie de direitos teriam eficácia limitada, isto é, dependente de prévia atuação regulamentadora do legislador infraconstitucional, a quem caberia, com exclusividade, a decisão sobre quais demandas sociais deveriam ser atendidas, de maneira prioritária, com os escassos recursos materiais disponíveis ao Estado.

Apesar do avanço, a concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, muitas vezes, ainda se depara com limitações que obstam que, nos casos concretos levados ao Poder Judiciário, as necessidades básicas dos demandantes sejam

devidamente satisfeitas. Tais limitações se alicerçam, principalmente, na desproporcional relação existente entre os recursos materiais disponíveis ao Estado e as necessidades sociais a serem por este satisfeitas. Argumenta-se que, por um lado, as necessidades sociais são infinitas, enquanto que, por outro lado, os recursos públicos são finitos e, pior, escassos.

Haja vista que a implementação dos direitos sociais fundamentais estaria sujeita a esta condição fática de possibilidade, qual seja, a disponibilidade de recursos materiais, ainda prevalece a ideia de que o Poder Judiciário não poderia realizar, de maneira ilimitada, os direitos sociais reconhecidos no texto constitucional, independentemente de prévia regulamentação legal. Pelo contrário. A atuação dos órgãos judiciais, na concretização dos direitos sociais, deveria ser dosada com parcimônia, respeitando-se, assim, a esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Primeiro porque apenas estes disporiam do conhecimento técnico necessário para tratar de questões de natureza eminentemente política, e não jurídica. Segundo, o âmbito restrito das demandas judiciais não permitiria aos juízes a obtenção de toda a informação necessária para protagonizar políticas públicas sociais sob uma perspectiva macroeconômica. E, sem o planejamento necessário para a alocação dos escassos recursos materiais na satisfação homogênea de todas as necessidades sociais básicas, a judicialização ilimitada dos direitos sociais fundamentais poderia colocar em risco a universalidade dos direitos fundamentais como um todo.

As respostas dadas pelo Direito ao problema da implementação judicial dos direitos sociais, em regra, trazem em seu bojo alguma forma, em maior ou menor grau, de limitação alicerçada na escassez dos recursos materiais disponíveis ao Estado para a satisfação das necessidades sociais.

A doutrina jurídica costuma defender, por exemplo, que ao Poder Judiciário caberia, tão-somente, a verificação da compatibilidade entre as políticas públicas sociais engendradas pelos poderes políticos competentes e os padrões jurídicos vigentes, podendo intervir apenas quando as primeiras flagrantemente violassem, por exemplo, a igualdade ou a vedação de discriminação. Nas demais hipóteses, os órgãos judiciais deveriam reenviar a questão, para regularização da incompatibilidade, sem, contudo, assegurar, na situação concreta, o gozo do direito social reclamado.

O Poder Judiciário poderia, no máximo, articular-se com os Poderes Legislativo e Executivo, em busca da melhor realização possível do direito, porém, sem desconsiderar a competência constitucional para a elaboração e a execução das políticas públicas sociais. Outra opção seria a realização de uma análise fundada na proporcionalidade entre os valores envolvidos na demanda judicial, para que, diante das peculiaridades do caso concreto, fosse determinado, segundo a lei da ponderação, qual deles deveria prevalecer: se o direito social reivindicado, ou outros valores também de hierarquia constitucional, ou até mesmo os direitos fundamentais de terceiros.

E, finalmente, dever-se-ia dar prioridade, sempre que possível, às ações coletivas, nos bojo das quais seria possível uma análise mais ampla da situação concreta, estendendo-se o gozo do direito social em causa a todas as pessoas que se encontrassem sob circunstâncias semelhantes, driblando-se, assim, o risco de comprometimento da universalidade dos direitos fundamentais.

Esses são apenas alguns exemplos dos limites frequentemente propostos pela teoria jurídica para a realização judicial dos direitos sociais fundamentais, aqui expostos, com brevidade, para demonstrar a sua inadequação para a implementação dos direitos sociais em níveis adequados, para todos os indivíduos e, por conseguinte, a imprescindibilidade de ser perseguida, de alguma forma, a sua superação.

Limitações de tal natureza desconsideram a necessidade de se conferir a devida eficácia à previsão constitucional dos direitos sociais. Trata-se de uma exigência que decorre não apenas do fato de os direitos sociais serem objeto de normas jurídicas dotadas de aplicabilidade imediata, mas também da própria fundamentalidade de tais direitos. Ora, se se trata de um direito essencial à dignidade da pessoa humana, não se admite, em um Estado cuja finalidade última é o bem-estar dos indivíduos, que a sua eficácia esteja sujeita a condições.

Se é verdade que os recursos materiais existentes são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais e que, por isso, devem ser alocados segundo critérios de prioridade, o que é feito por meio da elaboração e da execução de políticas públicas, não parece ser menos verdade que o constituinte originário, ao eleger os direitos que seriam elevados ao patamar de direitos fundamentais à pessoa humana, já deixou predeterminado que deve ser prioridade para o Estado a garantia de um padrão mínimo na esfera de cada um desses direitos, a todos os

indivíduos. A discricionariedade do Estado, então, na elaboração e na execução de políticas sociais, deve se restringir à forma de concretização dos direitos sociais, não sendo lícito ao Estado, porém, optar por deixar de atender a qualquer desses direitos, ou a qualquer dos indivíduos em suas necessidades básicas.

Daí se afere, portanto, a relevância da presente pesquisa.

As respostas frequentemente dadas pelo Direito ao tema proposto resultam na judicialização limitada dos direitos sociais fundamentais, a qual, neste diapasão, não atende aos rigores do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, porque privilegia o bem-estar da coletividade como um todo, e não de todos os indivíduos, singularmente considerados. E, no que atine aos direitos fundamentais, dada a sua essencialidade ao ser humano, ninguém pode restar à margem da proteção estatal, naquilo que lhe é devido. Pior ainda: ao se negar aos indivíduos, na esfera judicial, a garantia dos seus direitos fundamentais, não lhes restará mais a quem recorrer. Ao menos a última instância para a proteção de direitos, que é o Poder Judiciário, após os poderes políticos competentes terem falhado em seu *mister*, deve atender a contento às expectativas dos jurisdicionados.

Ora, se o Direito não oferece as devidas respostas para o problema, hão de se buscar em outras fontes respostas melhores. E, para tanto, a Filosofia Política, mais especificamente, a corrente teórica do liberalismo de princípios, parece ser uma alternativa interessante. É nela que se buscará um embasamento teórico que torne possível a superação dos limites comumente apresentados pela doutrina jurídica para a intervenção judicial nas políticas públicas sociais, para que o Poder Judiciário possa, então, impor ao Estado, sem limitações de natureza técnica e/ou financeira, obrigações materiais específicas, visando à efetiva satisfação das necessidades básicas que têm o autor da demanda em relação ao conteúdo do direito reclamado. Desta forma, o Poder Judiciário poderá se tornar capaz de assegurar que todos os indivíduos tenham respeitados e implementados os direitos que lhes são essenciais para o usufruto de uma vida condizente com a dignidade que lhes é inerente, atendendo, assim, mais adequadamente, à opção política do constituinte originário.

O objetivo central da pesquisa é, pois, a persecução de uma alternativa teórica para viabilizar o afastamento dos freios que ainda se fazem presentes na atuação do Poder Judiciário, quando do exercício da sua tarefa de garantir concretude às normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais,

para que os órgãos judiciais possam impor ao Estado, sem limitações técnicas e/ou financeiras, a obrigação de conceder ao autor da demanda a prestação material que se mostrar necessária e adequada, para que o indivíduo, considerando-se as suas circunstâncias pessoais, e independentemente das opções políticas engendradas pelos Poderes Legislativo e Judiciário, tenha assegurado o direito que antes lhe fora concedido pelo constituinte.

Para tanto, buscar-se-á, dentre as teorias da justiça, aquelas que possam oferecer um embasamento mais confortável para a adequada judicialização dos direitos sociais fundamentais, é dizer, aquela que mais bem atenda aos rigores do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Analisa-se, também, a forma de positivação dos direitos sociais prestacionais, em normas de cunho programático, buscando investigar se tal forma de positivação consubstancia um obstáculo real para a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais, de tal forma que os órgãos judiciais só possam obrigar o Estado a cumprir as leis em vigor, e não concretizar os direitos sociais fundamentais com respaldo direto na sua previsão constitucional, independentemente da existência ou da suficiência de regulamentação infraconstitucional.

Finalmente, pretende-se descobrir se a escassez dos recursos à disposição do Estado, para a satisfação das necessidades sociais, consubstancia uma limitação fática para a elaboração e a execução das políticas públicas necessárias à garantia dos direitos sociais prestacionais, ou seja, se o Estado pode, de forma legítima, valer-se do argumento da reserva do possível para atender as necessidades sociais fundamentais apenas até o limite da sua capacidade financeira.

Trata-se de pesquisa eminentemente teórica, que, portanto, tem como fonte principal documentos bibliográficos acerca da Filosofia Política, dos direitos e garantias fundamentais, da concepção de democracia constitucional, da eficácia das normas constitucionais e da atuação do Poder Judiciário na concretização, em sede de demandas judiciais, dos direitos sociais fundamentais. São utilizadas, também, algumas decisões de órgãos judiciários brasileiros, especialmente para demonstrar, na prática, a timidez que ainda caracteriza o modo de intervenção judicial nas políticas públicas sociais.

O primeiro capítulo da presente dissertação é palco de uma breve apresentação da corrente teórica do liberalismo de princípios, em especial, as

teorias da justiça de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen. Adota-se, como base, a primeira (justiça como equidade), com alguma complementação a cargo da igualdade de recursos, de Dworkin, e da igualdade de capacidades, de Sen. Desta forma, pretende-se demonstrar que essas três teorias da justiça, da maneira como são lidas aqui, formam o embasamento teórico necessário para a busca por respostas mais adequadas para a judicialização dos direitos sociais fundamentais, de sorte que, sem as limitações de cunho técnico e/ou financeiro, o direito judicialmente reclamado possa ser efetivamente assegurado no caso concreto, tendo-se em consideração as circunstâncias pessoais do demandante.

O segundo capítulo, por sua vez, dedica-se, primeiramente, à dignidade da pessoa humana, enquanto ideia que empresta unidade de sentido para todo o catálogo de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Em seguida, dispensa-se atenção especial à fundamentalidade dos direitos sociais fundamentais, cujo conteúdo propicia às pessoas as condições materiais imprescindíveis para o exercício e o aperfeiçoamento de suas liberdades básicas. Aborda-se, então, a eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais, inclusive aqueles de natureza prestacional, enfatizando-se a garantia desses direitos como meta principal do Estado fundado na dignidade da pessoa humana, cuja finalidade precípua deve ser a satisfação das necessidades básicas de todos os indivíduos. Finalmente, demonstra-se o relevante papel exercido pelos direitos fundamentais, e pelo Poder Judiciário, enquanto órgão responsável pela sua defesa, em uma democracia constitucional.

O terceiro e último capítulo da dissertação trata, especificamente, da judicialização dos direitos sociais fundamentais. No primeiro item, apresenta-se o argumento da reserva do possível, segundo o qual os recursos públicos são escassos, mas as necessidades sociais a serem satisfeitas pelo Estado são infinitas, de sorte que os direitos sociais fundamentais só poderiam ser implementados na medida da capacidade financeira do Estado, e de acordo com as decisões alocativas de recursos a cargo, exclusivamente, dos poderes políticos competentes.

Em seguida, demonstra-se a influência da corrente teórica do utilitarismo sobre as políticas públicas sociais, voltadas para a maximização do bem-estar da coletividade como um todo, e não dos indivíduos singularmente considerados.

Finalizando o capítulo e a dissertação, expõem-se alguns limites frequentemente propostos pela doutrina jurídica, para serem observados pelo Poder

Judiciário, quando de sua atuação na concretização judicial dos direitos sociais fundamentais. E, para demonstrar a observância, na prática, de tais limites, são mencionadas algumas decisões de órgãos judiciais brasileiros.

Pretende-se, destarte, evidenciar a inadequação do utilitarismo enquanto embasamento teórico para a elaboração e a execução das políticas públicas sociais. De igual forma, a judicialização limitada dos direitos sociais fundamentais, que, em maior ou menor grau, mantém resguardada a atribuição dos poderes políticos para a implementação desses direitos, também sofre a influência da corrente utilitarista, a qual, para essa finalidade, também se mostra inadequada.

Isso porque o utilitarismo pugna pela maximização do bem-estar geral e, para o alcance dessa meta, admite que o indivíduo seja sacrificado na satisfação de suas necessidades básicas, quando desse sacrifício puder resultar um benefício maior para a coletividade.

O liberalismo de princípios, por sua vez, tem o indivíduo em grau máximo de importância. Prega que todo ser humano é titular de um conjunto básico de direitos, que compreende, inclusive, uma parcela mínima de bens materiais, direitos estes que devem permanecer a salvo de qualquer decisão política, devendo ser a todos assegurados, ainda que disso não resulte qualquer benefício para a coletividade. Trata-se, por este motivo, de uma corrente que atende, mais confortavelmente, aos rigores do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O trabalho aqui desenvolvido, nestes termos, repensa a judicialização dos direitos sociais fundamentais a partir do liberalismo de princípios, buscando superar os freios ainda presentes na atuação do Poder Judiciário, de maneira que os órgãos judiciais possam se nortear, tão-somente, pelas circunstâncias pessoais do autor da demanda, e impor ao Estado, independentemente de prévia e suficiente regulamentação infraconstitucional, a prestação material que se mostrar necessária, em cada situação concreta, para o gozo do direito reclamado, garantindo, assim, a efetiva satisfação das necessidades básicas de todos os indivíduos, sem que nenhum deles reste excluído da proteção estatal.

1 O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS

O texto constitucional pátrio, desde o seu preâmbulo¹, deixa evidente a opção política por um Estado cujas responsabilidades vão muito além do mero respeito pelas liberdades negativas dos seus cidadãos. O Estado brasileiro, nos termos da Constituição Federal de 1988, não pode se limitar à omissão quanto à elaboração e à realização dos objetivos próprios de cada pessoa. É-lhe constitucionalmente imposto, também, que forneça a todos as condições materiais básicas para a colocação em prática dos seus planos individuais de vida.

São evidências do que Cittadino (2004, p. 11) denomina de “constitucionalismo comunitário”, e são encontradas, repita-se, já no preâmbulo da Constituição, e também no seu artigo 1º, inciso III², que elege a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e no artigo 3º³, em que, dentre os objetivos fundamentais da República, são mencionados a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação.

Segue-se a tais dispositivos iniciais um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que compreendem direitos de defesa clássicos, e também direitos prestacionais. E o constituinte não se conteve na previsão de tais direitos, reservando aos poderes políticos competentes a tarefa de implementá-los. Instituiu, também, um Poder Judiciário forte, capaz de proteger os direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos contra eventuais excessos da vontade da maioria.

O problema é que, não obstante esse poder, que também é um dever, conferido pelo constituinte, a atuação do Poder Judiciário na concretização dos

¹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais, na prática, não vem se mostrando satisfatória. Em muitas demandas judiciais, os juízes se deixam limitar por argumentos de cunho técnico e/ou orçamentário e, desta forma, acabam por negar ao demandante o gozo, em níveis adequados, do direito reclamado. Esta realidade torna necessário o enfrentamento de tais argumentos, para que, então, eles possam vir a ser superados.

A análise da atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos sociais constitucionalmente previstos, mormente quando se pretende propor a superação desses limites que por vezes ainda freiam os órgãos judiciários brasileiros, deve se iniciar com a apresentação da ideia de justiça que será adotada para as finalidades do estudo. Isso porque a simples afirmação de que os órgãos estatais devem orientar a sua atuação para a promoção da igualdade material entre os indivíduos não explica muita coisa. Nas palavras de Sen (2012, p. 45), “ser igualitário [...] não é realmente uma característica ‘unificadora’”. Sendo assim, é preciso definir em qual aspecto, tido por relevante, as pessoas devem ser igualadas, respondendo, desta forma, à pergunta proposta pelo mesmo autor: “igualdade de quê?” (SEN, 2012, p. 43).

O presente capítulo inaugural tem por escopo, justamente, a apresentação da resposta que se considera adequada para tal pergunta, consubstanciada nas teorias de três liberais igualitários, quais sejam, John Rawls, Ronald Dworkin e o próprio Amartya Sen⁴. As referidas teorias, lidas em conjunto, emprestarão o embasamento teórico para a proposta de superação dos limites de atuação do Poder Judiciário, na importante tarefa de conferir concretude aos dispositivos constitucionais que impõem ao Estado o dever de fornecer um pacote básico de bens materiais a todos os indivíduos, sem qualquer exceção.

Para tanto, iniciar-se-á com a justiça como equidade, de John Rawls, da qual toda e qualquer discussão acerca da justiça distributiva deve partir, haja vista tal teoria ser unanimemente considerada o marco da ideia de que, dentre os direitos

⁴ A preocupação do economista indiano em conciliar o ideal de liberdade com a igualdade de capacidades é o que permite, entende-se, a sua classificação como *liberal igualitário*. De maneira semelhante a John Rawls e Ronald Dworkin, inegáveis liberais igualitários, Amartya Sen defende ser insuficiente que as pessoas tenham respeitada a sua liberdade para decidir o que, para elas, significa ter uma vida boa. Com algumas especificidades, que serão detalhadas em momento oportuno, os três teóricos entendem que, além da liberdade, também devem ser garantidas a todas as pessoas as condições materiais de que necessitem para perseguir os objetivos que, para elas, dão sentido à vida.

básicos devidos pelo Estado a todas as pessoas, está uma parcela de bens materiais.

Em seguida, serão apresentadas as teorias da justiça de Ronald Dworkin e Amartya Sen, nesta ordem, que têm contribuições importantes para oferecer à teoria de Rawls. Finalmente, será feita uma leitura conjunta das três teorias, tendo como base a justiça como equidade, de John Rawls, com o fito de se construir o embasamento teórico para a adequada realização judicial dos direitos sociais fundamentais, a ser proposta no capítulo de encerramento.

1.1 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

John Rawls empreendeu os seus esforços para elaborar uma teoria da justiça que servisse de alternativa viável para o utilitarismo, ou seja, que tivesse as virtudes deste, porém, que levasse em consideração, acima de tudo, o indivíduo. Para Rawls (2008, p. 4), “[c]ada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar”.

Tal inovação é o que primeiramente justifica a escolha dessa teoria como ideia fundamental para a proposta objeto da pesquisa.

É que a concretização dos direitos sociais fundamentais, inclusive, em sede judicial, para que possa ser considerada adequada, deve, antes de tudo, ter olhos para todos os indivíduos. Não se pode admitir que nem mesmo uma única pessoa seja sacrificada na satisfação das suas necessidades básicas, ainda que desse sacrifício possa resultar algum benefício para a coletividade considerada como um todo.

Um segundo traço distintivo da teoria da justiça como equidade é que, para Rawls, “a justiça só deve se ocupar da distribuição de ‘bens primários’ – bens necessários à busca de praticamente qualquer fim humano – e deve deixar de lado a questão de o que constitui o bem humano supremo” (FLEISCHACKER, 2006, p. 161-162). É dizer: o Estado deve se manter neutro quanto à determinação do bem de cada membro da sociedade, não lhe sendo lícito influenciar na escolha dos objetivos a serem perseguidos pelos indivíduos. Desta forma, a teoria da justiça de Rawls, embora igualitária, não rompe com a tradição liberal, uma vez que mantém o respeito pela autonomia individual, mostrando-se, também por este motivo, perfeitamente aplicável à realidade das sociedades liberais contemporâneas, tal como a brasileira.

A justiça como equidade é, ainda, uma teoria contratualista, que concebe os princípios fundamentais de justiça, que regerão a estrutura básica da sociedade, como resultado de um acordo, firmado em uma situação inicial, por pessoas racionais e mutuamente desinteressadas, ou interessadas em si mesmas.

A sociedade a ser regida pelos princípios de justiça, portanto, é marcada, simultaneamente, pelo conflito e por uma identidade de interesses. Ao mesmo tempo em que os membros da sociedade são indivíduos que têm os seus próprios planos de vida e que são mutuamente desinteressados, ou interessados em si mesmos, esses mesmos membros têm um interesse em comum, qual seja, o regular funcionamento da sociedade, como um empreendimento cooperativo.

E, para que a sociedade funcione regularmente, é essencial que todos respeitem os princípios de justiça, confiando que dos demais advirá o mesmo comportamento. Logo, a *sociedade bem-ordenada*, como é denominada por Rawls, é regida por uma concepção pública de justiça, aceita e respeitada por todos.

[É] uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios. (RAWLS, 2008, p. 5)

Rawls denomina a situação inicial, em que são escolhidos os princípios de justiça, de *posição original*, que é uma situação hipotética, em que as pessoas agem com racionalidade e movidas pelo seu interesse em si próprias. Cada parte no acordo tem o seu próprio plano de vida, e a escolha dos princípios de justiça é orientada para que dela resulte a “melhor maneira de cada pessoa garantir seus objetivos, à luz das opções disponíveis” (RAWLS, 2008, p. 144).

Fator determinante de quais são os princípios de justiça escolhidos na posição original é o fato de as partes, àquela ocasião, estarem cobertas por um véu de ignorância, permeável, apenas, para os fatos genéricos relativos à sociedade, impedindo o acesso das pessoas ao conhecimento sobre o seu lugar na sociedade, sobre os seus talentos e as suas capacidades naturais e, inclusive, sobre a sua própria concepção de bem.

O objetivo, aqui, é permitir a escolha unânime da concepção de justiça que irá reger a sociedade. Ora, se as partes não conhecem as suas condições particulares, “ninguém tem a possibilidade de formular princípios sob medida para favorecer a si próprio” (RAWLS, 2008, p. 169). Pelo contrário. O raciocínio conduz a uma escolha orientada pela prudência, uma vez que, retirado o véu de ignorância,

as partes podem vir a se encontrar na pior situação dentro da sociedade, possibilidade esta que as leva a optar pelos princípios cujo pior resultado seja superior aos piores resultados que possam decorrer das demais alternativas. “As partes olham sempre, por assim dizer, para a base da pirâmide e não para o topo, ou para a média” (ROSAS, 2008, p. 56).

Em verdade, a posição original, com as limitações de conhecimento impostas pelo véu de ignorância, é descrita por Rawls apenas como um artifício para a exposição da sua teoria, não significando, pois, que o retorno ao estado de natureza seria necessário para que pudessem ser estabelecidos os princípios de justiça ideais para a regulação da sociedade. A ideia fundamental por trás de tal artifício é que as pessoas compartilham crenças morais de uma determinada tradição e cultura políticas (VITA, 1993, p. 56), o que permite supor que, como resultado do método de reflexão que Rawls denomina de *equilíbrio reflexivo*, seriam esses os princípios de justiça escolhidos, dentre os demais disponíveis.

Antes da exposição dos princípios de justiça, convém ressaltar, por fim, que estes cuidam, tão-somente, da distribuição dos bens sociais primários, que “são coisas que se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que mais ele deseje” (RAWLS, 2008, p. 110). Isso porque “estes bens são instrumentais, isto é, são aqueles de que todos necessitamos para obter tudo aquilo que queremos e podemos alcançar” (ROSAS, 2008, p. 39). Trata-se, em categorias amplas, de “direitos, liberdades e oportunidades, bem como renda e riqueza” (RAWLS, 2008, p. 110), no limite do que for essencial para a realização de todo e qualquer plano de vida.

A formulação final dos dois princípios de justiça que, segundo Rawls, seriam escolhidos na posição original, por pessoas racionais e mutuamente desinteressadas, ou interessadas em si mesmas, sob o véu de ignorância, seria a seguinte:

Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

- (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como
- (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2008, p. 376)

“Esses princípios devem ser dispostos em uma ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo” (RAWLS, 2008, p. 74). Significa que, na prática, eventuais restrições das liberdades fundamentais, objeto do primeiro princípio, não podem ser compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas, de que trata o segundo princípio. As liberdades básicas só podem ser compensadas por outras liberdades básicas e, ainda, “qualquer que seja a forma pela qual se ajustam em um sistema único, esse sistema deve ser igual para todos” (RAWLS, 2008, p. 75).

A prioridade da liberdade se justifica em razão do véu de ignorância presente na posição original. Quando da escolha dos princípios de justiça, as partes não conhecem a sua posição na sociedade, nem seus talentos e suas capacidades, tampouco a sua própria concepção de bem. Não sabem, portanto, que outro princípio melhor se adequaria aos seus planos individuais de vida, quando estes se tornassem conhecidos. Este raciocínio conduz à preservação das liberdades básicas, com prioridade, para que, após a remoção do véu de ignorância, as pessoas tenham a liberdade de realizar os seus planos individuais de vida, sejam eles quais forem, e tenham também a liberdade de alterar a sua própria concepção de bem. “As liberdades protegem a diversidade de formas de vida individuais, a possibilidade de ter uma concepção de bem, mas também de a rever ao longo da vida” (ROSAS, 2008, p. 55).

O segundo princípio de justiça, por sua vez, trata da distribuição de renda e riqueza, e de cargos de autoridade e responsabilidade, comportando dois subprincípios, quais sejam: a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença.

O primeiro subprincípio, assim como o primeiro princípio de justiça, é orientado pelo valor da igualdade. Impõe que os cargos e as posições de autoridade da sociedade estejam abertos a todos, em igualdade equitativa de oportunidades, garantindo, assim, que a cooperação social seja um sistema de justiça procedimental pura, em que “existe um procedimento correto ou justo que leva a um resultado também correto ou justo, seja qual for, contanto que se tenha aplicado corretamente o procedimento” (RAWLS, 2008, p. 104).

O segundo subprincípio é o princípio da diferença, que, a seu turno, admite uma distribuição desigual de renda e riqueza, desde que a desigualdade seja benéfica para todos, em especial, para os menos favorecidos. As maiores vantagens de uns só se legitimam se forem usufruídas de forma que implique alguma melhoria

à situação dos menos favorecidos. Trata-se, pois, de uma concepção igualitária, uma vez que, “se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas as pessoas [...], deve-se preferir a distribuição igualitária” (RAWLS, 2008, p. 91).

A preocupação com os menos favorecidos representa o ponto de destaque do princípio da diferença em relação ao princípio da eficiência, também chamado de *otimalidade de Pareto*. Segundo o princípio da eficiência, a estrutura básica da sociedade atinge o ponto de eficiência quando

for impossível alterar as normas, para redefinir o sistema de direitos e deveres, a fim de elevar as expectativas de qualquer indivíduo representativo (pelo menos um) sem, ao mesmo tempo, reduzir as expectativas de algum (pelo menos um) outro. (RAWLS, 2008, p. 84-85)

Em relação à distribuição de renda e riqueza, contudo, há diversos pontos de eficiência, de sorte que, “[p]ara selecionar entre as distribuições eficientes, faz-se necessário outro princípio, digamos, um princípio de justiça” (RAWLS, 2008, p. 82).

Então, sob a égide do princípio da diferença, para que seja identificado o ponto em que a distribuição é justa, há de ser avaliada, em especial, a situação do indivíduo representativo da posição social relevante menos favorecida. É possível que, para que se alcance o ponto de justiça, a elevação das expectativas de um indivíduo representativo implique a redução das expectativas de outro, desde que o indivíduo que tenha as suas expectativas elevadas seja aquele representativo da posição social relevante menos favorecida.

É dizer: a distribuição justa de renda e riqueza, para ser alcançada, pode exigir ajustes que, *a priori*, não seriam admitidos pelo princípio da eficiência, uma vez que este obsta a elevação de expectativas de uns que tenha como custo a redução de expectativas de outros. Mas a regularização de uma situação injusta, sob a regência do princípio da diferença, pode exigir medidas que violem o princípio da eficiência, com a elevação de expectativas de uns à custa da redução de expectativas de outros. O que o princípio da diferença não admite é que aqueles que tenham as suas expectativas reduzidas, em prol de maiores vantagens para outrem, sejam os indivíduos menos favorecidos.

Finalmente, os princípios de justiça devem se preocupar, também, com a justiça entre gerações. Então, quando da escolha dos princípios de justiça, na posição original, as partes “devem concordar com um princípio de poupança que assegure que cada geração receba de seus predecessores o que lhe é devido e faça a sua parte justa em favor daqueles que virão depois” (RAWLS, 2008, p. 359).

O princípio da poupança justa impõe uma limitação às expectativas dos indivíduos representativos das posições sociais relevantes. As gerações precedentes poupam, para que as gerações futuras possam desfrutar de um mínimo social a ser distribuído de acordo com o princípio da diferença. E o *quantum* de poupança, que se reflete no montante de expectativas das partes, deve ser definido sob o ponto de vista dos menos favorecidos de cada geração. “São os indivíduos representativos desse grupo ao longo do tempo que, por meio de ajustes virtuais, devem especificar a taxa de acumulação” (RAWLS, 2008, p. 364).

Desta forma, completa-se a enunciação dos princípios de justiça que, segundo a teoria da justiça como equidade, de John Rawls, seriam escolhidos pelas partes na posição original, sendo que “o enunciado completo do princípio de diferença contém o princípio de poupança como restrição” (RAWLS, 2008, p. 364).

Ressai facilmente, desta breve análise dos dois princípios de justiça, a preocupação de Rawls com a igualdade. Em primeiro lugar, com uma igualdade formal, no que atine às liberdades fundamentais. Em segundo lugar, com a igualdade material na distribuição de renda e riqueza, e no acesso a cargos e posições de autoridade.

O segundo princípio de justiça tem como nítido intento propiciar a todos, singularmente considerados, as condições materiais necessárias à realização dos seus planos individuais de vida, sejam eles quais forem, bem como à participação na condução das instituições básicas da sociedade.

Assim, Rawls “introduz, de forma vigorosa, a igualdade como ideal político, rompendo com a visão liberal clássica, concentrada até então no binômio liberdade – propriedade privada” (BRITO FILHO, 2014a, p. 45). Tal inovação da teoria, aliada à preocupação de Rawls com o indivíduo, já destacada logo no início desta exposição, justifica a sua utilização, enquanto marco da moderna concepção de justiça distributiva, como base para a construção do referencial teórico da pretendida proposta de superação dos limites de atuação do Poder Judiciário, na importante tarefa de garantir concretude aos direitos sociais fundamentais.

Não obstante a sua posição de destaque, enquanto base teórica, alguns problemas podem ser identificados na justiça como equidade, problemas estes que tornam necessária alguma complementação da teoria, o que, aqui, será feito com a utilização das ideias de Ronald Dworkin e Amartya Sen.

Em primeiro lugar, não se pode negar, por óbvio, a importância da liberdade para uma sociedade que se pretende democrática, não sendo lícito ao Estado influenciar na determinação de bem de cada um, exatamente da forma como propugna Rawls. Mas desta afirmação não decorre, necessariamente, a prioridade da liberdade em relação à igualdade. E, neste aspecto, as teorias da justiça de Dworkin e Sen se mostram mais adequadas porque, consoante se verá adiante, ambas conferem o mesmo nível de importância à liberdade e à igualdade, inclusive concebendo a primeira como dependente da segunda, haja vista que, sem as condições materiais básicas, as pessoas têm comprometida a sua liberdade de buscar a realização dos seus objetivos de vida.

Em segundo lugar, a distribuição de renda e riqueza proposta por Rawls não é, pode-se dizer, suficientemente igualitária. Isso porque “a justiça como equidade analisa o sistema social partindo da posição de cidadania igual e dos diversos níveis de renda e riqueza” (RAWLS, 2008, p. 118), excluindo, de maneira expressa, outras posições sociais relevantes que, na opinião do teórico, complicariam a aplicação dos dois princípios de justiça. Essa simplificação da teoria desconsidera o fato de as pessoas serem diferentes não apenas no seu nível de renda e riqueza, mas também nas suas qualidades físicas e intelectuais, no seu gênero, nas suas origens, dentre outros aspectos que podem conduzir à desigualdade. E, da pouca atenção dada à diversidade que caracteriza a raça humana, resulta uma distribuição que não se importa, pelo menos não da maneira adequada, com os grupos vulnerabilizados.

Aqui, novamente, as teorias de Dworkin e Sen têm contribuições importantes a oferecer, porque em ambas há uma nítida preocupação com o fato de cada pessoa ter suas características próprias e, cada uma a sua maneira, ambas as teorias pretendem que todas as pessoas, considerando-se a sua individualidade, sejam atendidas em suas necessidades básicas.

Por tais razões, embora a justiça como equidade, de John Rawls, seja a base da construção teórica que emprestará suporte à proposta de superação de limites à realização judicial dos direitos sociais fundamentais, alguma complementação de tal teoria se faz necessária, razão pela qual se passará, nas seções seguintes, primeiramente, à exposição da teoria da justiça de Ronald Dworkin e, em seguida, às ideias de Amartya Sen, que, entende-se, corrigem as imperfeições da justiça como equidade de Rawls, e servem de complemento desta, para justificar a adequada judicialização dos direitos sociais fundamentais.

1.2 A IGUALDADE DE RECURSOS

A teoria da justiça de Ronald Dworkin, por ele batizada de *igualdade de recursos*, foi construída sobre as bases da justiça como equidade de John Rawls. Há, portanto, inúmeros pontos de contato entre as duas teorias.

Todavia, aqui, dar-se-á maior ênfase ao que a igualdade de recursos traz de inovação, visto que o objetivo é lançar mão dessa teoria como complemento da justiça como equidade, para a correção das impropriedades que impedem que esta última seja considerada como suficiente ao tema da judicialização dos direitos sociais fundamentais.

E o primeiro ponto de destaque da igualdade de recursos em relação à justiça como equidade, que justifica a utilização da primeira como complemento da segunda, é a posição que é reservada à liberdade.

Consoante o já anteriormente exposto, a teoria de Rawls é composta por dois princípios de justiça, organizados em ordem serial, de sorte que o primeiro, que cuida da distribuição das liberdades básicas, tem precedência sobre o segundo, que trata da distribuição de renda e riqueza e de cargos e posições de autoridade e responsabilidade. Primeiramente, não se distribuem as liberdades, segundo um arranjo que resulte em um sistema de liberdades iguais para todos. Apenas após a satisfação das exigências do primeiro princípio de justiça é que se parte para as distribuições objeto do segundo princípio.

A concepção de Dworkin, por outro lado, nega por completo a prioridade da liberdade, defendendo que ambas, igualdade e liberdade, “fundem-se em uma tese mais completa sobre quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração” (DWORKIN, 2011, p. 161).

É que, para o teórico, a igualdade de recursos é a melhor interpretação do princípio igualitário abstrato, que, enquanto base de toda e qualquer teoria normativa do ordenamento social, exige que o governo aja para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, o que deve fazer demonstrando igual consideração pela vida de todos, sem exceção. E tal interpretação, nas palavras de Dworkin (2011, p. 199), “[d]efine a distribuição igualitária de modo que a liberdade já esteja presente na própria definição de igualdade, e então declara que, por esse motivo, a igualdade e a liberdade não podem entrar em conflito”.

A segunda importante contribuição que a igualdade de recursos oferece à justiça como equidade, para o embasamento teórico da adequada judicialização dos

direitos sociais fundamentais, é a sua melhor sensibilidade às diferenças de dotes e talentos naturais existentes entre os diversos indivíduos, como bem observado por Gargarella (2008a, p. 67):

Mas quais são, então, as diferenças que existem entre esses autores? A primeira e fundamental distinção entre ambos os pontos de vista tem a ver com os alcances da teoria da justiça proposta por Rawls. Para Dworkin, essa teoria da justiça é insensível demais aos dons próprios de cada pessoa, e não suficientemente sensível às ambições de cada um.

O problema se dá porque Rawls, ao identificar as posições sociais relevantes, toma por base apenas os diferentes níveis de renda e riqueza. “Ele não examina os bens primários naturais que as pessoas possuem, ao determinar quem está em pior situação” (KYMLICKA, 2006, p. 91) e, desta maneira, desconsidera características pessoais desfavoráveis, que, assim como a renda e a riqueza, são fatores que também conduzem à desigualdade.

De fato, a igualdade de recursos tem o mérito de propor uma distribuição mais igualitária, porque mais atenta ao fato de os seres humanos terem, cada um, suas características próprias, que influenciam diretamente no nível de sucesso alcançado na utilização do seu pacote de recursos. E, por mais esta razão, as ideias de Dworkin podem complementar as de Rawls, sobretudo no que atine à garantia judicial dos direitos sociais de grupos vulnerabilizados.

Dworkin imagina um grupo de náufragos em uma ilha deserta, onde estão à disposição todos os recursos a serem distribuídos entre eles; esclarece, no entanto, que apenas os recursos impessoais são objeto de distribuição:

Embora as faculdades sejam recursos, não devem ser consideradas recursos aquelas cuja propriedade deva ser determinada pela política segundo alguma interpretação da igualdade de recursos. Isto é, não são recursos para a teoria da igualdade exatamente no sentido em que o são os recursos materiais comuns. Não podem ser manipulados nem transferidos, mesmo que a tecnologia venha a permiti-lo. (DWORKIN, 2011, p. 100)

À semelhança da teoria elaborada por Rawls, na igualdade de recursos, cada indivíduo tem os seus planos individuais, sobre os quais os responsáveis pela distribuição não têm qualquer ingerência. A diferença é que, aqui, os náufragos não estão cobertos pelo véu da ignorância; eles têm amplo conhecimento sobre as suas circunstâncias, o seu lugar na sociedade, bem como sobre quais são os seus objetivos. Os náufragos, então, deverão escolher, livremente, dentre os recursos disponíveis, aqueles que mais bem se adequam à realização dos seus objetivos de

vida. E por mais este motivo se pode justificar a ausência de prioridade da liberdade em relação à igualdade, como atesta Klautau Filho (2004, p. 102-103):

A igualdade de recursos oferece resposta aos desafios da igualdade distributiva que é imediatamente sensível ao ideal de liberdade, porque não trata da distribuição igualitária de recursos como questão meramente de resultados avaliados segundo interesses imediatistas, mas como processo de decisões coordenadas, no qual as pessoas assumem responsabilidade por suas ambições e projetos, aceitando que pertencem a uma comunidade de igual respeito (*equal concern*) e sendo capazes de identificar os custos de seus projetos para as demais pessoas.

A distribuição de recursos se dá por meio de um leilão. O responsável, inicialmente, organiza os lotes de recursos que serão leiloados, e distribui uma quantidade igual de conchas de mariscos para cada naufrago, para serem usadas como fichas na troca por recursos.

Durante o leilão, os naufragos fazem os seus lances pelos lotes de recursos que lhes interessam, podendo alterar os seus lances, ou reivindicar lotes diferentes, desde que, até o final de todo o processo, todos estejam satisfeitos com o seu pacote de recursos. O resultado da distribuição, então, é submetido a um teste de cobiça, para averiguar o nível de satisfação de todos. O leilão não se encerra enquanto algum naufrago ainda almejar os recursos de outrem. Apenas depois de satisfeito o teste de cobiça é que se finaliza a distribuição. “Nenhuma divisão de recursos será uma divisão igualitária se, depois de feita a divisão, qualquer imigrante preferir o quinhão de outrem a seu próprio quinhão” (DWORKIN, 2011, p. 81).

Desta forma, as pessoas gozam de ampla liberdade para traçar os seus objetivos de vida, e para adquirir os recursos de que necessitam para tentar realizá-los, de acordo com “o custo real que suas escolhas impõem a outras pessoas e, conseqüentemente, ao estoque total de recursos que pode ser equitativamente utilizado por elas” (DWORKIN, 2011, p. 86). A métrica da equidade do resultado da distribuição é o verdadeiro custo de oportunidade dos recursos leiloados, isto é, a importância destes para os outros, o que é averiguado por meio do teste de cobiça. Uma vez satisfeito o teste, o resultado do leilão será tido como a distribuição igualitária ideal, e “as pessoas serão tratadas com igual consideração, pois as diferenças entre elas simplesmente refletirão suas diferentes ambições, suas diferentes crenças a respeito do que dá valor à vida” (KYMLICKA, 2006, p. 99).

Todavia, a igualdade obtida através do leilão de recursos desaparece no momento seguinte à satisfação do teste de cobiça. Encerrado o leilão, as pessoas passam a utilizar os seus recursos da forma que lhes aprouver, visando à realização

dos seus respectivos planos de vida. Ocorre que não apenas os objetivos são diferentes, mas os indivíduos são diferentes, em suas circunstâncias pessoais, e fazem escolhas diferentes, de sorte que alcançam graus diferentes de realização dos seus objetivos e, em pouco tempo, o teste de cobiça não será mais satisfeito.

É então que Dworkin se atém ao mecanismo que julga adequado para tornar a distribuição de recursos suficientemente sensível aos dotes e talentos naturais dos indivíduos.

Inicialmente, o autor distingue dois tipos de sorte:

A sorte por opção diz respeito a resultados de apostas deliberadas e calculadas – isto é, a ganhos e perdas de alguém que aceita um risco isolado que devia ter previsto e poderia ter recusado. A sorte bruta diz respeito ao resultado de riscos que não são apostas deliberadas. (DWORKIN, 2011, p. 91)

E defende que não há razões para se considerar injustas as desigualdades decorrentes da sorte por opção, uma vez que, desde que satisfeito o teste de cobiça, “todos têm, em princípio, as mesmas apostas à disposição” (DWORKIN, 2011, p. 94), e eventuais resultados distintos, desde que atribuíveis à sorte por opção, não são tidos como injustos, porque decorrem das diferentes escolhas feitas pelos indivíduos, porém, em igualdade de oportunidades.

Hipótese distinta é a das desigualdades decorrentes da sorte bruta, isto é, as diferenças de resultados na utilização de recursos atribuíveis não às escolhas individuais, e sim às características pessoais de cada um. Às vezes as pessoas fazem as escolhas corretas, que teriam produzido excelentes resultados, se as circunstâncias pessoais fossem favoráveis. Porém, em função de alguma deficiência, ou simplesmente de diferença de talento, as escolhas não produzem os resultados esperados.

A teoria de Dworkin pretende se mostrar mais sensível, justamente, a essas circunstâncias pessoais, que não são escolhidas pelos indivíduos; são-lhes impostas pela natureza, e exercem influência direta nos resultados decorrentes do emprego dos recursos na realização dos planos individuais de vida. Nas palavras do próprio teórico:

De um lado, devemos, correndo o risco de violar a igualdade, permitir que a distribuição de recursos a qualquer momento seja (como poderíamos dizer) sensível à ambição. Isto é, deve expressar o custo ou o benefício para outrem das escolhas feitas pelas pessoas de modo que, por exemplo, deve-se permitir a quem escolheu investir em vez de consumir, ou consumir menos dispendiosamente, ou trabalhar de maneira mais lucrativa, conservar os ganhos provenientes dessas decisões em um leilão igualitário seguido de livre comércio. Mas, por outro lado, não devemos permitir que a distribuição

de recursos seja sensível aos atributos, isto é, seja afetada por diferenças de capacidade do tipo que produz diferenças de rendimentos em uma economia de *laissez-faire* entre pessoas que tenham as mesmas aspirações. (DWORKIN, 2011, p. 113)

Na prática, todavia, não é simples distinguir os resultados desfavoráveis que decorreram da má-sorte por opção daqueles atribuíveis à má-sorte bruta, para que, então, somente, estes últimos possam ser compensados. Na maioria dos casos, aliás, é a influência concomitante da sorte e das circunstâncias pessoais dos indivíduos que acaba por fazer com que estes não alcancem os resultados esperados.

Por isso, o esquema de compensação de desigualdades idealizado por Dworkin, em verdade, opera efeitos em relação a ambos os tipos de sorte (sorte bruta e sorte por opção), garantindo a todos um mínimo de sucesso no emprego do seu pacote de recursos, mesmo para aqueles que gozem de talentos e capacidades favoráveis, mas façam escolhas que no futuro venham a se revelar como tendo sido más escolhas.

Para tanto, Dworkin previu, ao lado de seguros facultativos, também seguros obrigatórios, cujos prêmios são calculados com base em um nível de cobertura que todos aceitariam adquirir. “Os prêmios seriam uma proporção suficientemente pequena da cobertura, de tal modo que (para a média) o bem-estar esperado com o seguro seria mais alto que o esperado sem que o faça” (DWORKIN, 2011, p. 129).

Ele imagina que os naufragos, antes de iniciar a alocação de seus recursos, de acordo com suas escolhas, não têm base suficiente para ter certeza sobre os resultados que serão obtidos, de maneira que teriam razões para se garantir contra a má-sorte, adquirindo seguros contra eventuais resultados desfavoráveis. Então, o esquema do leilão de recursos é complementado por um mercado hipotético de seguros, “conforme as especulações sobre o que o imigrante normal compraria como seguro, se os riscos antecedentes de diversas deficiências tivessem sido os mesmos” (DWORKIN, 2011, p. 101).

A intenção não é, de forma alguma, igualar as pessoas em seus resultados favoráveis. A teoria da justiça ora em comento admite desigualdades decorrentes dos usos diversos que cada um emprega ao seu pacote de recursos, desde que todos o façam em igualdade de oportunidades. É dizer: se, após encerrada a distribuição de recursos, e satisfeito o teste de cobiça, duas pessoas de capacidades e talentos equivalentes fazem escolhas distintas, de maneira que uma tenha mais

sucesso na realização dos seus objetivos do que outra, a desigualdade resultante é admitida como justa, porque a prévia distribuição de recursos promovera a necessária igualdade de oportunidades. Porém, de toda sorte, os seguros obrigatórios, que todos são forçados a adquirir, em um nível mínimo de cobertura, asseguram um mínimo de bem-estar a todos, independentemente do grau de acerto de suas escolhas, à semelhança de um programa de tributação.

A teoria da justiça de Dworkin, portanto,

admite desigualdades, que ocorreriam a partir da utilização dos recursos iniciais distribuídos, em razão das escolhas e dos talentos dos indivíduos, mas prevê a possibilidade de as diferenças da sorte (bruta e por opção) serem compensadas e ajustadas por mecanismos como seguros (compulsórios e facultativos) e tributação. (BRITO FILHO, 2014a, p. 51)

A igualdade de recursos, nestes termos, mostra-se mais preocupada com as desigualdades advindas do fato de as pessoas terem talentos e capacidades diferentes e fazerem usos distintos do seu pacote de recursos. A justiça como equidade, por sua vez, embora olhe para o indivíduo, não enxerga a diversidade humana de maneira satisfatória, arriscando deixar desatendidas aquelas pessoas que mais precisam da proteção do Estado, porque suas circunstâncias pessoais não são favoráveis ao sucesso na concretização dos seus objetivos de vida.

Porém, embora a igualdade de recursos, quando comparada à justiça como equidade, proponha uma distribuição mais igualitária, não por isso deixou de ser alvo de críticas, dentre as quais, refere-se, aqui, àquelas dirigidas por Amartya Sen ao objeto da distribuição de que tratam as teorias de Rawls e Dworkin, quais sejam, respectivamente, bens primários e recursos.

Sen, assim como Dworkin, despende atenção especial à diferença de capacidade das pessoas para empregar seus recursos na realização dos seus objetivos de vida, e alcançar o devido sucesso. Sen, todavia, o faz de maneira diferenciada: enquanto Dworkin pensa em um esquema de compensação das desigualdades surgidas após o encerramento da distribuição, quando as pessoas já deram início à utilização do seu pacote de recursos, Sen idealiza um esquema de distribuição que considera as circunstâncias pessoais de cada um desde o primeiro momento.

Feita esta breve distinção entre as duas teorias, que, na verdade, em muito se assemelham, no item seguinte, as ideias de Sen serão expostas com mais detalhes, naquilo que interessa ao objeto do presente estudo, justificando-se, então,

a utilização da igualdade de capacidades, juntamente com a igualdade de recursos, em complemento à justiça como equidade, como meio de aperfeiçoar a compreensão acerca da judicialização dos direitos sociais fundamentais.

1.3 A IGUALDADE DE CAPACIDADES

Amartya Sen (2012, p. 43) expõe suas ideias igualitárias a partir de uma pergunta básica (“igualdade de quê?”), que questiona o espaço correto em que deve ser buscada a igualdade, uma vez que distintas teorias exigem a igualdade em algum espaço, o que “pode fazer com que se seja anti-igualitário em algum outro espaço, cuja importância comparativa na avaliação global tem de ser apreciada criticamente” (SEN, 2012, p. 47). A distinção entre as várias teorias igualitárias reside, precipuamente, no espaço em que cada uma entende que as pessoas devem ser iguais, o que o autor chama de *igualdade basal*.

É neste sentido que se direcionam as críticas de Sen às teorias da justiça de John Rawls e Ronald Dworkin. Ambas, na visão dele, adotam como base informacional o espaço das rendas (bens primários e recursos), defendendo que as pessoas devem ser igualadas nos meios de que dispõem para buscar a realização dos seus objetivos individuais de vida.

Desta forma, ambas as teorias almejam a meta correta, que é a liberdade para realizar, e não a realização propriamente dita. O problema, segundo Sen (2012, p. 50), é que “[o]s seres humanos diferem uns dos outros de muitos modos distintos”, e toda essa diversidade faz com que a relação entre a renda, de um lado, e o bem-estar, de outro, sofra considerável variação, de acordo com as possibilidades reais de cada um para converter renda em bem-estar, de sorte que “[a] extensão da desigualdade real de oportunidades com que as pessoas se defrontam não pode ser prontamente deduzida da magnitude da desigualdade de *rendas*” (SEN, 2012, p. 60).

A impropriedade da renda enquanto espaço da igualdade basal é justificada pela distinção entre meios para a liberdade e a própria liberdade. Bens primários e recursos, na opinião de Sen, são meios para a liberdade, os quais, no entanto, não se convertem, necessariamente, em liberdade, visto que a diversidade que caracteriza a raça humana faz com que as circunstâncias pessoais de cada um, isto é, a sua capacidade de converter meios em liberdade, sejam distintas.

Sen inaugura, então, uma nova abordagem, que, embora mais se assemelhe à igualdade de bens primários e de recursos, em detrimento da igualdade de bem-estar, propõe algo a mais, porque, para o autor ora em comento, não basta que as pessoas sejam igualadas em renda; é preciso que se considere a diversidade humana, para tentar igualar as pessoas na sua capacidade real de converter renda em liberdade. “A liberdade tem de ser distinguida não apenas da realização, mas também de recursos e meios para a liberdade” (SEN, 2012, p. 75).

O bem-estar, nas lições do teórico, são os *funcionamentos*, é dizer, os elementos constitutivos do estado de uma pessoa, as suas realizações. “Na medida em que os funcionamentos são constitutivos do bem-estar, a capacidade representa a liberdade de uma pessoa para realizar bem-estar” (SEN, 2012, p. 89). Igualar as pessoas em seus funcionamentos, portanto, seria o mesmo que as igualar em bem-estar, e, repita-se, não é essa a proposta de Sen. Neste aspecto, suas ideias muito se assemelham às de Rawls e Dworkin, no sentido de que as pessoas devem ser livres para escolher os funcionamentos que para elas são relevantes. O que deve ser buscado, ao contrário, é a igualdade de capacidade para realizar funcionamentos, ou seja, a igualdade de liberdade para realizar bem-estar. Tratar-se-ia, na visão de Gargarella (2008a, p. 73), de “algo ‘posterior’ à posse desses recursos, mas ‘anterior’ à obtenção da utilidade”.

Para esclarecer, definitivamente, a diferença entre bens primários e recursos, capacidade e funcionamentos, explica Sen (2012, p. 82):

Estas variáveis [bens primários e recursos, dentre outras] tratam todas de *instrumentos* para realizar bem-estar ou outros objetivos, e podem também ser vistas como *meios* para a liberdade. Em contraste, os funcionamentos fazem parte dos elementos constituintes do bem-estar. A capacidade reflete a liberdade para buscar esses elementos constitutivos e pode até ter [...] um papel direto no próprio bem-estar, na medida em que decidir e escolher também são partes do viver.

E o espaço em que deve ser buscada a igualdade, consoante as ideias desenvolvidas por Sen, não é o espaço dos bens primários, como pretende Rawls, nem o dos recursos, como defende Dworkin, e sim o espaço das capacidades para a realização dos funcionamentos. A igualdade basal, portanto, deve ser o conjunto de capacidades básicas dos indivíduos, e não os instrumentos que estão a serviço dessas capacidades, como o são os bens e os recursos (ROSAS, 2008, p. 63). E, para tanto, “[é] preciso, então, levar em consideração a diversidade dos indivíduos e

o seu pertencimento a grupos determinados na hora de estabelecer [...] as estratégias a fim de obter igualdade entre as pessoas” (BRITO FILHO, 2014a, p. 56).

É nítida a preocupação de Sen com as circunstâncias pessoais dos indivíduos, os distintos talentos e capacidades de cada um, em função dos quais as pessoas não têm as mesmas possibilidades reais de empregar os seus recursos nos seus objetivos de vida, e obter os mesmos graus de sucesso na realização destes.

Dworkin também manifesta a mesma preocupação, mas, ao invés de considerar a diversidade humana desde o momento inicial da distribuição de recursos, fá-lo em um momento posterior, qual seja, o mercado hipotético de seguros, como instrumento de compensação das desigualdades surgidas após a distribuição de recursos, e em decorrência da utilização destes.

É bem verdade que Dworkin deixa claro que, no leilão de recursos entre náufragos, só são objeto de distribuição os recursos impessoais. Todavia, o mercado hipotético de seguros é pensado, justamente, em respeito aos recursos pessoais, que Dworkin admite que variam de pessoa para pessoa e que têm ingerência direta no nível de sucesso alcançado por elas, quando da utilização de seu pacote de recursos para a realização do seu plano individual de vida.

Sen, por outro lado, elabora uma proposta de linha de largada, em que as circunstâncias pessoais não são pensadas para fins de compensação *a posteriori* das desigualdades, após o surgimento destas, e sim para a promoção, desde o princípio, de uma distribuição igualitária de meios para a realização de funcionamentos.

É esta a distinção fundamental que se percebe existente entre a igualdade de recursos e a igualdade de capacidades: o momento em que são tidas em consideração as circunstâncias pessoais de cada um, como variável essencial para a identificação dos recursos dos quais as pessoas necessitam, para dar início à realização dos seus objetivos de vida.

Porque, em ambas as teorias, verifica-se a devida preocupação com o fato de cada indivíduo ter talentos e capacidades próprios, que o diferenciam dos demais e têm influência direta no nível de sucesso obtido por meio do emprego dos bens recebidos na distribuição.

Também em ambas as teorias, seja desde o primeiro momento, como é o caso da igualdade de capacidades, seja em momento posterior, como na igualdade de recursos, pode-se constatar o objetivo último de propiciar a todas as pessoas, de

maneira igualitária, condições materiais suficientes para que, apesar de eventuais circunstâncias pessoais desfavoráveis, possam obter resultados favoráveis na utilização do seu pacote de recursos.

Um ponto de contato entre as ideias dos dois teóricos diz respeito à posição ocupada pela liberdade. Assim como o faz Dworkin, Sen afirma que priorizar a liberdade em detrimento da igualdade é um modo completamente falho de ver a relação entre igualdade e liberdade, pois estas são, em verdade, interdependentes, de maneira que um valor alimenta o outro, promovendo, conjuntamente, o objetivo que reflete o tratamento de todos com igual consideração.

Importa ressaltar, no entanto, que, apesar da semelhança entre as compreensões de Sen e Dworkin a respeito do lugar da liberdade, Sen não rechaça por completo o modo de Rawls compreender a liberdade, mas defende ser necessário um reconhecimento adicional da liberdade, uma liberdade abrangente para realizar, que não elimina o significado especial da liberdade negativa, mas acrescenta a ideia de liberdade para buscar os fins individuais, considerando, sempre, as variações interpessoais na transformação de bens e recursos em capacidades (SEN, 2012, p. 142-143).

As ideias de Sen aqui expostas, em razão da sua semelhança com a teoria da justiça de Dworkin, também podem servir como complemento à justiça como equidade, naquilo que é necessário para justificar a implementação dos direitos sociais fundamentais em níveis adequados para todas as pessoas, sobretudo para aquelas que, em razão das suas circunstâncias pessoais desfavoráveis, não dispõem de possibilidades reais de obtenção dos mesmos níveis de sucesso na realização dos seus objetivos de vida, com o mesmo pacote de recursos devido às demais pessoas, que gozem de circunstâncias pessoais favoráveis.

As ideias de Sen podem ser especialmente úteis ao tema da implementação em sede judicial dos direitos sociais porque as demandas judiciais, ao contrário das políticas públicas sociais, que precisam guardar certo grau de generalidade, admitem a análise individualizada das circunstâncias pessoais do demandante, com vistas à identificação de necessidades básicas especiais que precisem ser atendidas, para que ele possa desfrutar de liberdade real para perseguir o seu plano individual de vida.

Expostas as três teorias da justiça selecionadas, com o devido destaque para os aspectos relevantes ao tema estudado, passar-se-á à sua leitura conjunta,

compondo a ideia de justiça adotada como fundamento teórico para a proposta de superação de limites de atuação do Poder Judiciário, na tarefa de concretização, no espaço das demandas judiciais, dos direitos sociais fundamentais.

1.4 O FUNDAMENTO TEÓRICO PARA A ADEQUADA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

John Rawls, com a sua justiça como equidade, inaugurou uma nova forma de se conceberem os deveres do Estado para com a sociedade. Até então, sob a égide do utilitarismo, as ações estatais deveriam estar voltadas para a maximização do bem-estar da comunidade como um todo, ainda que, para tanto, fosse necessário sacrificar o bem-estar de alguns indivíduos⁵. Rawls, por outro lado, volta o seu olhar atento para o indivíduo, para todos os indivíduos, fixando a ideia de que o Estado tem por função primordial, além do respeito pelas liberdades (a liberdade de elaboração dos planos individuais de vida, inclusive), a satisfação das necessidades básicas das pessoas por ele governadas. E, no exercício dessa função, não pode descuidar de nenhuma pessoa sequer.

Estas são as bases da moderna concepção de justiça distributiva, assim caracterizada por Fleishacker (2006, p. 12):

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.

Sintetizando as cinco características elencadas por Fleishacker, pode-se dizer que essa ideia de justiça estabelece que, dentre o conjunto de direitos devidos a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, encontra-se uma parcela de bens materiais, necessários à consecução dos seus planos individuais de vida, e que compete ao Estado a importante tarefa de garantir a todos o gozo de tais direitos, sem que nenhum indivíduo reste excluído da proteção estatal.

⁵ O terceiro capítulo da presente dissertação trará um item dedicado a uma breve exposição das ideias utilitaristas, com especial ênfase à influência que, até os dias atuais, essas ideias exercem sobre as políticas públicas sociais.

A primeira inovação trazida pela justiça como equidade, que faz com que se opte por ela como ideia fundamental, para as finalidades aqui pretendidas, é a inclusão do ideal da igualdade, junto à liberdade, na concepção de justiça. É bem verdade que, consoante já se demonstrou em item precedente, Rawls dispõe liberdade e igualdade em uma posição de hierarquia da primeira em relação à segunda. E, neste aspecto, a justiça como equidade pode ser corrigida, mas não totalmente descartada, pela igualdade de recursos, e também pela igualdade de capacidades, haja vista que, nas sociedades democráticas modernas, mais especificamente, no Estado Democrático de Direito instituído no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que conta com um extenso rol de direitos fundamentais de caráter prestacional, ao lado dos direitos de defesa, nada justifica que a liberdade tenha prioridade em relação à igualdade.

Apesar disso, a justiça como equidade é, indiscutivelmente, uma teoria igualitária, porque, ao estabelecer que a distribuição de renda e riqueza deve ter como piso as necessidades dos menos favorecidos, o princípio da diferença controla as desigualdades presentes na sociedade, garantindo que todos os indivíduos, independentemente da posição social que ocupam, tenham acesso às condições materiais básicas para que possam colocar em prática aqueles objetivos que, de forma absolutamente livre, elegeram para suas vidas.

A preferência pelo indivíduo, em detrimento da comunidade como um todo, é outra inovação da justiça como equidade que justifica a sua utilização como base do fundamento teórico para a concretização judicial dos direitos sociais fundamentais em níveis adequados. Rawls fixa, a partir das necessidades básicas dos menos favorecidos, um *quantum* mínimo de direitos a todos os indivíduos, os quais, por serem tidos como essenciais à dignidade inerente ao ser humano⁶, devem permanecer a salvo de toda e qualquer ação estatal, independentemente dos objetivos por ela almejados, gozando, assim, de proteção absoluta.

Com fulcro nesta ideia de justiça, não se admitem ações estatais que, ainda que tenham por meta a maximização do bem-estar da comunidade como um todo, importe em sacrifício desse conjunto mínimo de direitos, mesmo que um único

⁶ A relação que se estabelece entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana será abordada com maiores detalhes no capítulo seguinte.

indivíduo seja prejudicado em prol dos demais⁷. A justiça como equidade, acredita-se já estar claro, admite desigualdades de renda e de riqueza, mas essas desigualdades, para que sejam admitidas, devem atender a um critério de justiça, consubstanciado, justamente, na salvaguarda dos direitos fundamentais, dentre eles, aqueles que asseguram aos indivíduos as condições materiais necessárias para a persecução dos seus planos de vida.

No que atine ao objeto da distribuição regulada pelo princípio da diferença, Rawls (2008, p. 74) esclarece que tal princípio se aplica “à distribuição de renda e riqueza e à estruturação de organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade”, sem, contudo, definir, de maneira suficientemente clara, quais direitos estariam inclusos na definição de *renda e riqueza*.

Aplicando-se a justiça como equidade à realidade brasileira, porém, pode-se dizer que os bens sociais primários a serem distribuídos pelo Estado a todos os indivíduos são aqueles constantes do catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais, os direitos sociais, que são o foco da atenção desta análise.

A distribuição de renda e riqueza proposta por Rawls, todavia, apresenta problemas que talvez só apareçam em momento posterior à distribuição, quando os indivíduos começarem a empregar os seus bens na realização daqueles planos que, para eles, qualificam a vida boa. É que as pessoas são extremamente diferentes em seus talentos e em suas capacidades e, dessa diversidade, não raro resultam desigualdades que não atendem aos critérios de justiça.

Para este problema, decorrente da diversidade que caracteriza a raça humana, Ronald Dworkin olha com mais atenção e, por este motivo, a sua igualdade de recursos pode em muito contribuir para a justificação teórica da concretização judicial dos direitos sociais fundamentais em níveis adequados.

Rawls vislumbra os indivíduos em uma posição de cidadania igual e em vários níveis de renda e riqueza, mas isso é insuficiente, porque desconsidera vários aspectos da diversidade humana que tendem a gerar desigualdades que não podem

⁷ Brito Filho (2014b, p. 227-246) exemplifica tais ações estatais mencionando eventual medida que, por exemplo, possibilitasse que 90% das crianças tivessem educação básica. Os utilitaristas considerariam justa tal medida, porque esta maximizaria o direito à educação da comunidade como um todo. O problema é que, em consequência de tal medida, 10% de todas as crianças seriam excluídas do direito de ter educação formal e, por essa razão, a medida seria condenada por Rawls, e o seria, da mesma forma, se, ao invés de 10%, uma única criança não tivesse assegurado o seu direito à educação.

ser admitidas. Dworkin, por outro lado, pretende compensar essas desigualdades, garantindo que todos, por mais desfavoráveis que sejam as suas circunstâncias pessoais, tenham garantido um nível mínimo de sucesso na utilização do seu pacote de recursos, o que faz, em especial, por meio do seu esquema de seguros obrigatórios e facultativos. Desta forma, a distribuição proposta por Dworkin atende melhor às necessidades de grupos vulnerabilizados e, por este motivo, fundamentalmente, a teoria da justiça de Dworkin é aqui adotada como complemento da justiça como equidade de Rawls.

Outro detalhe digno de nota, na distribuição idealizada por Dworkin, é a possibilidade de as pessoas escolherem livremente, dentre todos os recursos impessoais disponíveis para distribuição, aqueles que mais bem se adequam aos seus planos de vida, o que ajuda a garantir que todos, sem exceção, alcancem um nível mínimo de resultados favoráveis, a partir da utilização do seu pacote de recursos.

Ademais, convém repetir, Dworkin estabelece uma relação entre liberdade e igualdade que parece ser mais condizente com a realidade das modernas sociedades democráticas, e também mais adequada à ideia de justiça. Do texto constitucional brasileiro, por exemplo, não se vislumbra nenhum indício de que a liberdade deva ter prioridade sobre a igualdade, ficando claro, desde o preâmbulo, o compromisso assumido pelo Estado em assegurar os direitos sociais e em promover, igualmente, a liberdade e a igualdade, tidos, dentre outros, como valores supremos da sociedade, até mesmo porque existe uma relação de interdependência entre os dois ideais, haja vista que, sem efetivo acesso às condições materiais básicas necessárias à realização dos planos individuais de vida, não se pode dizer que as pessoas desfrutem de liberdade real para conduzir a sua existência como bem lhes aprouver.

Amartya Sen, da mesma forma, equipara a importância dos ideais de liberdade e igualdade, e deixa em evidência a dependência da primeira em relação à segunda, quando afirma que a distribuição de bens e recursos, para que seja considerada justa, há que igualar os indivíduos no que atine à liberdade real desfrutada para realizar os funcionamentos que para eles são relevantes, considerando-se, para tanto, as capacidades de cada um.

A distinção essencial que se percebe, ao se comparar a igualdade de recursos e a igualdade de capacidades, é o momento em que são tidas em

consideração as circunstâncias pessoais de cada um, para a identificação dos bens e recursos que lhe são devidos.

Sen, assim como Dworkin, atenta, de modo especial, para a diversidade humana, e para as desigualdades que esta pode vir a gerar, mas os dois teóricos o fazem de modo distinto: Dworkin, com os seguros obrigatórios e facultativos, compensa as desigualdades surgidas em momento posterior à distribuição inicial de recursos, quando as pessoas já começaram a empregar o seu pacote de recursos na realização dos planos que traçaram para si próprias, mas, porque diferentes em seus talentos e capacidades, não puderam lograr os mesmos níveis de sucesso; Sen, por outro lado, vislumbra um esquema de distribuição que considera as diferenças de talentos e de capacidades desde o início, de maneira que cada um receba, desde logo, o pacote de bens e de recursos que, dadas as suas circunstâncias pessoais, são necessários para que possam dar início à realização dos seus planos individuais de vida.

O problema que se pode identificar no ideal de justiça distributiva de Sen é a sua dificuldade de ser colocada em prática de maneira isolada, e não como complemento de outra teoria da justiça, como, por exemplo, a justiça como equidade e a igualdade de recursos. Não seria viável analisar desde o momento inicial da distribuição, em sede de políticas públicas sociais, os talentos e as capacidades de cada indivíduo, para, então, mensurar o pacote de recursos necessários para que cada um desfrutasse de liberdade real para perseguir o seu plano de vida. “Pretender assim geraria políticas de tal subjetividade e de tal amplitude que se acabaria por reconhecer [...] que a proposta de Sen nada mais seria que mais uma das formas de conceber a igualdade de bem-estar” (BRITO FILHO, 2014a, p. 56).

Outra forma de se interpretar a igualdade de capacidades, segundo a resposta de Dworkin às críticas de Sen, seria a seguinte:

O governo deve esforçar-se por garantir que quaisquer diferenças no grau em que as pessoas não sejam igualmente capazes de alcançar a felicidade e as outras realizações “complexas” devem ser atribuíveis às diferenças em suas escolhas e personalidade e as escolhas e a personalidade das outras pessoas, e não a diferenças nos recursos pessoais e impessoais que possuem. Se entendermos a igualdade de capacidades dessa forma, ela não é uma alternativa à igualdade de recursos, mas apenas o mesmo ideal exposto com outra terminologia. (DWORKIN, 2011, p. 426)

Seguindo-se este viés interpretativo, as concepções de justiça de Dworkin e de Sen em muito se assemelham, o que permite que ambas sejam lidas em conjunto, ao menos para a construção de um fundamento teórico capaz de sustentar

a judicialização adequada dos direitos sociais fundamentais. Se, por um lado, a igualdade de recursos e a igualdade de capacidades diferem entre si quanto ao momento de consideração das diferenças de talentos e de capacidades, por outro lado, é inegável que, em ambas as teorias, a diversidade humana é tida como uma variável importante para a identificação dos bens e recursos devidos a cada um, com vistas ao alcance da distribuição ideal.

Sendo assim, as ideias de Sen são úteis aqui, em complementação à teoria da justiça de Dworkin, especialmente porque, ao contrário das políticas públicas sociais engendradas, com efeitos amplos, pelos poderes políticos competentes, a realização dos direitos sociais fundamentais em sede judicial admite uma análise mais individualizada, tendente à identificação de circunstâncias pessoais diferenciadas, que tornam necessária a distribuição de um pacote de bens específico desde o primeiro momento, para que se possa promover, na prática, a liberdade real para a persecução dos vários planos individuais de vida.

Então, a ideia de justiça que norteará a proposta de superação de limites de atuação do Poder Judiciário, objeto do capítulo de encerramento da presente dissertação, consubstancia-se na justiça como equidade, de John Rawls, como base, com o complemento da igualdade de recursos, de Ronald Dworkin, e da igualdade de capacidades, de Amartya Sen, nos termos aqui estabelecidos.

As três teorias da justiça já foram apresentadas, com o devido detalhamento, nos itens antecedentes deste primeiro capítulo, razão pela qual se tornou despiciendo expô-las novamente, neste item final. Aqui, objetivou-se apenas fixar as bases teóricas do estudo, para que, então, pudesse-se seguir para os demais capítulos, visando à análise da judicialização dos direitos sociais sob um novo viés, para que esta possa vir a se transformar em um instrumento mais efetivo de promoção da igualdade material.

2 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Este segundo capítulo será dedicado ao estudo dos direitos sociais fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Demonstrar-se-á, inicialmente, a íntima relação existente entre todo o catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos e o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que tais direitos, de uma forma ou de outra, intentam a proteção e a promoção deste signo distintivo do ser racional, qual seja, a dignidade que lhe é inerente.

Em seguida, será demonstrada a imprescindibilidade dos direitos sociais, ao lado dos direitos de defesa, para o gozo de uma vida digna, à medida que os primeiros garantem aos indivíduos as condições materiais necessárias para o exercício e o aperfeiçoamento das suas liberdades básicas.

Será analisada, então, a eficácia das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais, enquanto normas jurídicas dotadas de aplicabilidade imediata.

E, finalmente, discorrer-se-á sobre o relevante papel desempenhado pelos direitos fundamentais em uma democracia constitucional e, por conseguinte, também pelo Poder Judiciário, na qualidade de função estatal responsável pela garantia de respeito e de implementação desses direitos.

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO UNIDADE DE SENTIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O primeiro artigo do texto constitucional de 1988, ao elencar os fundamentos da República Federativa do Brasil, evidencia os valores que foram eleitos como sendo aqueles mais relevantes para o Estado brasileiro. Desde o princípio, pois, começam a ficar claros os objetivos que a atuação estatal deve sempre buscar promover, objetivos estes que vão sendo detalhados nos demais dispositivos constitucionais, a começar pelo terceiro artigo.

Dentre os valores fundamentais eleitos pelo constituinte, está a dignidade da pessoa humana⁸. E a relevância desse valor é tamanha que o constituinte optou por

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

se referir a ele em várias outras passagens do texto constitucional, reafirmando-o, desta forma, como norte das ações do Estado e de toda a sociedade.

Logo de plano, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação⁹.

Por sua vez, o Título VII, que regula a ordem econômica e financeira, inicia-se estabelecendo que a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego¹⁰.

Já o capítulo que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso dispõe que o planejamento familiar deve se fundar no princípio da dignidade da pessoa humana¹¹, além de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade¹² e, ainda, impor à família, à sociedade e ao Estado o dever de defender a dignidade e o bem-estar das pessoas idosas¹³.

Como já demonstram os dispositivos constitucionais até aqui mencionados, o Estado instituído no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, representa “a superação de uma ideia de Estado enquanto fim em si próprio” (BARCELLOS, 2011, p. 31). O Estado constitucional moderno, ao contrário, é uma instituição que existe para a realização de finalidades outras, dentre as quais, consoante a opção feita

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰ Art. 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, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; [...].

¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹² Art. 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, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹³ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

pelo constituinte brasileiro, está, principalmente, a promoção da dignidade da pessoa humana.

Significa dizer que, desde 1988, a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica brasileira, razão pela qual, pode-se afirmar, “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2012b, p. 80).

E o constituinte não se limitou à previsão vazia da dignidade da pessoa humana como ideal regulativo da atuação estatal. Ao mesmo tempo em que impôs ao Estado a responsabilidade pelo bem-estar humano, trouxe, também, as ferramentas para a persecução desse ideal, que são os direitos e garantias fundamentais. Instituiu, desta maneira, um Estado “prestador de serviços” (BRITO FILHO, 2015, p. 109), porque “o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado” (SARLET, 2012b, p. 48).

Ademais, o fato de os direitos e garantias fundamentais encontrarem guarida no texto constitucional de 1988 revela o reconhecimento de que estes contêm o mesmo grau de fundamentalidade da organização do poder estatal. E a sua localização topográfica, logo no início do texto, implica a necessidade de todos os dispositivos subsequentes serem interpretados e aplicados de maneira condizente com a dignidade da pessoa humana. Os direitos e garantias fundamentais, na Constituição Federal de 1988, portanto, são parte integrante das “decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade” (SARLET, 2012a, p. 75), e também “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” (SARLET, 2012a, p. 66).

Sarlet (2012a, p. 77) assim conceitua os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são [...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Os direitos fundamentais são, portanto, as posições jurídicas essenciais a todas as pessoas, porque decorrentes, de uma forma ou de outra, da sua dignidade.

São as ferramentas por meio das quais o Estado reconhece, respeita, protege e promove o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e, assim, cumpre com a finalidade primeira que lhe foi imposta pelo constituinte, de modo que “em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa” (SARLET, 2012b, p. 101).

É por esta razão que a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como a ideia que empresta unidade de sentido a todo o catálogo de direitos e garantias fundamentais. Todos esses direitos, de alguma forma, relacionam-se com o valor da dignidade da pessoa humana, haja vista que eles, seja limitando o espaço de ação do Estado, seja lhe impondo uma conduta ativa, visam, ao fim e a cabo, à proteção e ao desenvolvimento do homem.

É importante esclarecer, neste ponto, que se admite a possibilidade de o catálogo de direitos e garantias fundamentais ser variável em função do tempo e do espaço. É que cada comunidade tem as suas necessidades próprias, e estas variam não apenas entre as diversas comunidades, mas também ao longo do tempo. Como bem observa Brito Filho (2015, p. 40), “a evolução dos seres humanos é geradora de novos anseios e [...] alguns deles, em dado momento, podem vir a ser considerados essenciais aos indivíduos”.

Todavia, a dinamicidade dos direitos e garantias fundamentais não obsta que lhes seja reconhecida uma unidade de sentido, visto que pouco importa quais são os direitos e garantias que uma dada comunidade, em um determinado espaço de tempo, considera como sendo fundamentais; eles sempre estarão voltados para o respeito do homem e de sua dignidade. Nas palavras de Sarlet (2012b, p. 94),

embora se possa aceitar [...] a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais.

Isso porque a dignidade contém uma dualidade de usos, operando tanto como fundamento quanto também como conteúdo dos direitos e garantias fundamentais (WALDROM apud SARLET, 2012b, p. 95). E, nesta linha de raciocínio, não obstante a dignidade seja variável, quando tida como conteúdo de direitos, na acepção de fundamento destes, a dignidade será sempre imutável.

É importante esclarecer que a dignidade de que se está tratando aqui é aquela de matriz kantiana, enquanto qualidade intrínseca e indissociável de todo e

qualquer ser racional, que lhe permite agir com autonomia, ou seja, segundo a representação de uma determinada lei que ele impõe a si próprio. Tal capacidade, própria do ser humano, exige que este seja sempre tratado como um fim em si mesmo, e nunca como um valor meramente relativo, que possa ser empregado como meio para outras finalidades (KANT, 2002, p. 58-59). É desta forma que o homem, no *reino dos fins*, distingue-se dos seres irracionais.

Como bem explica Kant (2002, p. 65),

[n]o reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. [...] Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.

Justamente porque o ser humano não tem um preço, não pode servir de instrumento para a persecução de outras finalidades. Ao contrário, o homem é o único ente dotado de razão, capaz de orientar a sua conduta de maneira autônoma, motivo por que, ao contrário das coisas, que existem para servir a fins diversos, o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo, que, pelo simples fato de existir, é merecedor de direitos essenciais à sua dignidade.

A dignidade, portanto, “tem uma dupla face: de um lado o poder de fazer escolhas, de exercitar a autonomia; de outro, o direito de ter respeito mínimo por parte do Estado e de toda a comunidade” (BRITO FILHO, 2015, p. 45). E a forma concreta de se fazer isso é através do reconhecimento e da implementação de direitos básicos, aqueles imprescindíveis para que o homem possa, efetivamente, determinar-se de acordo com a sua própria vontade.

Nestes termos, a dignidade da pessoa humana, na concepção aqui adotada, com nítida matriz kantiana, pode ser conceituada, nas palavras de Sarlet (2012b, p. 73), aqui emprestadas, como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A dignidade, nesta acepção, é uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, de sorte que se faz incorreto pretender a concessão da dignidade. A

dignidade caracteriza as pessoas, todas as pessoas, sem exceção, cabendo ao Estado, tão-somente, o reconhecimento, o respeito, a proteção e a promoção da dignidade (SARLET, 2012b, p. 52-53), por meio da previsão nas leis e da realização prática dos direitos e das garantias fundamentais.

Claro que tais direitos básicos não são todos os necessários para a realização plena dos indivíduos. Em um Estado que preza pela neutralidade ética, resguarda-se a liberdade de cada indivíduo definir, como bem lhe aprouver, aquilo que para ele significa a realização plena, bem como se resguarda, também, uma parcela de responsabilidade individual pelos rumos da vida de cada um. Logo, o conjunto mínimo de direitos cuja garantia o constituinte impõe ao Estado, em relação a todas as pessoas, compreende apenas aqueles direitos de que todas as pessoas necessitam para o desenvolvimento das suas potencialidades (CASTILHO, 2009, p. 99). É desses direitos que depende o reconhecimento, o respeito, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana.

E, para finalizar este primeiro tópico do presente capítulo, apenas para que não restem dúvidas acerca do que se está entendendo, aqui, como dignidade da pessoa humana, insta salientar que se trata de um “atributo da pessoa humana individualmente considerada” (SARLET, 2012b, p. 63), e não da humanidade como um todo, o que corrobora a impossibilidade de uma pessoa individual ser instrumentalizada em prol de outrem, ainda que o seja em benefício de toda a humanidade.

Da mesma forma, o fato de, concretamente, estar ausente a capacidade de autodeterminação de uma dada pessoa não autoriza a negação da sua dignidade, tampouco o faz eventual prática de ações não condizentes, ainda que flagrantemente, com o atributo da razão. “[A] razão, aqui, deve ser entendida de forma potencial” (BRITO FILHO, 2015, p. 44), independentemente da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de modo que todas as pessoas, mesmo o absolutamente incapaz ou o criminoso mais cruel, são iguais em dignidade, e dessa forma merecem ser tratadas. Daí a importância de se voltarem os olhos para o indivíduo singularmente considerado, e não apenas enquanto membro do grupo no qual está inserido, buscando-se, assim, a garantia de direitos básicos a todos, sem quaisquer formas de discriminação.

2.2 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: CONDIÇÕES DE EXERCÍCIO E APERFEIÇOAMENTO DAS LIBERDADES BÁSICAS

No item precedente, afirmou-se que a finalidade primeira do Estado brasileiro, instituído pela Constituição Federal de 1988, é a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, e que, para tanto, a atuação estatal deve ter por norte o respeito e a implementação de um conjunto mínimo de direitos, dada a sua essencialidade para o desenvolvimento de todo e qualquer ser racional.

Neste tópico, buscar-se-á demonstrar que os direitos sociais e as liberdades básicas são igualmente essenciais para uma existência com dignidade e, portanto, ambas as espécies de direitos fundamentais são devidas na mesma medida pelo Estado, a todos os indivíduos, singularmente considerados.

Antes, porém, com a finalidade de introduzir o assunto, faz-se necessário reafirmar que o conteúdo dos direitos atinentes à dignidade da pessoa humana sofre variações em função do tempo e do espaço, porque o ser humano, ao longo da sua evolução histórica, e dependendo das características culturais do grupo em que está inserido, vai desenvolvendo necessidades e anseios específicos, os quais, não obstante sofram alterações, não deixam por isso de ser essenciais ao gozo da vida que é considerada digna dentro de um determinado contexto histórico e social.

A formação do catálogo de direitos fundamentais, portanto, é um processo, fruto da luta dos grupos sociais que, em cada tempo e espaço, almejam o reconhecimento de que suas necessidades são fundamentais e, por este motivo, devem ser atendidas pelo Estado.

No nascedouro do que atualmente se entende por direitos fundamentais, o grupo social que lutava pela satisfação de suas necessidades era a burguesia. Tal época era marcada pelo exercício ilimitado do poder monárquico e pelo reconhecimento de direitos e pela concessão de privilégios a um pequeno grupo de aristocratas, em detrimento de todo o restante da sociedade. Na esfera econômica, a burguesia já havia alcançado o seu espaço; porém, lutava pelo seu espaço na esfera pública, até então restrita aos *amigos do rei*, para conciliar poder econômico com poder político.

Nesta conjuntura, as necessidades da burguesia se restringiam às liberdades individuais. Esse grupo social precisava limitar o poder estatal, e conter os abusos que lhe dificultavam a ascensão política, no mesmo nível em que já haviam ascendido economicamente. Na esteira da clara observação feita por

Comparato (2015, p. 63-64), “[o] espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável”.

Daí que surgiram os primeiros registros dos direitos fundamentais, tal como são atualmente concebidos, porém, àquela época, limitados às liberdades básicas, de matriz liberal-burguesa, ou o que mais tarde acabou ganhando a denominação de *direitos humanos de primeira geração* ou *dimensão*¹⁴.

Comparato (2015, p. 62) aponta a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, como “o registro de nascimento dos direitos humanos na História”, em especial quando, em seu primeiro artigo¹⁵, fixa a ideia de liberdade e de igualdade entre todos os seres humanos, bem como a existência de direitos inatos, dos quais o Estado não pode vir a privá-los, direitos estes que, no entanto, limitavam-se à fruição da vida e da liberdade.

Com o passar do tempo, porém, as liberdades individuais foram se tornando insuficientes à satisfação das necessidades que a sociedade fora desenvolvendo. Agora todos os homens eram livres e iguais perante a lei, mas essa igualdade meramente formal, na prática, impunha aos grupos sociais mais pobres uma cruel desigualdade em relação aos grupos abastados. “A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor” (BARCELLOS, 2011, p. 136). Surgia, então, a necessidade de luta pela afirmação de um outro grupo de direitos básicos, quais sejam, aqueles de cunho econômico e social, afirmação esta que primeiramente se fez presente, de modo

¹⁴ Convém esclarecer que a expressão *direitos humanos* é normalmente empregada quando se está referindo aos direitos reconhecidos pela ordem jurídica internacional, enquanto que o termo *direitos fundamentais* comumente se refere aos direitos reconhecidos pelos Estados, em suas ordens jurídicas internas. Ambos, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, são o conjunto de direitos devidos a toda pessoa humana, em respeito à dignidade que lhe é inerente. Embora, em alguns casos, possa haver alguma dissonância entre os direitos consagrados pela comunidade internacional e aqueles recepcionados pelas ordens jurídicas internas dos Estados, tal possibilidade não se faz aqui relevante, uma vez que o presente estudo não tem a pretensão de identificar todos os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana, inclusive porque, consoante já se afirmou anteriormente, o conjunto desses direitos sofre variações em função do tempo e do espaço.

¹⁵ Comparato (2015, p. 130) assim traduziu o texto do primeiro artigo da Declaração de Direitos de Virgínia: “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”.

mais evidente, na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 (COMPARATO, 2015, p. 66).

Os documentos que se seguiram, em especial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, já passaram a prever, ao lado dos direitos individuais, também os direitos econômicos e sociais, afirmando, assim, a essencialidade de ambos os grupos de direitos para o gozo de uma vida com dignidade.

Dezoito anos depois, em 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou dois documentos internacionais, que, ao contrário da Declaração de 1948, que tem natureza de recomendação, seriam, agora, documentos juridicamente vinculantes aos Estados signatários.

É bem verdade que esses dois documentos trazem em separado os direitos civis e políticos, ou direitos humanos de primeira dimensão, e os direitos econômicos, sociais e culturais, ou direitos humanos de segunda dimensão. Contudo, tal separação não contraria a afirmação de que ambos os grupos de direitos são imprescindíveis à dignidade da pessoa humana. “A elaboração de dois tratados e não de um só [...] foi o resultado de um compromisso diplomático” (COMPARATO, 2015, p. 293), é dizer, a solução encontrada para a conciliação entre os interesses das potências ocidentais, voltados tão-somente para o reconhecimento das liberdades individuais, e as aspirações do bloco comunista e dos jovens países africanos, que tinham por objeto os direitos capazes de promover a justiça social (COMPARATO, 2015, p. 293).

Nos dias atuais, reconhece-se, majoritariamente, que não há, entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, nenhuma diferença substancial, e sim, no máximo, uma distinção de grau (ABRAMOVICH, 2005, p. 191), uma vez que todos eles exigem condutas omissivas e comissivas a cargo do Estado, em menor ou maior escala.

Terezo (2014, p. 43) também conclui pela inexistência de diferença substancial entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, quando, analisando as razões que ensejaram a alocação das duas dimensões de direitos humanos em dois instrumentos internacionais distintos, afirma que

[a] decisão em reconhecer os Direitos Humanos em dois textos normativos distintos, com previsão de medidas de implementação diversas para os direitos econômicos, sociais e culturais e com um único Protocolo Facultativo ou Opcional, tão somente se referindo à violação dos direitos civis e políticos, foi a melhor alternativa encontrada naquele momento para

se alcançar o consenso, muito embora tenha se reconhecido que mais poderia ter sido feito, e que tais instrumentos internacionais não teriam tanta eficácia, como asseverou a Delegação de Filipinas: “[...] sem medidas de implementação verdadeiramente efetivas, os Pactos seriam algo, menos Direitos Humanos, não tendo nenhum poder real de influenciar política e conduta de pessoas e de Estados, sob sua jurisdição”.

O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais obrigam os Estados signatários da exata mesma maneira: além de respeitar na esfera internacional os direitos previstos em ambos os documentos, os Estados devem reconhecer os mesmos direitos também na sua ordem jurídica interna; mas não apenas fazer com que eles constem dos textos normativos, e sim respeitá-los, efetivamente e, no que atine, especialmente, aos direitos fundamentais de cunho prestacional, também implementá-los em níveis adequados¹⁶.

Portanto, todos os direitos humanos (ou direitos fundamentais), sejam as liberdades básicas, sejam os direitos de cunho econômico e social, são igualmente marcados pelo signo da essencialidade. Na verdade, “os Direitos Humanos, todos, são complementares entre si, e interdependentes” (BRITO FILHO, 2015, p. 35), funcionando todos, conjuntamente, para a promoção da dignidade inerente a todos os indivíduos.

Atualmente, pois, o conjunto de direitos que são reconhecidos como o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana compreende, no mesmo grau de importância, liberdades básicas e direitos de viés econômico e social. E no Brasil pós-1988 não é diferente. “A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma

¹⁶ Artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (recepcionado pela ordem jurídica interna brasileira por meio do Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992): “1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto”. Artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (recepcionado pela ordem jurídica interna brasileira por meio do Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992): “1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais” (SARLET, 2012a, p. 66).

Kant estabelece uma relação direta entre a sua concepção de dignidade e a liberdade como autonomia, ao afirmar que a dignidade que distingue o ser racional dos seres irracionais é a sua capacidade de ser legislador universal, é dizer, de se autodeterminar de acordo com a lei que estabelece para si próprio, lei esta que deve ser sempre aquela que gostaria que se tornasse lei universal. É o que Kant (2002, p. 70) chama de *autonomia*: “a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente dos objetos do querer)”.

“A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 2002, p. 66). Mas o ser humano só é, de fato, autônomo quando tem a liberdade real para conduzir as suas ações segundo a sua própria lei, e essa liberdade só existe, efetivamente, quando o ser humano tem respeitados todos os seus direitos fundamentais e satisfeitas todas as suas necessidades básicas. Por outro lado, quando fatores externos, como, por exemplo, alguma necessidade básica não satisfeita, exercem influência sobre a conduta do ser humano, este age não com autonomia, mas com heteronomia, “fonte de todos os princípios ilegítimos da moralidade” (KANT, 2002, p. 71). E, sem autonomia, resta esvaziada a dignidade.

A mesma ideia está presente nas lições de Sen, expostas com mais detalhes no capítulo antecedente e, portanto, aqui apenas lembradas. Esse autor compreende os bens e os recursos como *meios para a liberdade*¹⁷, à medida que fornecem aos indivíduos condições materiais básicas para que estes possam se autodeterminar ou, como prefere Sen, usufruir de concreta *liberdade para realizar funcionamentos*¹⁸. O conceito de liberdade desse autor está mais voltado para uma ideia de *liberdade substantiva*, ou seja, a liberdade real do indivíduo, dependente das suas condições particulares, dos meios de que dispõe para fazer escolhas e

¹⁷ No Glossário de *Desigualdade Reexaminada*, Sen (2012, p. 237) diferencia os meios para a liberdade dos elementos constitutivos da liberdade: “oposição que exemplifica uma distinção mais geral, aplicada a RELAÇÕES ENTRE BENS: (a) bens *instrumentais* para outros bens (p. ex. *bens primários, recursos e renda real* são bens *instrumentais* para *bem-estar* ou *liberdade*) e (b) bens *constituintes* de outros bens. Um exemplo: a riqueza é um bem instrumental (um meio) para a vida humana; os funcionamentos e as liberdades para realizá-los são constituintes dessa vida”.

¹⁸ Os funcionamentos, para Sen (2012, p. 236), “referem-se a ‘atividades’ [activities] (como *ver, comer*) ou ‘estados de existência ou ser’ [states of existence or being] (como *estar bem nutrido, estar livre da malária, não estar envergonhado pela pobreza da roupa vestida*); por vezes abreviados por ‘ações’ [doings] e ‘estados’ [beings]”.

orientar a sua conduta segundo a sua própria vontade. Nesta acepção, *liberdade* se confunde com *oportunidade*¹⁹.

Fica claro, então, que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões” (SARLET, 2012b, p. 101). Isso porque, na verdade, todos os direitos fundamentais são interdependentes, de sorte que uns oferecem as condições necessárias para o exercício de outros, e todos, juntos, desde que sejam assegurados em níveis adequados, garantem aos seus titulares uma existência em que seja respeitada a sua dignidade.

Castilho (2009, p. 105), inclusive, chega a afirmar que, entre as liberdades individuais e os direitos sociais fundamentais, existe uma *relação recíproca de instrumentalidade*, haja vista que

os direitos sociais só podem ser exercidos plenamente com a plena liberdade do indivíduo, e, de outro lado, [...] as liberdades fundamentais não podem alcançar sua plenitude se não contar o indivíduo com mínimas condições materiais e imateriais de existência.

O conteúdo dos direitos sociais fundamentais, nesta linha de raciocínio, ofertam as condições básicas para o pleno exercício das liberdades individuais, de sorte que “[s]em o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*” (TORRES, 2003, p. 5). É dizer: sem as condições econômicas e sociais que exige a dignidade da pessoa humana, os indivíduos, por mais que a lei lhes preveja liberdade, não são, de fato, livres. A liberdade, nesta hipótese, fica restrita à previsão normativa, enquanto que, na prática, os indivíduos têm a sua autonomia limitada em função dos riscos sociais a que estão sujeitos. Logo, as prestações materiais objeto dos direitos sociais, na ordem democrática, intentam a proteção dos indivíduos contra esses riscos sociais, garantindo-lhes o exercício e o aperfeiçoamento dos seus direitos individuais de liberdade.

Daí que surge, pois, o conceito de *mínimo existencial*, enquanto

conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e

¹⁹ No mesmo Glossário, Sen (2012, p. 235) conceitua *liberdade* como sinônimo de *oportunidade*: “FREEDOMS liberdades [oposto a OUTCOMES resultados] i. variação: OPPORTUNITIES oportunidades [oposto a RESULTS resultados]; ii. *dimensões da vantagem individual*; iii. categorias para operacionalizar *comparações interpessoais de vantagens*; iv. *fins abrangentes* que servem para distinguir *teorias igualitaristas alternativas (igualdade de liberdades – oportunidades – ou igualdade de resultados?)*”.

intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2011, p. 247)

O mínimo existencial, então, é o conjunto das condições materiais básicas, objeto dos direitos sociais fundamentais²⁰, das quais todas as pessoas precisam, para que possam não apenas existir, na acepção biológica do termo, mas sim gozar de uma vida condizente com a dignidade que é inerente ao ser racional. Tratam-se, neste sentido, de inegáveis condições para o exercício e o aperfeiçoamento dos direitos individuais de liberdade.

As teorias da justiça de John Rawls e de Ronald Dworkin²¹, adotadas na presente dissertação, como embasamento teórico para a proposta de superação dos limites de atuação do Poder Judiciário, na tarefa de garantir concretude aos direitos sociais fundamentais, trazem, da mesma forma, a ideia de um mínimo existencial, enquanto conjunto de condições materiais básicas, devidas pelo Estado a todas as pessoas, individualmente consideradas, para que estas gozem de liberdade real para perseguir os objetivos traçados por elas e para elas próprias.

Por meio do princípio da diferença, Rawls pretende controlar as desigualdades fatalmente existentes entre os diversos grupos sociais, garantindo que todos os indivíduos, mesmo aqueles que integram os grupos menos favorecidos, tenham acesso a um mínimo de bens materiais e, assim, possam “se empenhar na realização de seu próprio plano de vida e concepção do bem e, dessa forma, desenvolver um sentido de auto-respeito” (VITA, 2007, p. 252).

Na leitura de Barcellos (2007, p. 112) da teoria da justiça de Rawls, as condições materiais básicas são pressupostos até mesmo do processo equitativo de escolha dos princípios de justiça que irão reger a sociedade, bem como do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, e das próprias liberdades básicas, objeto

²⁰ Barcellos (2011) e Torres (2003) podem ser citados como representantes da parcela da doutrina que entende que o mínimo existencial é um conjunto menor de direitos, que está contido dentro do catálogo de direitos sociais que têm sede constitucional, não obstante os autores diverjam entre si quanto aos direitos sociais que compõem esse mínimo existencial. Aqui, porém, adota-se um conceito mais amplo, que equipara, com perfeição, o mínimo existencial aos direitos sociais fundamentais, porque um direito só é incluído no catálogo de direitos fundamentais se for tido como essencial para uma existência com dignidade. Todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos são, pois, marcados pelo signo da essencialidade, de sorte que não é possível “selecionar, dentro do que já é essencial, algo essencial” (BRITO FILHO, 2015, p. 28).

²¹ Considerando-se que ambas as teorias da justiça foram expostas, com mais detalhamento, no capítulo inaugural deste trabalho, aqui, limitar-se-á a uma breve retomada das ideias que evidenciam o reconhecimento, por parte dos dois autores, do direito a um mínimo existencial, de que são titulares todos os indivíduos, singularmente considerados.

do primeiro princípio de justiça. Nesta esteira de raciocínio, a autora identifica um “movimento de transposição desse mínimo existencial de mero elemento do princípio da diferença para uma posição de prioridade juntamente com o primeiro princípio (o princípio geral da liberdade)” (BARCELLOS, 2007, p. 114).

Vita (2007, p. 206), da mesma forma, entende que “a vigência da ‘prioridade léxica’ do primeiro princípio somente pode ter lugar uma vez que as necessidades básicas dos indivíduos tenham sido satisfeitas”, de sorte que a imperiosidade de satisfação dessas necessidades básicas, na leitura do autor, está implicitamente reconhecida na prioridade que Rawls atribui às liberdades civis e políticas.

Dworkin, por sua vez, pretende corrigir as desigualdades sociais injustas por meio de um pacote de seguros que as pessoas adquiririam, para garantir um nível mínimo de sucesso no emprego, na realização dos seus planos individuais de vida, dos recursos anteriormente distribuídos, durante o leilão. Uma vez que o mercado hipotético de seguros idealizado por Dworkin compreende, além de seguros facultativos, também seguros obrigatórios, estes últimos seriam responsáveis pela garantia de que todas as pessoas, mesmo aquelas que preferissem não adquirir nenhum seguro facultativo, obteriam um mínimo de resultados favoráveis.

A compreensão dos direitos sociais constitucionalmente previstos como condições para o exercício e o aperfeiçoamento das liberdades civis e políticas, nos termos aqui expostos, é o que empresta lastro para o reconhecimento da sua fundamentalidade e, por conseguinte, para a imposição ao Estado da obrigação de não apenas se omitir, respeitando os direitos de defesa, mas sim de agir, promovendo condições materiais básicas para que todas as pessoas tenham respeitada a sua dignidade e sejam, de fato, livres.

Isso porque, vale a pena repetir, emprestando as palavras de Sarlet (2012b, p. 118),

da dignidade decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração (isto é, de sua não violação) mas também um dever de promoção e proteção, a ser implementado inclusive – consoante já referido relativamente aos assim designados direitos sociais – por medidas positivas [...].

Uma vez demonstrado que todos os direitos fundamentais são igualmente essenciais ao gozo de uma vida digna, porque são interdependentes, funcionando, os direitos sociais fundamentais, como condições de exercício e aperfeiçoamento das liberdades básicas, deve-se partir, então, para a análise da eficácia jurídica das

normas constitucionais que definem tais direitos, tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos econômicos e sociais, objetivando-se identificar como essas normas obrigam o Estado e, principalmente, as formas pelas quais o Estado pode ser instado a cumpri-las. É o objeto do próximo tópico.

2.3 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS

Já se sabe que, no Estado brasileiro inaugurado em 1988, os direitos e garantias fundamentais passaram a integrar a Constituição, nas suas acepções formal e material. E, ao incluir os direitos fundamentais dos indivíduos dentre as decisões políticas mais importantes, ao lado da forma de organização do Estado e de exercício do poder político, o constituinte retirou a matéria da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, juridicizando a questão que, antes de feita a opção, era meramente política. Optou-se, desta forma, por transformar um ideário em regras impositivas (MELLO, 2009, p. 11).

É que a Constituição é um documento jurídico, composto de normas jurídicas, cujo atributo distintivo é a imperatividade, é dizer, “a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou, ainda, de associar algum tipo de consequência ao descumprimento da norma” (BARCELLOS, 2011, p. 38).

Portanto, as normas constitucionais, dentre elas, aquelas que definem os direitos e garantias fundamentais, não são meras recomendações, meros conselhos, ou simples plataforma política a ser implementada pelos poderes constituídos, na medida da sua disponibilidade. A Constituição é expressão de um dever ser, que não se limita à reflexão da realidade; o elemento normativo “procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (HESSE, 1991, p. 15).

Mais do que uma dentre muitas normas jurídicas, a Constituição é a norma jurídica suprema do Estado, a mais importante, que vincula toda a atuação estatal, impondo a todos os poderes a responsabilidade comum de alcançar os objetivos traçados pelo constituinte. Neste sentido, a inclusão dos direitos fundamentais na norma jurídica superior do Estado implica a imperiosidade de todos os atos dos poderes constituídos serem conformados por tais direitos. Daí se extrai o que se convencionou chamar de *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, enquanto “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em

todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2012a, p. 143).

Portanto, como afirma Sarlet (2012a, p. 375),

os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.

Mas o constituinte não se conteve em incluir um extenso rol de direitos e garantias fundamentais no texto constitucional, tampouco com a cláusula de abertura constante do artigo 5º, parágrafo segundo²². Foi além. Para assegurar a conformação de todos os órgãos estatais aos direitos e garantias fundamentais, o constituinte se cercou de mais uma garantia, qual seja, a aplicabilidade imediata das normas que definem esses direitos, expressa no artigo 5º, parágrafo primeiro²³.

E, ao estabelecer a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, o constituinte não fez qualquer distinção entre as espécies de direitos, do que se afere, pois, que ele quis que todas elas fossem tidas como normas imediatamente aplicáveis, sejam aquelas relativas aos direitos de defesa, sejam as que preveem direitos de cunho social e econômico. Tal entendimento, inclusive, corrobora o que se afirmou no tópico anterior: não existe diferença substancial entre os direitos de liberdade e os direitos de igualdade; todos exigem alguma prestação positiva por parte do Estado, em maior ou em menor grau. Não haveria sentido, pois, em defender a aplicabilidade imediata de apenas uma espécie de direitos fundamentais, mormente porque eventual restrição da aplicabilidade do preceito precisaria vir expressa na norma, o que, repita-se, o constituinte não fez.

Sarlet (2012a, p. 263) reconhece que o artigo 5º, parágrafo primeiro, aplica-se a todos os direitos fundamentais constantes do texto constitucional, bem assim aos demais, que se encontram em outros textos, inclusive os tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte. Todavia, esse autor desenvolve uma distinção entre a aplicabilidade do dispositivo e o seu significado e alcance, defendendo que, não obstante a regra se aplique a todos os direitos fundamentais,

²² Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²³ Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

assume significado e alcance diversos no que tange aos direitos de defesa e aos direitos a prestações.

É que, segundo esse autor, há normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que não trazem elementos suficientes que lhes confirmem plena eficácia, de sorte que essas normas, de baixa densidade normativa, não prescindem de prévia interposição legislativa, que esclareça os direitos e os deveres correlatos, para que possam se tornar plenamente eficazes. E, na opinião do autor, a aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, parágrafo primeiro, “não tem o condão de outorgar às normas carentes de concretização sua plena eficácia” (SARLET, 2012a, p. 267), do mesmo modo como faz com as normas que definem direitos de defesa.

E porque o significado e o alcance da regra da aplicabilidade imediata seriam distintos, quando comparados os direitos de defesa e os direitos prestacionais, Sarlet (2012a, p. 294) entende que “todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia”, ou seja,

a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. (SARLET, 2012a, p. 270)

No mesmo sentido entendem Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 329-330), para quem

[h]á normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador. [...] Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível.

Tal entendimento, contudo, equivale à desconsideração do fato de os direitos fundamentais terem recebido guarida constitucional e, além do mais, com a garantia extra da aplicabilidade imediata: a sua implementação continuaria à mercê da vontade política dos poderes constituídos. Enquanto não houvesse a regulamentação infraconstitucional, os indivíduos não poderiam gozar dos direitos

que lhes foram concedidos pelo constituinte e, pior, não dispõem dos meios jurídicos para fazer valerem, na prática, os seus direitos.

Ora, não foi a intenção do constituinte reservar a implementação dos direitos fundamentais à esfera de disponibilidade dos poderes políticos. Pelo contrário. O constituinte definiu, previamente, o objetivo último a ser perseguido pelo Estado, qual seja, o bem-estar humano. Logo, o Estado, e todas as suas funções, têm a implementação dos direitos fundamentais como um dever, e não como uma faculdade. “Tribunais, governantes e legisladores têm um papel solidário de projeção e realização de uma sociedade em que os direitos fundamentais sejam debatidos e concretizados” (DIAS, 2007, p. 129). Como atesta Mello (2009, p. 47),

as disposições constitucionais balizadoras da ação do Estado são mecanismos prepostos a conter certos rumos estatais, em *prol dos indivíduos*, e a direcionar-lhes as condutas para certos rumos, em *prol dos cidadãos*. Donde serem eles mesmos, indivíduos, titulares de direitos à obediência destas regras que assujeitam o Poder Público.

Quer dizer que o constituinte, ao organizar o Estado e suas funções, também definiu direitos fundamentais de titularidade de todos os indivíduos, enquanto limitações ao exercício do poder político. E “direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica” (BARROSO, 2009, p. 111). É dizer: as normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais se enquadram na estrutura bilateral de norma jurídica, que correlaciona ao direito de uma parte o dever jurídico de outra parte, que a obriga à satisfação daquele direito, por meio de prestações. “Tais prestações são exigíveis do Estado [...] e, se não foram entregues espontaneamente [...], conferem ao titular do direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento [...], inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial” (BARROSO, 2009, p. 101), pois, uma norma jurídica definidora de um direito traz consigo, por definição, a característica da exigibilidade, o que significa que os direitos fundamentais “são exigíveis de imediato e da forma que for necessária para a sua realização, ou seja, para que se possam incorporar, de fato e de direito, à vida de quem os possui” (BRITO FILHO, 2015, p. 102).

A forma de positivação dos direitos fundamentais de cunho prestacional não lhes retira a condição de norma jurídica; portanto, não desincumbe nenhum dos três Poderes estatais do dever de lhes dar fiel cumprimento²⁴. A implementação de todos

²⁴ Não obstante os órgãos judiciais brasileiros ainda atuem de maneira um pouco tímida na concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a forma de positivação desses direitos não lhes retira o caráter de norma jurídica e, portanto, de

os direitos fundamentais, em níveis adequados, para todos os indivíduos, é uma tarefa que o constituinte impôs ao Estado, desde a sua instituição. É justamente para essa finalidade que o Estado foi instituído. Logo, na hipótese de o Estado não cumprir espontaneamente com esse *mister*, haverá de fazê-lo por força dos meios jurídicos de coerção, inclusive, em sede judicial, pois “[f]alece razão lógica prestante para preservar ao Legislativo a compreensão de um mandamento constitucional e a assinatura de sua amplitude” (MELLO, 2009, p. 38).

A plena eficácia das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais se justifica, ainda, pela fundamentalidade social e jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, para cuja promoção aqueles direitos se prestam.

A fundamentalidade social, emprestando-se, aqui, as lições de Barcellos (2011, p. 140), refere-se ao “grau de importância ou relevância social” da circunstância regulada pela norma. O simples fato de o conteúdo dos direitos fundamentais terem saído da esfera do debate político, para ingressarem no direito, já demonstra a sua relevância social. Mas a sua ereção ao nível constitucional, dentre as opções políticas fundamentais do Estado, revela que “a dignidade da pessoa humana é, de todas as circunstâncias tratadas pelo direito, a de maior fundamentalidade social” (BARCELLOS, 2011, p. 141).

Da mesma forma, a fundamentalidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana resta evidenciada na sua eleição, pelo constituinte, como a razão de existir do Estado, o objetivo último de toda a sua atuação, que, por isso, deve estar sempre orientada pelo valor do humanismo.

Então, sob ambos os prismas, social e jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, na esteira do que já foi dito alhures, empresta unidade de sentido a todo o catálogo de direitos fundamentais, goza de flagrante fundamentalidade, do que se afere que, às normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais, inclusive aqueles de cunho prestacional, há de ser

cumprimento obrigatório por parte dos seus destinatários, que são os órgãos estatais. Um exemplo desse entendimento pode ser encontrado no seguinte trecho da ementa do acórdão que, em 12 de setembro de 2000, julgou o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS, com a relatoria do Ministro Celso de Mello: “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas, nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2000, p. 1-2).

reconhecida a modalidade de eficácia jurídica positiva ou simétrica, que, segundo a definição de Barcellos (2011, p. 77), é aquela que

utiliza a fórmula de criar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos do comando normativo e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam.

Para finalizar este tópico, convém esclarecer que o entendimento ora exposto não afasta a possibilidade de eventual norma constitucional definidora de direito fundamental, de fato, carecer de complementação para ser aplicada. O que se está a dizer é que “ainda que se reconheça que um direito essencial da pessoa é dependente de regulamentação, há, em contrapartida, o entendimento de que isso pode ser superado por decisão judicial” (BRITO FILHO, 2015, p. 104).

O que não se admite, pois, é que o gozo dos direitos fundamentais fique sobrestado, à espera de regulamentação infraconstitucional pelos poderes políticos, sem que os indivíduos possam recorrer às vias judiciais, para a garantia de implementação dos direitos que lhes foram concedidos pelo poder constituinte. O princípio da dignidade da pessoa humana, na ordem jurídica brasileira, goza de fundamentalidade social e jurídica. As normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais, sejam eles direitos de defesa, sejam direitos econômicos e sociais, são normas jurídicas imediatamente aplicáveis e, por conseguinte, desde logo exigíveis pelos seus titulares. Então, caso o Estado não cumpra espontaneamente com o seu *mister* de garantir concretude a tais normas, por meio dos poderes políticos competentes, haverá de ser compelido a cumpri-lo pelos meios judiciais cabíveis.

Tal entendimento é decorrência lógica do que Hesse (1991, p. 19) chama de *vontade de Constituição*, da qual depende a força normativa da Constituição:

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. (HESSE, 1991, p. 19-20)

Portanto, a existência de uma ordem normativa que de fato conforme a realidade política e social, isto é, que não seja tão-somente um apanhado de dispositivos escritos, sem nenhuma eficácia, depende da vontade humana de

garantir a força normativa da Constituição, vontade esta que deve necessariamente se manifestar na garantia de concretude dos direitos fundamentais que o constituinte concedeu a todos os indivíduos, independentemente da disponibilidade dos poderes constituídos. Para tanto, há de se reconhecer a exigibilidade de tais direitos pelos seus titulares, inclusive pelas vias judiciais, caso seja necessário, sob pena de as normas constitucionais, que deveriam ser as normas mais importantes da ordem jurídica e, portanto, as mais respeitadas, tornarem-se letra morta, e os direitos fundamentais dos indivíduos se perderem na esfera da previsão normativa, sem que consigam mudar a realidade da vida das pessoas.

2.4 O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PODER JUDICIÁRIO EM UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Contrariamente ao que se expôs no tópico antecedente, acerca da plena eficácia das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais, inclusive aqueles de cunho prestacional, argumentos mais conservadores defendem que o método de concretização dos direitos sociais fundamentais perpassaria, necessariamente, pelas instâncias políticas, que teriam a tarefa de regulamentar os dispositivos constitucionais pertinentes, para que, então, tais direitos pudessem ser reivindicados por seus titulares, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, caso a primeira restasse infrutífera.

Isso porque, segundo esses argumentos, a implementação desse grupo de direitos fundamentais demandaria prestações positivas por parte do Estado e, por conseguinte, a alocação de recursos públicos para o seu custeio. E, continuam, tem natureza eminentemente política, a decisão acerca da aplicação dos escassos recursos públicos na satisfação destas ou daquelas necessidades sociais (já que estas, ao contrário dos recursos, são infinitas); logo, tal decisão caberia, com exclusividade, às instâncias políticas, enquanto única expressão do poder que emana do povo²⁵.

Note-se que esses argumentos se valem de uma suposta defesa do princípio democrático para limitar a realização dos direitos sociais fundamentais aos

²⁵ No capítulo seguinte, trabalhar-se-ão, mais detidamente, os argumentos que limitam a atuação do Poder Judiciário no que atine à concretização, na seara judicial, dos direitos sociais fundamentais, razão pela qual, neste momento, limitar-se-á ao argumento que invoca o princípio democrático para defender que a implementação desses direitos fundamentais é tarefa exclusiva das instâncias políticas.

Poderes Legislativo e Executivo. Segundo eles, permitir que o Poder Judiciário obrigue o Estado, em sede judicial, a dar fiel cumprimento aos dispositivos constitucionais que estabelecem esses direitos não seria condizente com a democracia, porque o Poder Judiciário é o único, dentre os três Poderes da República, que não é composto por representantes eleitos pelo povo e, nesta hipótese, estar-se-ia conferindo justamente a esses membros a tarefa de elaborar e executar políticas públicas, consoante a sua própria convicção, e não de acordo com a vontade da maioria, expressa pelos representantes populares.

Tal concepção de democracia se consubstancia na “ideia de sufrágio universal periódico em termos iguais a todos os indivíduos” (ARAKAWA, 2014, p. 17). Significa que o poder estatal é exercido pelo povo, seja diretamente, seja por meio de representantes eleitos, e que, em um regime democrático, todos os cidadãos integram, de fato, o conceito de *povo*, podendo, ao menos em tese, exercer igual participação na tomada das decisões políticas da comunidade.

Por um lado, não se pode negar que a adoção do regime democrático, ainda que nestes termos, representava um avanço, porque, agora, a participação de todos passaria a ter o mesmo grau de importância e de potencial para influenciar nas decisões. O processo decisório, então, passava a ser uma questão matemática de contagem de votos. E “[a] ideia de que cada cabeça valia o mesmo que qualquer outra no momento do voto garantiu a impressão que a vontade democrática se transfigurava na simples vontade da maioria” (ARAKAWA, 2014, p. 17).

A realidade, todavia, é um pouco diferente. Na prática, o poder político dos cidadãos é tanto maior quanto maior for o seu poder de influência sobre as instâncias políticas, em decorrência ou do seu poder econômico, ou de outros privilégios. E, justamente porque os políticos são eleitos pelo povo, acabam ficando mais sujeitos à pressão desses cidadãos mais influentes. Tais variáveis desigalam os diversos grupos sociais, no que tange à sua efetiva participação na tomada das decisões políticas, de sorte que “nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político” (DWORKIN, 2005, p. 31). Alguns grupos sociais, por terem mais recursos, mais prestígio, acabam exercendo maior influência na condução política da comunidade e, por conseguinte, as decisões que são tomadas na esfera política não raro não refletem, de fato, a vontade da maioria.

Ademais, infelizmente, não são raros, na história da humanidade, os casos em que a vontade majoritária acabou cometendo atrocidades contra grupos

minoritários, ignorando o fato de todo e qualquer ser humano, independentemente do grupo social a que pertence, ser dotado de dignidade. Por tais razões, mais adequada é uma concepção de democracia que conjugue a regra da maioria com o resguardo dos direitos fundamentais dos indivíduos (BRITO FILHO, 2015, p. 111-112), tendo-se em consideração, especialmente, aqueles que não conseguem participar de modo efetivo da vida política da sua comunidade. Em outras palavras, “[a] democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não” (BARCELLOS, 2011, p. 266).

A invocação do princípio democrático, na acepção restrita à regra da maioria, no intento de vedar a concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, ignora a distinção que Dworkin (2005) estabelece entre *questões de política* e *questões de princípio*. Para esse autor, as questões de política são aquelas direcionadas à promoção do bem-estar geral ou do interesse público: a comunidade adota um programa particular com o qual ela acredita que estará melhorando a vida de todos. As questões de princípio, por sua vez, focam nas pessoas singularmente consideradas, permitindo, inclusive, que um programa particular seja rejeitado tão-somente porque geraria um impacto negativo inaceitável sobre indivíduos específicos, ainda que tal programa, caso implementado, melhorasse sobremaneira a vida da comunidade, quando tida como um todo (DWORKIN, 2005, p. IX).

Essas questões de princípio são, justamente, os direitos e garantias fundamentais, que, em face da vontade da maioria, exercem a função contramajoritária de “proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum” (DWORKIN, 2010, p. 209). São *trunfos* dos indivíduos em face do Estado, que preservam os seus bens jurídicos fundamentais contra eventuais excessos perpetrados pelas políticas coletivas do governo (DWORKIN, 2014, p. 504).

O regime caracterizado pela “proteção substantiva de direitos individuais perante a noção de governo da maioria” (ARAKAWA, 2014, p. 18) recebe a denominação de *democracia constitucional*. O cerne desta acepção deixa de ser a regra da maioria, e passa a ser a igualdade de poder político. E, aqui, está-se

falando de uma igualdade real, concreta e efetiva, em que os direitos fundamentais de todos os indivíduos são mantidos a salvo, para que eles possam usufruir, além da liberdade como autonomia, já tratada anteriormente, também de efetiva liberdade de participação nas decisões políticas da comunidade (SARLET, 2012a, p. 61).

É o que Dworkin (2005, p. 7) chama de *concepção de Estado de Direito centrada nos direitos*. Em suas próprias palavras:

Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.

Essa concepção de Estado de Direito, no entendimento de Dworkin, é a que melhor reproduz o princípio igualitário abstrato, segundo o qual todos os membros da comunidade devem ser tratados com igual consideração e respeito. Para tanto, não basta que a lei preveja que todos os cidadãos têm direito a voto, se, na prática, uns acabam exercendo mais influência que outros nas decisões políticas. Torna-se necessário, então, resguardar os direitos fundamentais de todos os indivíduos, resguardando-se assim, também, a liberdade de todos participarem da política de maneira efetiva, promovendo-se, por conseguinte, uma igualdade política material. Somente desta maneira é que o Estado demonstra ter igual respeito e consideração pela vida de todos.

Os poderes constituídos pelos representantes eleitos pelo povo, desta forma, não podem, em suas decisões políticas refletoras da vontade da maioria, desconsiderar os direitos fundamentais previstos na Constituição, direitos estes que, assim, consubstanciam a garantia de proteção das minorias em face da maioria, e também a condição de subsistência da própria democracia, haja vista que o regime democrático, nesta acepção constitucional, “depende de todos os cidadãos terem assegurado um conjunto mínimo de direitos que permita sua participação livre e consciente na formação da vontade majoritária” (BARCELLOS, 2011, p. 175).

Na democracia constitucional, os direitos fundamentais exercem ainda o importante papel de fornecer os “critérios de legitimação do poder estatal” (SARLET, 2012a, p. 59), uma vez que o exercício dos poderes constituídos só se justifica à

medida que sejam respeitados e implementados os direitos e garantias constantes do texto constitucional, cumprindo-se, desta forma, a finalidade para a qual o Estado fora instituído.

No Estado Democrático Constitucional de Direito, os direitos fundamentais dos indivíduos, que devem permanecer a salvo da vontade majoritária, encontram guardada em um documento pré-constituído, qual seja, a Constituição, que, além de estabelecer as regras de organização do Estado, prevê o exercício do poder estatal com limitações, consubstanciadas, justamente, nesses direitos fundamentais.

Fica claro, neste diapasão, o papel fundamental da Constituição nesse modelo de Estado de Direito, especialmente enquanto documento pré-constituído que contém os limites de exercício (e os critérios de legitimação) do poder estatal, quais sejam, os direitos fundamentais. Como observa Sarlet (2012a, p. 58),

[o]s direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Mas a previsão dos direitos fundamentais na Constituição, por si só, não garante que o poder estatal será de fato exercido com obediência às limitações constantes do documento pré-constituído. A garantia está em um poder independente e imparcial, capaz de fazer valerem as disposições constitucionais, independentemente de prévia e suficiente atuação dos poderes políticos. Ora, se a implementação dos direitos fundamentais ficasse na dependência de prévia regulamentação infraconstitucional, e da execução de políticas públicas sociais, de nada valeria a inclusão desses direitos na Constituição, dentre as decisões mais importantes do Estado: o exercício do poder estatal, na prática, não estaria limitado; os direitos tidos como essenciais à dignidade da pessoa humana ficariam restritos à esfera da previsão normativa; a força normativa da Constituição, de que se tratou no tópico anterior, restaria esvaziada; e a vontade da maioria reinaria, sem qualquer garantia de proteção das minorias sem voz.

Ora, quando o constituinte incluiu os direitos fundamentais na Constituição, retirou-os do debate meramente político, e levou-os para a esfera do Direito. Com isso, as decisões sobre tais direitos deixaram de ser questões de política, baseadas no bem-estar geral, e passaram a ser questões de princípio (DWORKIN, 2005, p.

101). Há de se transferir o debate, da mesma forma, do fórum da política para o fórum do princípio, cujos membros são os órgãos judiciários.

O regime democrático constitucional impõe que se reconheça a competência do Poder Judiciário para garantir a força normativa e a supremacia da Constituição, por meio da concretização judicial dos direitos fundamentais dos indivíduos. Ao contrário das instâncias políticas, o fórum do princípio não sofre a influência nociva do poder econômico dos grupos sociais privilegiados; favorece-se do seu distanciamento dos assuntos políticos, podendo promover “a defesa imparcial das normas constitucionais” (SAMPAIO, 2002, p. 82). A argumentação jurídica, imprescindível a toda e qualquer decisão judicial, pode compensar a falta de racionalidade da práxis política (SAMPAIO, 2002, p. 65) e, assim, garantir que todos os indivíduos (e não apenas a maioria privilegiada) tenham acesso ao conteúdo dos direitos que lhes foram concedidos pelo constituinte.

Em outras palavras, a legitimidade da ação do Poder Judiciário não decorre de sua eleição pelos membros de uma sociedade. Pelo contrário, exatamente porque o sistema constitucional estabeleceu sua imunidade em relação ao processo eleitoral é que sua posição é privilegiada do ponto de vista das interações funcionais.

[...]

Logo, a forma de legitimação que um tribunal oferece às suas decisões está ligada à racionalidade e à razoabilidade que possa demonstrar em conexão com os elementos constitucionais consagrados em uma sociedade. (DIAS, 2007, p. 144)

Desta forma, enriquece-se a democracia, ao se acrescentar

um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público. (DWORKIN, 2005, p. 38-39)

Dworkin (2005, p. 32) defende veementemente a transferência das decisões sobre os direitos que as pessoas têm, sob a égide do regime democrático constitucional, do fórum da política para o fórum do princípio, transferência esta que, na opinião do autor, pode muito bem promover (e não retardar) o ideal democrático da igualdade de poder político, já que os

[m]embros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum.

Com efeito, do mesmo modo que os direitos fundamentais dos indivíduos se caracterizam como verdadeira condição de subsistência da democracia, o reconhecimento de um poder imparcial e independente, capaz de lhes garantir

concretude, independentemente da disponibilidade dos poderes políticos, também promove o ideal democrático e, ao contrário do que defendem os argumentos mais conservadores, não viola o princípio da separação dos poderes. Tal princípio intenta assegurar que cada uma das funções estatais cumpra com o seu *mister*, sem excessos e sem omissões inconstitucionais. Então, se o Legislativo e o Executivo não o fazem, espontaneamente, retardando a implementação dos direitos constantes da Constituição, cabe ao Judiciário impor os devidos freios e contrapesos, compelindo-os a dar fiel cumprimento à finalidade precípua para a qual foram instituídos. É justamente esta a ideia que empresta lastro ao princípio que distribui o poder estatal em funções interdependentes e harmônicas entre si.

Portanto, os direitos fundamentais, bem como um Poder Judiciário capaz de assegurar que estes sejam implementados, em níveis adequados, a todos os indivíduos, são elementos essenciais à democracia constitucional. A conciliação da democracia com o constitucionalismo exige exatamente isto: a distribuição adequada das tarefas às instâncias políticas e às judiciais, cabendo às primeiras, “pela forma de seu poder representativo da maioria, identificar, sopesar e acomodar os valores fundamentais da comunidade” (SAMPAIO, 2002, p. 73) e, à última, a missão de zelar pelos interesses das minorais sem voz, e “de garantir o funcionamento do processo político de maneira a permitir que seus canais estejam sempre abertos a todos” (SAMPAIO, 2002, p. 73).

Pra finalizar, conclui-se que, em uma democracia constitucional, o Poder Judiciário desempenha o relevante papel de defender estas duas essencialidades – democracia e direitos fundamentais – o que significa “assegurar que iniciativas legislativas posteriores não tenham o efeito de comprometer a garantia dos direitos fundamentais” (DIAS, 2007, p. 96).

Essa importância do Poder Judiciário para a promoção do ideal democrático, sob a égide do constitucionalismo, justifica o enfoque do presente estudo em uma proposta de melhoria, especificamente, da atuação dos órgãos judiciais, embora se reconheça que as demais funções estatais também são relevantes para a concretização dos direitos sociais fundamentais. Reconhece-se, inclusive, que o ideal é que a sociedade consiga alcançar um estágio em que esses direitos sejam assegurados a todos os indivíduos, em níveis adequados, desde as esferas administrativas, não sendo necessário recorrer às vias judiciais.

Na prática, porém, esse ideal ainda está longe de ser alcançado. A implementação dos direitos sociais fundamentais ainda enfrenta uma série de limitações, oriundas, essencialmente, do argumento de que os recursos materiais disponíveis ao Estado, para a garantia desses direitos, são escassos e, por este motivo, haveriam de ser manejados segundo um prisma eminentemente político, voltado para a maximização do bem-estar da coletividade como um todo, já que os recursos seriam insuficientes para a satisfação de todas as necessidades de todos os indivíduos. O objetivo do capítulo que se segue é, justamente, apresentar algumas dessas limitações, para que então, finalmente, elas possam ser superadas.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Não obstante a importância conferida pelo constituinte aos direitos fundamentais dos indivíduos, definindo-os em normas constitucionais de aplicabilidade imediata, o que se percebe, na prática, é que a implementação desses direitos, em especial, aqueles de cunho econômico e social, ainda se sujeita a inúmeras limitações. Trata-se do objeto central do capítulo que ora se inicia.

Primeiramente, será apresentado o argumento da *reserva do possível*, que se baseia na escassez dos recursos materiais disponíveis ao Estado, para a satisfação das inúmeras necessidades sociais. Esse argumento, de viés econômico e orçamentário, é o fundamento da maioria das limitações que são impostas à concretização dos direitos sociais fundamentais, principalmente pelas vias judiciais, razão pela qual será a ele dedicado todo o tópico de inauguração do capítulo.

O segundo item, por sua vez, tratará da corrente da filosofia política que lastreia a elaboração e a execução das políticas públicas sociais, qual seja, o utilitarismo. Trata-se de uma doutrina que privilegia o viés coletivo, em detrimento do individual, pregando que toda ação, individual ou estatal, deve visar à maximização do bem-estar geral, ainda que, para tanto, alguns interesses individuais precisem ser sacrificados.

Esta mesma ideia, fundada no utilitarismo, dá origem aos limites frequentemente impostos para a atuação do Poder Judiciário, na sua tarefa de garantir concretude às normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais. E o último item do capítulo tratará desses argumentos, que, embora admitam a concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, fazem-no com algumas limitações, demonstrando deferência à atribuição precípua dos Poderes Legislativo e Executivo, para a implementação desses direitos na medida dos recursos materiais disponíveis.

3.1 O ARGUMENTO DA ESCASSEZ DE RECURSOS MATERIAIS: DECISÕES ALOCATIVAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA *RESERVA DO POSSÍVEL*

Superado o argumento democrático contrário à sindicabilidade judicial dos direitos sociais fundamentais, lastreado na concepção de democracia majoritária, os demais argumentos limitadores da atuação do Poder Judiciário se baseiam,

fundamentalmente, no custo para a implementação desses direitos por parte do Estado.

Os defensores desses argumentos alegam que o conteúdo dos direitos sociais são prestações materiais a cargo do Estado, as quais implicam, necessariamente, o dispêndio de recursos públicos. E, haja vista que os recursos são escassos, ao passo que as necessidades sociais a serem satisfeitas pelo Estado são infinitas, diz-se que “há um limite de possibilidades materiais para esses direitos” (BARCELLOS, 2011, p. 277); os direitos sociais fundamentais, então, só poderiam ser realizados na medida da disponibilidade dos recursos públicos, é dizer, na *reserva do possível*.

O argumento da reserva do possível traz um conceito econômico para o âmbito da discussão jurídica em torno dos direitos fundamentais dos indivíduos, conceito este que decorre da “constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais” (NUNES; SCAFF, 2011, p. 75).

No Brasil, o argumento da reserva do possível foi ganhando corpo alimentado pelo contexto histórico e social da época em que adveio a Constituição de 1988, com o seu amplo catálogo de direitos fundamentais, inclusive de caráter econômico e social. A situação foi percebida por Olsen (2012, p. 181), para quem o Estado brasileiro foi colocado em uma posição esquizofrênica: por um lado, foi constitucionalmente vinculado pelo objetivo máximo de promoção da justiça social, por meio dos direitos fundamentais; por outro lado, “perdeu as rédeas da economia, desmontou boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, levando à inefetividade dos direitos fundamentais”. Nesta conjuntura, marcada pela crise do modelo social de Estado, um argumento jurídico, capaz de afastar (ou pelo menos de limitar) a responsabilidade do Estado pela implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos era bastante conveniente.

Os autores que tratam do assunto divergem entre si no que tange à natureza da reserva do possível. Alguns a tratam como se fosse um princípio, mas *cláusula* ou *postulado* parecem ser definições mais apropriadas, haja vista que, não obstante possa haver alguma ponderação em torno da reserva do possível, não se trata de um mandado de otimização. Na clara observação feita por Asensi (2013, p. 103), “[n]ão há respaldo constitucional para se afirmar que a reserva do possível seja um

princípio, especialmente porque não se pode afirmar, de modo algum, que a lógica constitucional seja de restrição de direitos ou de políticas públicas”.

Para Olsen (2012, p. 200), a reserva do possível é uma “condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”. Da mesma forma, Sarlet (2012a, p. 289) entende que “a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica”.

Nunes e Scaff (2011, p. 75), por sua vez, afirmam que “o conceito de *reserva do possível* está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da *progressividade* na concretização desses direitos”. Esses autores distinguem os dois grupos de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos de defesa e os direitos a prestações, no que atine ao modo como são implementados. Segundo eles, enquanto os direitos de defesa são disponibilizados integralmente de uma só vez, os direitos sociais são implementados *à prestação*, é dizer, de forma progressiva, na dependência da situação econômica do Estado.

Aqui, o argumento da reserva do possível será apenas apresentado, para, ao final, ser rechaçado, por se entender que a implementação dos direitos fundamentais em níveis adequados para todos os indivíduos, em cumprimento à opção do constituinte, deve ser a prioridade estatal máxima, de sorte que não se pode admitir que falem recursos para tanto, pelo menos não no Brasil, que não se pode dizer que seja um país pobre. Portanto, não parece necessária a adoção de um posicionamento acerca da natureza da reserva do possível, bastando a menção do posicionamento adotado por alguns dos autores consultados.

O que releva esclarecer, ainda nestas palavras introdutórias, é que as necessidades sociais são satisfeitas por meio da realização de despesas públicas, às quais se aplica um regramento especial, em decorrência da forma como o princípio da legalidade vincula os órgãos públicos. Por tal razão, a reserva do possível compreende não apenas a disponibilidade fática de recursos, isto é, a sua existência propriamente dita, mas também a disponibilidade jurídica, ou seja, o poder de disposição por parte do Estado, “sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes” (SARLET, 2012a, p. 287). A reserva do possível exige, pois, que os meios necessários para a prestação material imposta pela norma definidora do direito estejam disponíveis, tanto fática quanto juridicamente. “Não basta a existência

dos recursos, o Estado deve ter a capacidade jurídica para deles dispor” (OLSEN, 2012, p. 205).

Sarlet (2012a, p. 287) afirma, ainda, que, “mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. Desta forma, o autor inclui mais um elemento na reserva do possível, além da disponibilidade fática e jurídica, qual seja, a razoabilidade (e também a proporcionalidade) da prestação exigida do Estado. E tal análise, na opinião do autor, implica a ponderação entre o direito social em causa e os demais princípios constitucionais, para que se proceda a um “equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado” (SARLET, 2012a, p. 288) entre os direitos sociais fundamentais e as demais normas constitucionais, que igualmente vinculam o poder público.

Há duas maneiras de a reserva do possível ser concebida: a primeira como limite interno dos direitos sociais fundamentais; e a segunda, como limite externo.

A concepção da reserva do possível como limite interno toma por base as ideias de Stephen Holmes e Cass R. Sustein²⁶ acerca dos custos dos direitos, segundo as quais todos os direitos geram custos ao Estado, para que possam ser implementados; logo, “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita” (GALDINO, 2007, p. 258). Consoante essa concepção da reserva do possível, “a problemática da despesa passaria a fazer parte do próprio conceito de direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria direito a ser defendido” (OLSEN, 2012, p. 185).

A reserva do possível enquanto limite imanente dos direitos sociais fundamentais implica a necessidade de revisão do conceito de direito público subjetivo, de maneira que os custos dos direitos influam na sua conceituação (GALDINO, 2007, p. 266). Neste sentido, Galdino (2007, p. 284) fala em um *conceito pragmático de direito subjetivo*, segundo o qual só se pode admitir a própria

²⁶ Para Holmes e Sustein (1999, p. 49), os direitos são criados, interpretados e revisados pelos órgãos estatais, de sorte que a própria existência dos direitos depende de uma conduta positiva por parte do Estado e, por conseguinte, do dispêndio de recursos públicos. Nas palavras empregadas por esses autores, “*rights cost, at a minimum, whatever it costs to recruit, train, supply, pay, and [...] monitor the judicial custodians of our basic rights*” (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 45), razão pela qual, afirmam, “*all legally enforced rights are necessarily positive rights*” (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 43). Na opinião desses autores, então, a tradicional classificação dos direitos em negativos (ou de defesa) e positivos (ou direitos a prestações), em função da conduta devida pelo Estado (omissão ou ação), é inadequada, porém, de modo algum politicamente inocente. “*The negative/positive polarity furnishes a common language within which welfare-state liberals and libertarian conservatives can understand each other and trade abuse*” (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 42).

existência de um direito subjetivo a uma determinada prestação estatal quando haja disponibilidade de recursos para satisfazê-la, haja vista que, nas palavras empregadas por esse autor, “direitos não nascem em árvores” (GALDINO, 2007, p. 285); ao contrário, exigem que o Estado recolha recursos junto à sociedade, e aplique-os na satisfação das necessidades sociais correlatas. Inexistentes esses recursos, inexistente seria também o direito propriamente dito.

O problema dessa concepção da reserva do possível é que ela transfere a existência do direito para a esfera da disponibilidade dos órgãos responsáveis pela destinação dos recursos orçamentários, ignorando o fato de os direitos sociais fundamentais estarem previstos em normas constitucionais, que, já se disse anteriormente, são normas jurídicas, dotadas, pois, de imperatividade. A proteção dos direitos fundamentais restaria esvaziada, como atesta Olsen (2012, p. 191):

ver na reserva do possível um limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que seja logicamente aceitável, gera um grave enfraquecimento do sistema de proteção destes direitos, já que poderes constituídos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites inerentes, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é.

Uma segunda maneira de se conceber a reserva do possível a trata como um limite externo aos direitos sociais fundamentais. Consoante essa concepção, as normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais definiriam “posições jurídicas *prima facie* as mais amplas possíveis, as quais eventualmente poderiam ser restringidas em face da limitação dos recursos disponíveis para torná-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis” (OLSEN, 2012, p. 193). A reserva do possível enquanto limite externo permite a ponderação entre os elementos normativos e os elementos fáticos relativos aos direitos sociais fundamentais; é dizer: ela não influencia na existência do direito, mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia. Nos termos da explicação de Olsen (2012, p. 195),

afirmar que um direito pode ser exigível na medida da disponibilidade de meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade de restrição com base em elementos da realidade empírica.

Este é o posicionamento adotado por Sarlet (2012a) e por Barcellos (2011). Na opinião de ambos os autores, a reserva do possível funciona como limite externo dos direitos sociais fundamentais, tão-somente no que transborda ao mínimo existencial. Para esses autores, o mínimo existencial é um conjunto menor de

direitos, que está contido no catálogo de direitos sociais que têm sede constitucional, e esses direitos, que consubstanciam o mínimo existencial, foram previamente definidos pelo constituinte como “os alvos prioritários dos gastos públicos” (BARCELLOS, 2011, p. 287), à medida que esses direitos são os elementos essenciais da dignidade da pessoa humana. Portanto, ambos os autores defendem a “presunção de que o Poder Público dispõe de recursos para atender ao menos as necessidades que compõem esse mínimo existencial, e que constituem a prioridade de investimento dos recursos públicos” (BARCELLOS, 2011, p. 289)²⁷. Logo, em relação ao mínimo existencial, os autores ora em comento admitem a existência de “um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada” (SARLET, 2012a, p. 356).

E, mesmo em relação aos direitos sociais que transbordam o limite do mínimo existencial, Sarlet (2012a, p. 363) entende haver uma presunção relativa de disponibilidade de recursos públicos, ao afirmar que

levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Na verdade, o posicionamento adotado por Sarlet (2012a) e Barcellos (2011) guarda alguma semelhança com o que se está a defender ao longo do presente estudo, à exceção do que se entende por *mínimo existencial*. Consoante já foi anteriormente exposto, no capítulo antecedente, mais especificamente, no tópico que tratou dos direitos sociais fundamentais como condições de exercício e aperfeiçoamento das liberdades básicas, entende-se que todo o catálogo dos direitos sociais que contam com guarida constitucional integra o conceito de mínimo existencial, haja vista que todos eles, cada um a sua maneira, são essenciais à dignidade da pessoa humana. É justamente esse signo de essencialidade, comum a

²⁷ O Ministro Celso de Mello, no voto que proferiu quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE, em 17 de março de 2010, expressou entendimento neste sentido, ao afirmar que “a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010b, p. 45).

todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles de cunho econômico e social, que justifica a sua inclusão na norma jurídica suprema do Estado, não sendo possível, portanto, distinguir, dentro do que já é essencial, algo que seja mais essencial ainda (BRITO FILHO, 2015, p. 28).

O constituinte não fez qualquer distinção entre os direitos fundamentais constantes do catálogo, de sorte que todos eles devem ser considerados como a prioridade máxima a ser atendida pelo Estado, para a qual se presume que haja sempre recursos disponíveis. Então, há de se reconhecer que todas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, sejam eles direitos de defesa, sejam direitos a prestações, criam direitos públicos subjetivos, exigíveis por seus titulares. Entender de modo diverso é o mesmo que ignorar a implicação da instituição de um Estado Constitucional de Direito, qual seja, a subordinação de toda a ação estatal aos termos da Constituição (BARCELLOS, 2011, p. 282). Nas palavras de Sarlet (2012a, p. 367),

quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.

E, não custa lembrar, o constituinte brasileiro incluiu dentre as opções políticas fundamentais do Estado a promoção da dignidade da pessoa humana, por meio do respeito e da implementação dos direitos fundamentais, de todos os direitos fundamentais, sem qualquer exceção, muito menos aquelas que têm em consideração aspectos da realidade fática, como, por exemplo, a reserva do possível.

Condicionar a eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais a elementos fáticos, tais como a disponibilidade de recursos materiais para a sua implementação, é negar a força normativa da Constituição, enquanto norma jurídica superior do Estado. E, nas lições de Hesse (1991, p. 15), já anteriormente mencionadas, a Constituição não se limita à expressão de um ser, mas também de um dever ser. Ela não se presta ao mero reflexo das condições fáticas de sua vigência. “Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (HESSE, 1991, p. 15).

Some-se, ainda, a constatação, admitida até mesmo pelos autores que defendem o argumento da reserva do possível, de que “todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação” (GALDINO, 2007, p. 253). Mesmo as liberdades básicas, amplamente classificadas como *direitos de defesa*, demandam gastos públicos, que viabilizem o seu exercício. Ademais, é da essência do conceito de direito a sua exigibilidade, isto é, a possibilidade de o titular do direito exigir do responsável pelo dever correlato a satisfação do direito, caso esta não se dê de maneira espontânea. E os mecanismos juridicamente viáveis para que os titulares dos direitos possam exigir a sua satisfação são monopolizados pelo Estado. Logo, “[o]s direitos – todos eles – custam, no mínimo, os recursos necessários para manter a estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos” (GALDINO, 2007, p. 264-265).

Os custos dos direitos são suportados por toda a sociedade, que recolhem os tributos necessários ao financiamento de toda atuação estatal. E “[o]s recursos públicos são captados em caráter permanente – a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente exauridos” (GALDINO, 2007, p. 283). Então, a escassez de recursos de que trata o argumento da reserva do possível é, em verdade, uma escassez artificial (e não natural), decorrente do fato de os recursos terem sido manejados para outra finalidade. A suposta exaustão orçamentária, portanto, não é real; ela é fruto de decisões políticas anteriores, que Guido Calabresi e Philip Bobbit chamaram de *escolhas trágicas*²⁸. Significa dizer que, como os recursos não são infinitos, “decidir investir os recursos existentes em determinada área significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades” (BARCELLOS, 2011, p. 281). Os órgãos públicos responsáveis pela destinação dos recursos, então, têm de fazer as escolhas certas. E as escolhas certas são aquelas que cumprem com as opções políticas fundamentais previamente feitas pelo constituinte, quais sejam, a implementação de todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos prestacionais, com absoluta prioridade.

Ora, mas se todos os direitos têm custos, todos eles estão sujeitos a escolhas trágicas e, por conseguinte, à escassez (artificial, e não natural!) de recursos para a sua satisfação. Então por que motivo o argumento da reserva do

²⁸ O termo dá nome à obra de coautoria de Guido Calabresi e Philip Bobbit, intitulada *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, publicada em 1978.

possível é utilizado para limitar a sindicabilidade judicial apenas dos direitos sociais fundamentais, e não dos direitos de defesa?

Com efeito, a dimensão economicamente relevante dos direitos jamais foi invocada como “um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo ‘negativo’” (SARLET, 2012a, p. 286). Mas, repita-se, todos os direitos são em alguma medida positivos, cuja implementação depende da escolha feita pelos órgãos que decidem acerca da destinação dos recursos públicos. Nesta linha de raciocínio, a invocação da reserva do possível, com o intuito de afastar (ou pelo menos de limitar) a concretização judicial dos direitos sociais fundamentais parece mais “um discurso ideológico que esconde, em verdade, escolhas conscientemente realizadas pelos destinatários da norma” (OLSEN, 2012, p. 204). Revela-se, desta forma, uma postura conservadora de preferência dos poderes constituídos pela proteção máxima das liberdades básicas, contra as quais não se invoca o argumento da reserva do possível, em detrimento dos direitos econômicos e sociais (GALDINO, 2007, p. 259), capazes de promover integralmente a dignidade da pessoa humana, e também a justiça social, valores estes que são tão caros para o constituinte brasileiro de 1988.

O que se pode concluir, nos termos até aqui expostos, é que o regramento dado pelo constituinte aos direitos fundamentais (e, repita-se, não foram previstas distinções entre o modo de implementação dos direitos de liberdade e de igualdade) não admite a invocação do argumento da reserva do possível para afastar ou limitar a responsabilidade do Estado pela sua implementação, em níveis adequados, para todos os indivíduos.

Não se pode admitir que um Estado como o Brasil, que está longe de ser um país pobre, não disponha de recursos materiais suficientes para o cumprimento daquela que deveria ser a sua prioridade máxima, qual seja, a promoção da dignidade da pessoa humana. Se não sobraram recursos para a atuação prioritária do Estado, foi porque os poderes constituídos inverteram as prioridades do constituinte, e os recursos existentes foram empregados em finalidades outras, que podem até ser relevantes, mas não mais do que os direitos fundamentais dos indivíduos. E o resultado dessas escolhas trágicas não deve ser confundido com a inexistência do direito fundamental, nem com a limitação da sua eficácia, ensejadas por elementos da realidade fática. Trata-se, em verdade, de flagrante

descumprimento de um direito, por quem, por ordem do constituinte brasileiro, deveria garanti-lo com absoluta prioridade. É sob este prisma que o problema deve ser enfrentado, para que, então, possam-se buscar meios para a correção da situação, garantindo-se o gozo do direito por seus titulares. Em se tratando dos direitos fundamentais dos indivíduos, não basta tentar justificar a inobservância das normas constitucionais respectivas, com uma falaciosa inexistência dos meios materiais necessários. É preciso garantir a essas normas a eficácia que lhes é devida.

Importa reconhecer que a Corte Constitucional brasileira, em especial, o Ministro Celso de Mello, já vem proferindo decisões, em demandas judiciais sobre a implementação dos direitos sociais fundamentais, encarando o argumento da reserva do possível com certa hesitação. Apesar de ter julgado prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/DF, em razão da perda superveniente do seu objeto, o Ministro Celso de Mello, em 29 de abril de 2004, proferiu decisão monocrática em que assim se manifestou:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 3)²⁹

²⁹ O mesmo entendimento foi reafirmado pelo Ministro Celso de Mello em diversas decisões monocráticas posteriores (por exemplo: Recurso Extraordinário n.º 436.996/SP, em 26 de outubro de

Ficou assentado, nestes termos, que a invocação, pelo Estado, do argumento da reserva do possível, como escusa para o não cumprimento, em níveis adequados, das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais, deve, necessariamente, vir acompanhada da comprovação objetiva da inexistência dos recursos materiais necessários no caso concreto, não mais se admitindo o uso indiscriminado da ideia de escassez dos recursos públicos, como justificativa para decisões políticas dissonantes da opção feita pelo constituinte, das quais resultem a privação dos indivíduos de condições materiais mínimas de existência.

Sem dúvida, trata-se de um avanço, que, todavia, apesar de restringir as possibilidades de invocação do argumento da reserva do possível, ainda admite que os recursos públicos sejam empregados em finalidades outras que não aquela predeterminada pelo constituinte como sendo a prioridade máxima de toda e qualquer ação estatal. Isso porque, consoante o entendimento jurisprudencial ora sob comento, se o Estado comprovar, na situação concreta, a inexistência dos recursos necessários para assegurar ao autor da demanda o gozo do direito social reclamado, ainda que os recursos tenham se tornado insuficientes por terem sido antes destinados a outros objetivos, restará, de certa forma, legitimada a omissão ou a atuação estatal insuficiente no cumprimento das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais.

Portanto, é preciso ir além. Uma vez que o constituinte, desde a instituição do Estado, preestabeleceu qual deveria ser o alvo da atuação prioritária dos órgãos estatais, qual seja, a realização, em níveis adequados, dos direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos, não se pode admitir, em nenhuma circunstância, que opções políticas a cargo dos poderes constituídos desconsiderem a opção política fundamental do Estado, resultando na insuficiência de recursos para arcar com aquela que é a própria razão de ser do Estado, que é a proteção do homem e a promoção do seu bem-estar. Então, na seara dos direitos fundamentais,

2005; Recurso Extraordinário n.º 410.715/SP, em 27 de outubro de 2005; Recurso Extraordinário n.º 467.255/SP, em 22 de fevereiro de 2006; e Recurso Extraordinário n.º 472.707/SP, em 11 de março de 2006), e corroborado pela Segunda Turma da Corte Constitucional brasileira, dentre outras ocasiões, no julgamento conjunto dos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários n.ºs 410.715/SP e 436.996/SP, em 22 de novembro de 2005, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello e, posteriormente, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 595.595/SC, julgado em 28 de abril de 2009, e no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 594.018/RJ, julgado em 23 de junho de 2009, ambos de relatoria do Ministro Eros Grau.

inclusive aqueles de cunho prestacional, não há lugar para o argumento da reserva do possível, nem mesmo com a comprovação objetiva da inexistência de recursos.

O argumento da escassez dos recursos públicos, para a satisfação das necessidades básicas de todos os indivíduos e, por conseguinte, a defesa de que os direitos sociais fundamentais devem ser implementados sob um viés político, voltado para a satisfação das necessidades sociais como um todo, revelam que a teoria da justiça que ainda exerce maior influência sobre o tema dos direitos fundamentais, seja nas vias legislativas e administrativas, seja nas vias judiciais, é o utilitarismo, que será exposto no tópico que se segue, para que, então, possa ser proposta a sua substituição pelo liberalismo de princípios, mais apropriado à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana.

3.2 O UTILITARISMO POR TRÁS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

A escassez dos recursos materiais, para fazer frente às infinitas necessidades sociais a serem satisfeitas pela ação estatal, é a pedra fundamental do argumento segundo o qual compete precipuamente ao Poder Legislativo “a definição sobre quem vai receber estas prestações sociais, e quais as prioridades, através do processo orçamentário” (NUNES; SCAFF, 2011, p. 78). Consoante tal argumento, o legislador goza de certa discricionariedade para realizar as *escolhas trágicas*, isto é, a eleição das necessidades que prioritariamente deverão receber os escassos recursos públicos, para a implementação em curto e médio prazo das metas estabelecidas pelo constituinte. O Poder Executivo, por sua vez, teria a função de concretizar as escolhas feitas pelo legislador (NUNES; SCAFF, 2011, p. 81). E o papel do Poder Judiciário seria limitado ao “controle das razões dadas pelo Estado para suas escolhas (LEIVAS, 2006, p. 105), não lhe sendo lícito transformar *discricionariedade legislativa* em *discricionariedade judicial* (NUNES; SCAFF, 2011, p. 82).

A satisfação das necessidades sociais seria, então, uma questão de política, e não de direito. Como os recursos públicos são escassos, e as necessidades sociais, infinitas, os poderes políticos competentes teriam o desafio de otimizar a aplicação dos recursos, manejando-os de maneira que pudessem atender ao maior número possível de necessidades sociais, observada a escala de prioridades discricionariamente eleitas pelo legislador, e alcançar o maior número possível de indivíduos. Tratar-se-ia, pois, de uma decisão eminentemente política, voltada para o

bem-estar de toda a coletividade, e não dos indivíduos singularmente considerados. Sob este prisma é que se pode afirmar que a corrente da filosofia política que está por trás da elaboração e da execução das políticas públicas sociais é a corrente utilitarista.

O utilitarismo é uma “doutrina ética, segundo a qual a utilidade é a medida primordial do bem” (MILL, 2007, p. 7). A moralidade das ações, pois, é avaliada segundo o seu resultado, e não a partir de padrões éticos previamente definidos, aos quais as ações deverão se conformar, independentemente do resultado que venham a produzir. “[O] motivo não tem qualquer relação com a moralidade da ação” (MILL, 2007, p. 35). O que importa é, tão-somente, o resultado.

O utilitarismo, nestes termos, é uma corrente teleológica. Significa dizer que as ações eticamente corretas são aquelas de que resultam “estados de coisas que têm um maior bem ou valor *impessoal*” (GALVÃO, 2008, p. 16). Ou seja, a correção moral de uma ação não depende de nenhuma qualidade intrínseca sua, e sim de suas consequências, “de sua capacidade para produzir certo estado de coisas previamente avaliado” (GARGARELLA, 2008a, p. 3-4).

O utilitarismo é, ainda, uma doutrina agregacionista, pois busca a maximização da utilidade, pregando que o melhor ato será sempre aquele capaz de gerar para a comunidade uma maior utilidade total (ou uma maior utilidade média). A teoria se utiliza dos interesses individuais apenas para identificar as ações aptas a aumentar a utilidade, mas

[o] utilitarismo não recomenda aos indivíduos que maximizem a realização de seus próprios interesses e objetivos, isto é, sua própria utilidade individual. [...] Quando escolhas coletivas estão em questão, exige-se dos indivíduos que ajam de maneira que seja maximizado o total líquido de utilidade (caso do utilitarismo clássico) ou a utilidade *per capita* (utilitarismo médio). A maximização da utilidade total ou média é a tradução utilitarista da exigência da razão prática de que, ao decidirmos entre linhas alternativas de conduta ou entre configurações institucionais distintas, levemos em conta igual e imparcialmente o bem-estar e os interesses de todas as pessoas envolvidas. Nossa escolha deverá recair na linha de conduta que (mais provavelmente) tenha por consequência um estado de coisas em que a utilidade total ou média seja maximizada. (VITA, 2007, p. 10-11)

E, para a identificação das ações que aumentam a utilidade, os interesses individuais têm igual importância para o utilitarismo. Por esta razão, diz-se que o utilitarismo tem, sim, um viés igualitário, haja vista que reconhece que “[a] vida de cada pessoa tem a mesma importância do ponto de vista moral e, portanto, seus interesses devem receber igual consideração” (KYMLICKA, 2006, p. 41). O problema

do utilitarismo, sobre o qual se discorrerá mais detidamente no encerramento deste tópico, é que a preocupação com a igualdade entre todas as pessoas se restringe à consideração dos seus interesses individuais para a identificação das ações capazes de fomentar a utilidade da comunidade como um todo. Mas o resultado disso, consoante se verá mais adiante, é a desconsideração do valor da igualdade, à medida que alguns indivíduos podem restar cruelmente sacrificados, em benefício da maximização da utilidade média ou total.

Os utilitaristas divergem entre si no que tange à utilidade que deve ser maximizada. Para os hedonistas, dentre os quais, serão aqui mencionados Jeremy Bentham e John Stuart Mill, a utilidade de maior valor é a felicidade³⁰. O utilitarismo hedonista é, pois, “[o] credo que aceita, como fundamento da moral, a Utilidade, ou o grande princípio da Felicidade” (MILL, 2007, p. 22), sustentando que “as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o oposto da felicidade” (MILL, 2007, p. 22).

Bentham (2000, p. 14) afirma que a humanidade é governada por duas forças soberanas, quais sejam, o prazer e a dor, que orientam todas as ações e omissões dos homens. A finalidade da conduta humana, então, é sempre “uma existência isenta tanto quanto possível da dor, e tão rica quanto possível em prazeres” (MILL, 2007, p. 28). O utilitarismo hedonista defende que essa mesma finalidade é também, e necessariamente, o padrão da moralidade; logo, o mesmo

³⁰ Para outra vertente do utilitarismo, denominada de *utilitarismo de preferências*, a utilidade que deve ser maximizada é a satisfação das preferências individuais. Se, por um lado, essa vertente tem a vantagem da neutralidade nas comparações interpessoais de bem-estar (VITA, 2007, p. 149), por outro lado, constitui um problema o fato de as pessoas eventualmente nutrirem preferências eticamente condenáveis, cuja satisfação não aumentaria a utilidade média ou total da comunidade. Outro problema é que se reconhece que algumas preferências individuais devem ser respeitadas, ainda que não sejam capazes de fomentar a utilidade da comunidade como um todo, como, por exemplo, as preferências decorrentes de relações morais especiais que os indivíduos estabelecem com algumas pessoas, tais como seus familiares e amigos próximos, ou até mesmo seus credores. Uma solução seria o respeito pelas preferências decorrentes das relações morais especiais, independentemente da sua aptidão para aumentar a utilidade da comunidade, bem como a exclusão, do cálculo da utilidade média ou total da comunidade, das preferências individuais que não têm um peso moral legítimo. “O utilitarismo, segundo essa visão, tem como objetivo satisfazer as preferências que se baseiam na informação completa e nos julgamentos corretos, enquanto rejeita as que são equivocadas e irracionais” (KYMLICKA, 2006, p. 20). Mas a inclusão de um padrão moral, para a avaliação prévia das preferências individuais que devem ser satisfeitas, viola o princípio da utilidade, segundo o qual a moralidade das ações deve ser avaliada apenas segundo o bem delas resultante (GALVÃO, 2008, p. 18-19). O utilitarismo de preferências, mesmo este, que prega a satisfação tão-somente das preferências individuais racionais ou informadas, apresenta, ainda, o mesmo problema do utilitarismo hedonista, qual seja, a prevalência do interesse da comunidade sobre os interesses individuais. Portanto, as mesmas razões, as quais serão expostas no encerramento deste tópico, que justificam a rejeição do utilitarismo hedonista, como fundamento teórico para uma adequada implementação dos direitos sociais fundamentais, aplicam-se, igualmente, às demais vertentes do utilitarismo, dentre elas, o utilitarismo de preferências.

objetivo, qual seja, a felicidade, deve ser promovido não só pela razão, mas também pela lei (BENTHAM, 2000, p. 14).

Nesta linha de raciocínio, as ações, sejam elas ações dos indivíduos, sejam as ações dos governantes da comunidade, são avaliadas de acordo com a sua tendência para aumentar ou diminuir a felicidade (BENTHAM, 2000, p. 14). As ações estão em conformidade com o princípio da utilidade e, portanto, são ações moralmente corretas, quando apresentarem, quando comparadas com outras ações, uma maior tendência para promover a felicidade, seja aumentando o prazer, seja diminuindo a dor (BENTHAM, 2000, p. 15).

Os indivíduos são tidos como membros que compõem a comunidade, a qual, segundo Bentham (2000, p. 15), é um corpo fictício, cujo interesse é o resultado da soma dos interesses individuais dos seus membros. Por conseguinte, a felicidade dos indivíduos, enquanto membros da comunidade, deve ser a finalidade precípua das ações dos governantes (BENTHAM, 2000, p. 27). Porém, o objetivo não é promover a felicidade de todos, individualmente considerados, mas sim maximizar a felicidade da comunidade como um todo.

Um atrativo do utilitarismo hedonista é que ele se fundamenta em uma crença que não pode ser negada, qual seja, a importância da felicidade, do bem-estar humano.

O bem que ele busca promover – a felicidade, a prosperidade, ou o bem-estar – é algo que todos buscamos na nossa vida e na vida dos que amamos. Os utilitaristas simplesmente exigem que essa busca do bem-estar humano ou utilidade (usarei estes termos como intercambiáveis) seja feita imparcialmente, para todos na sociedade. [...] Não importa quão seculares sejamos, não podemos negar que a felicidade é valiosa, já que é algo que valorizamos na nossa vida. (KYMLICKA, 2006, p. 12-13)

Nas lições de Bentham (2000, p. 31), o prazer e a dor são avaliados segundo critérios³¹ eminentemente quantitativos (e não qualitativos). Dentre tais critérios, destacam-se: intensidade e duração. Significa que, para esse utilitarista hedonista, “[o]s chamados prazeres mais elevados, ou virtudes mais nobres, são simplesmente aqueles que produzem prazer mais intenso e duradouro” (SANDEL 2014, p. 67).

Por um lado, a ausência de distinção qualitativa entre os prazeres tem a vantagem de considerar os interesses individuais como eles realmente são, sem

³¹ Todos os critérios elencados por Bentham (2000, p. 31), para a avaliação do prazer e da dor, são: *intensity, duration, certainty or uncertainty, propinquity or remoteness, fecundity, purity e extent*.

qualquer julgamento de valor moral, o que permite a comparação entre todos os interesses em uma única escala (SANDEL, 2014, p. 67). Mas tal entendimento vai de encontro à intuição de que, ao contrário, alguns prazeres são mais elevados do que outros e, por este motivo, devem ser preferidos, em detrimento dos prazeres mais desprezíveis. Mill procura corrigir tal impropriedade, incluindo critérios qualitativos, ao lado dos quantitativos, para a correta avaliação dos prazeres.

Como explica Galvão (2008, p. 17),

Bentham (1789) defendeu que os melhores prazeres são simplesmente os mais intensos e prolongados. Opondo-se a este hedonismo puramente quantitativo, Mill (1863) propôs uma versão da perspectiva em que se afirma que certos prazeres – nomeadamente aqueles, como os estéticos, que decorrem do uso de nossas <<faculdades superiores>> – são mais valiosos em virtude da sua qualidade intrínseca, de tal forma que contribuem muito mais para o bem-estar humano do que uma quantidade similar de prazeres inferiores.

Mill (2007, p. 23) observa que “[o]s seres humanos têm faculdades mais elevadas do que os apetites animais” e que, por isso, preferem prazeres que dão vida a essas suas faculdades mais elevadas. E para identificar, entre dois prazeres, qual deles é o mais desejável, “o julgamento daqueles que são mais qualificados por conhecer ambos, ou, se divergirem, da maioria dentre eles, deve ser admitido como final” (MILL, 2007, p. 27)³².

Ao relacionar a felicidade com as faculdades mais elevadas, próprias dos seres humanos, Mill estabelece uma distinção fundamental entre duas ideias que, embora distintas, não raro são confundidas entre si: a felicidade e a satisfação. Na visão de Mill (2007, p. 25),

[é] indiscutível que o ser cujas capacidades de prazer sejam de nível inferior possui maiores chances de satisfazê-las plenamente; e um ser altamente dotado sempre sentirá que qualquer felicidade que ele possa procurar no mundo tal como ele é, será imperfeita. Mas ele pode aprender a suportar suas imperfeições, se elas forem de qualquer modo suportáveis, e não o farão invejar o ser que de fato é inconsciente das imperfeições, uma vez que não sentem absolutamente o bem que elas proporcionam. É melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito; melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito.

³² Não obstante tal discussão não tenha grande relevância para o objeto do presente estudo, convém registrar a crítica que se direciona ao método comparativo desenvolvido por Mill, para a identificação dos prazeres mais desejáveis. É que tal método parece inverter o processo de formação das preferências, haja vista que “não é meramente por ser objeto de uma preferência que uma coisa é boa ou valiosa. Porque constitui um bem, temos uma razão (de natureza intersubjetiva) para preferi-la” (VITA, 2007, 163). E, desta forma, o método admite uma avaliação objetiva dos prazeres, que toma por base as suas qualidades intrínsecas, o que pressupõe um padrão moral distinto do utilitarismo, que “parte de um ideal da dignidade humana independente daquilo que queremos e desejamos” (SANDEL, 2014, p. 71).

Logo, a felicidade que, segundo Mill (2007, p. 29), deve ser perseguida, e maximizada, para a comunidade como um todo, não é uma vida de êxtase, de mera satisfação, e sim “uma existência feita de poucas dores transitórias, de tantos e vários prazeres, com uma predominância clara do ativo sobre o passivo”. E a identificação de quais são os prazeres desejáveis deve obedecer a critérios quantitativos e qualitativos, sendo que

o teste de qualidade e a regra para avaliá-la em comparação com a quantidade é a preferência sentida por aqueles que, por causa de suas oportunidades de experiência, por causa também de terem o hábito de tomar consciência de si próprio e de praticar a introspecção, estão melhores equipados com os meios de comparação. (MILL, 2007, p. 28)

Na opinião de Mill (2007, p. 32), ainda melhor do que a felicidade é a virtude, que permite que um indivíduo renuncie à sua própria felicidade, em prol do aumento da felicidade da comunidade. Mas a moralidade utilitarista não reconhece que o sacrifício por si só seja um bem, e sim, tão-somente, quando a renúncia individual seja capaz de produzir, como resultado, o aumento da quantidade de felicidade coletiva, “seja da humanidade coletivamente, ou de indivíduos dentro dos limites impostos pelos interesses coletivos da humanidade” (MILL, 2007, p. 33). A virtude, então, é algo desejável em si, “não como um meio para a felicidade, mas como parte da felicidade das pessoas” (MILL, 2007, p. 57).

Segundo Mill (2007, p. 47), os seres humanos são dotados de um “sentimento consciencioso da humanidade”, responsável pela sua autopercepção enquanto um ser que tem consideração pelos outros. “[S]eus objetivos identificam-se com os de outros; há pelo menos um sentimento temporário de que os interesses de outros sejam seus próprios interesses” (MILL, 2007, p. 51). Portanto,

a utilidade primeiro recomendaria que as leis e os dispositivos sociais deveriam colocar a felicidade, ou (como se poderia chamar na prática) o interesse de todo indivíduo o máximo possível em harmonia com o interesse do todo; e em segundo lugar, que a educação e a opinião, que têm um poder tão amplo sobre o caráter humano, deveriam usar tal poder para estabelecer no espírito de todo indivíduo uma associação indissolúvel entre sua própria felicidade e o bem geral; [...] para que o homem não apenas se torne incapaz de conceber a possibilidade de felicidade para si próprio e a adoção de uma conduta oposta ao bem geral, mas também que um impulso direto para promover o bem geral possa ser em todo indivíduo um dos motivos habituais de ação, [...]. (MILL, 2007, p. 34)

Mas, na impossibilidade de compatibilização entre os interesses individuais e o interesse da comunidade, é este último que, de acordo com a lógica utilitarista, deverá sempre prevalecer, preferindo-se o incremento da felicidade geral, mesmo

que, para tanto, alguns indivíduos precisem renunciar completamente à sua própria felicidade.

A justiça, na opinião de Mill, é regida pela mesma lógica da moralidade utilitarista, que privilegia as ações que, quando comparadas com outras, apresentem uma maior tendência a aumentar a felicidade geral. A peculiaridade da justiça, quando comparada à moralidade social, é que a primeira se atém às obrigações morais que são mais relevantes para a comunidade. Nas palavras do próprio autor, “o termo justiça é uma denominação para certas exigências morais, as quais, se consideradas coletivamente, ocupam posição mais elevada na escala da utilidade social e, portanto, são de obrigação mais importante do que quaisquer outras” (MILL, 2007, p. 89).

Neste diapasão, a vertente utilitarista defendida por Mill só reconhece que um indivíduo tenha direito a algo quando da defesa desse direito, pela sociedade, puder resultar o fomento da utilidade geral (MILL, 2007, p. 77). Em princípio, todos os indivíduos têm direito à igual reivindicação a todos os meios para alcançar a felicidade, mas desde que o interesse individual se encontre em conformidade com o interesse geral. A máxima da justiça, pois, não se aplica universalmente; ela se submete aos limites impostos pela conveniência social (MILL, 2007, p. 88).

Mas esta não parece ser a maneira mais adequada de se conceber a justiça. Pelo contrário. “A justiça tem sido tradicionalmente *contrastada* com a utilidade, a tal ponto que uma frase famosa chega a afirmar que a justiça deve ser feita mesmo que para isso o mundo tenha de perecer (*fiat justitia et pereat mundus*)” (FLEISCHACKER, 2006, p. 157). Logo, a justiça não deve se preocupar pura e simplesmente com o bem-estar geral. Deve, sim, olhar para os indivíduos enquanto seres singulares, e não apenas como membros da comunidade, para então protegê-los, “impedindo que sejam sacrificados em nome de um bem social maior” (FLEISCHACKER, 2006, p. 157). É isso que o utilitarismo, em todas as suas vertentes, não admite, e que o torna uma teoria da justiça imprópria para a adequada implementação dos direitos sociais fundamentais.

O apreço maior da doutrina utilitarista se dirige ao bem-estar da comunidade como um todo. E isso fica claro no posicionamento de Mill (2007, p. 32-33), já mencionado ao norte, segundo o qual é desejável, como parte da própria felicidade, a virtude de renunciar aos interesses individuais, quando do sacrifício puder resultar o aumento da felicidade geral. O utilitarismo atribui a todos os indivíduos o objetivo

comum de maximizar a utilidade média ou total da comunidade. “E, quando os interesses individuais conflitam com esse objetivo comum, são os primeiros que devem ceder o passo ao segundo” (VITA, 2007, p. 11).

O problema é que o utilitarismo, ao estabelecer o objetivo comum de maximização da utilidade da comunidade, impondo a todos os indivíduos esse objetivo, obriga que estes, eventualmente, sujeitem-se a enormes sacrifícios, para a promoção do benefício de outrem. E essa sujeição é inadequada, “porque ignora o facto de as pessoas serem sujeitos distintos, com uma vida própria para viver” (GALVÃO, 2008, p. 29).

Não há base, pois, na doutrina utilitarista, para a defesa de direitos fundamentais dos indivíduos (nem mesmo os clássicos direitos de defesa), que funcionem como limitação do poder estatal, devendo ser sempre preservados, ainda que à custa de um maior benefício geral. Como atesta Fleischacker (2006, p. 150), “[o] utilitarismo não é uma doutrina simpática à idéia de que os indivíduos têm direitos absolutos”.

Da mesma forma, “o utilitarismo não está necessariamente comprometido com uma concepção de igualdade distributiva” (VITA, 2007, p. 11-12). Quando o utilitarismo toma por base os interesses individuais, para o cálculo da utilidade média ou total da comunidade, ignora o fato de que “o que as pessoas preferem é, em grande medida, resultado de bens, recursos e direitos que lhes foram providos *em primeiro lugar* pelas instituições sociais e pela ação pública” (VITA, 2007, p. 156). Significa dizer que, ao contrário do que prega o utilitarismo, é necessário, antes de tudo, garantir que os indivíduos tenham acesso a esses bens e direitos fundamentais, independentemente do reflexo disso no bem-estar da comunidade. Não se pode admitir que nem mesmo um único indivíduo sequer sucumba em prol do benefício geral. Pelo contrário. Só se pode partir para a promoção do bem-estar da comunidade após restarem assegurados os direitos fundamentais de todos os indivíduos. E o utilitarismo inverte esta lógica.

Portanto, a melhor concepção do princípio igualitário abstrato, segundo o qual todos os indivíduos devem ser tratados com igual respeito e consideração, há de reconhecer que todos têm direito a uma parcela equitativa de bens e recursos, que lhes garanta liberdade real para elaborar e executar os seus objetivos individuais de vida, independentemente dos objetivos da comunidade. “Parte do que significa demonstrar igual consideração pelos outros é levar em conta o que

pertence legitimamente a eles na decisão dos nossos próprios objetivos na vida” (KYMLICKA, 2006, p. 56). Logo, não se pode conferir prioridade máxima aos interesses gerais, como faz o utilitarismo. Os indivíduos só são tratados com igual respeito e consideração quando lhes são assegurados os seus direitos fundamentais, partes elementares da dignidade que lhes é inerente, ou seja, quando a promoção do bem-estar da comunidade pressupõe a distribuição de uma parcela equitativa de bens e direitos a todos os indivíduos que a compõem.

Para tanto, o liberalismo de princípios, exposto no capítulo inaugural desta dissertação, é o embasamento teórico mais apropriado, porque “[e]le afirma a primazia da virtude social da justiça e do respeito por direitos individuais” (ROSAS, 2008, p. 35), incluindo os direitos de liberdade e os direitos de igualdade. A adequada implementação desses direitos fundamentais, então, exige algo além da lógica utilitarista que orienta a elaboração e a execução das políticas públicas sociais. O viés exclusivamente coletivo, objetivando prioritariamente o bem-estar geral, não dá a devida importância às necessidades individuais. É preciso voltar os olhos para os seres humanos, singularmente considerados, tal como prega o liberalismo de princípios, para que a dignidade que lhes é inerente seja respeitada e promovida de maneira efetiva.

3.3 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E A IMPERIOSIDADE DE SUA SUPERAÇÃO

Não é demais repisar que já se logrou superar o argumento democrático contrário à possibilidade de os direitos sociais fundamentais serem reclamados judicialmente, argumento este segundo o qual a elaboração e a execução das políticas públicas sociais seria tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, compostos por membros eleitos pelo povo e, portanto, representantes do soberano poder popular.

A presente pesquisa partiu do pressuposto de que os indivíduos, titulares desses direitos, na hipótese de não os terem garantidos pelos poderes políticos competentes, podem recorrer às vias judiciais, como meio de forçar o Estado a cumprir com as obrigações mais importantes que lhe foram impostas pelo constituinte.

Mas a afirmação de que se admite a reivindicação judicial dos direitos sociais fundamentais não significa, infelizmente, que essa judicialização já se dê da forma mais adequada à promoção da dignidade da pessoa humana. Não obstante a doutrina majoritária tenha superado o óbice da concepção de democracia majoritária, outro fator ainda impõe uma série de limitações à atuação do Poder Judiciário, na implementação dos direitos sociais fundamentais. Esse fator é representado pelo argumento econômico do custo dos direitos sociais, do qual se tratou no item de inauguração deste capítulo.

Diz-se que os direitos sociais são, primordialmente, direitos prestacionais, que exigem, para a sua implementação, a alocação de recursos públicos, os quais são escassos, ao passo que as necessidades sociais a serem satisfeitas pelo Estado são infinitas. Com fulcro nesse argumento, a judicialização dos direitos sociais fundamentais, tal como se apresenta na grande maioria dos casos, sofre ainda uma série de limitações, que evidenciam subsistir uma deferência à atribuição exclusiva dos poderes políticos para a regulamentação e realização prática das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais. O Poder Judiciário, então, poderia atuar, em sede de demandas judiciais, em prol da implementação dos direitos sociais. Mas, ao fazê-lo, precisaria preservar a função precípua dos Poderes Legislativo e Executivo, em respeito à repartição constitucional de competências.

Merece destaque, dentre os argumentos que ainda freiam a atuação do Poder Judiciário, na seara dos direitos fundamentais sociais, aquele que guarda íntima relação com a ideia de mínimo existencial, da qual se tratou no capítulo precedente, mais especificamente, no seu segundo item. Os defensores desse argumento lhe buscam respaldo na disposição do artigo 2.1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³³, alegando que desta exsurtem duas obrigações assumidas pelos Estados signatários do Pacto. São elas: adoção imediata de medidas adequadas, capazes de assegurar, pelo menos, o conteúdo mínimo de cada um dos direitos reconhecidos no Pacto; e implementação de

³³ Artigo 2.1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

medidas continuadas, para a realização progressiva dos direitos, na medida dos recursos disponíveis.

Tendo-se em mente, então, estas duas obrigações, uma de cumprimento imediato, e outra de realização progressiva, o modo de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais seria determinado pela natureza da prestação estatal exigida pelo autor da demanda. Caso se tratasse de uma prestação caracterizada como mínimo existencial, o órgão judicial competente teria ampla liberdade de atuação, podendo impor ao Estado a obrigação necessária à imediata implementação do direito reclamado. Por outro lado, quando o autor pretendesse uma prestação excedente ao mínimo existencial, a intervenção judicial deveria ceder lugar à discricionariedade legislativa e administrativa, respeitando o espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, quanto à definição e à execução das medidas necessárias à realização progressiva do direito reclamado, na medida da disponibilidade dos recursos públicos.

Esse é o posicionamento adotado por Sarlet (2012a) e Barcellos (2011), o qual já foi antes mencionado, mas merece ser resgatado, como representante desse primeiro argumento limitador da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais fundamentais.

Ambos os autores reconhecem eficácia jurídica plena e aplicabilidade imediata ao conteúdo do mínimo existencial, que Barcellos (2011, p. 272) chama de “núcleo da dignidade”, de sorte que, diante da omissão ou da atuação insuficiente dos poderes políticos competentes, os órgãos judiciais estariam autorizados a agir em prol da concretização de tais direitos, impondo ao Estado a obrigação de adoção imediata das medidas necessárias ao gozo do direito reclamado pelo seu titular. Nas palavras de Barcellos (2011, p. 273),

[a] esse mínimo existencial, portanto, tendo em vista não apenas os efeitos que pretende produzir isoladamente, mas o sistema jurídico-constitucional como um todo, reconhece-se eficácia jurídica positiva. Em suma: há direito subjetivo de exigir judicialmente que seu efeito ideal seja realizado concreta e diretamente, isso além das outras modalidades de eficácia jurídica que já foram atribuídas anteriormente às normas que o veiculam.

Sarlet (2012a, p. 356), da mesma forma, reconhece a existência de um direito subjetivo definitivo a prestações somente dentro da esfera de um padrão mínimo existencial, ressalvando que, em relação ao conteúdo que ultrapassa esse mínimo, só é possível admitir um direito subjetivo *prima facie*, de sorte que, dentro desse universo, “o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao

reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer” (SARLET, 2012a, p. 357)³⁴.

Essa primeira proposta de limitação da implementação judicial dos direitos sociais fundamentais encontra respaldo nas ideias de Robert Alexy acerca das regras e dos princípios.

Alexy (2008, p. 90) classifica as normas jurídicas em *regras* e *princípios*, estabelecendo que, ao contrário das regras, que contêm um mandamento definitivo, os princípios são *mandamentos de otimização*, “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Esse autor identifica, ainda, uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, de sorte que

[a]firmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 116-117)

Isso significa que eventuais colisões entre princípios não se resolvem no âmbito da validade, mas sim na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 94), sendo que o peso dos princípios só pode ser avaliado na realidade do caso concreto. “Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão” (ALEXY, 2008, p. 117), ocasião em que todos os princípios envolvidos devem ser ponderados, para que, então, possa-se definir qual deles deverá prevalecer em cada situação.

Para Alexy (2008, p. 117-118), as normas de direito fundamental, em especial, os direitos sociais, que são objeto deste estudo, têm um caráter principiológico, o que “implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos”. Nas palavras empregadas pelo próprio autor,

[d]e acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da

³⁴ Os acórdãos proferidos pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários n.ºs 410.715/SP, 595.595/SC e 594.018/RJ, todos antes mencionados, podem ser aqui citados como exemplos de decisões em que, de certa forma, prevaleceu esse entendimento, uma vez que restou estabelecido que o argumento da reserva do possível não pode ser invocado como escusa para o não cumprimento, pelo Estado, das obrigações constitucionais que se prestam à concessão, aos indivíduos, de condições materiais mínimas de existência.

liberdade fática. De outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos. (ALEXY, 2008, p. 512)

A partir da suposta natureza principiológica das normas de direitos sociais fundamentais, então, a própria existência do direito subjetivo dependeria do resultado do sopesamento entre o direito reclamado e os demais princípios constitucionais envolvidos, o que permitiria, no âmbito dos direitos a prestações, o reconhecimento da existência do direito subjetivo somente nas seguintes circunstâncias:

a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta. (SARLET, 2012a, p. 351)

E, na opinião de Alexy (2008, p. 512), “[e]ssas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial [...]”. Quanto aos demais direitos sociais, não integrantes do conceito de *direitos fundamentais sociais mínimos*, somente a partir da avaliação do peso assumido, no caso concreto, pela norma de direito fundamental, que, frise-se, teria natureza principiológica, e pelos demais princípios constitucionais, poder-se-ia concluir pela existência ou pela inexistência do direito subjetivo, autorizando ou não a imposição, pelo Poder Judiciário, da sua imediata realização³⁵.

Essa acepção principiológica das normas definidoras dos direitos sociais fundamentais, que admite o seu afastamento no caso concreto, quando ponderados todos os princípios constitucionais envolvidos, não dá a devida importância ao fato de o constituinte ter incluído os direitos e garantias fundamentais, inclusive aqueles de caráter prestacional, dentre as decisões políticas mais importantes, ao lado da organização do Estado e do exercício do poder político. Ao fazê-lo, já ficou claro no capítulo precedente, o constituinte retirou a matéria da esfera de disponibilidade dos

³⁵ Alguns autores apresentam propostas ainda mais restritivas, que negam a existência de direitos subjetivos definitivos até mesmo dentro do universo do mínimo existencial. É o caso, por exemplo, de Leivas (2008, p. 299), que admite que “circunstâncias excepcionais impeçam que o direito *prima facie* ao mínimo existencial seja reconhecido como direito definitivo”, e de Sarmento (2008, p. 579), que discorda que “o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas”.

poderes constituídos, e estabeleceu a prioridade máxima que deve sempre ser perseguida pelas ações estatais: a promoção da dignidade da pessoa humana, por meio do respeito e da implementação dos direitos e garantias fundamentais, sejam estes direitos de liberdade, sejam direitos de igualdade.

Caso se admita, ainda que hipoteticamente, que os direitos sociais possam ceder lugar a outros princípios, estar-se-ia percorrendo um caminho na direção contrária à opção do constituinte: devolver-se-iam os direitos e garantias fundamentais à esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. E, no Estado Democrático Constitucional de Direito instituído no Brasil, desde 1988, não há respaldo para tanto.

Da mesma forma, não se encontra, no texto constitucional brasileiro, qualquer passagem que justifique uma suposta distinção entre os conceitos de mínimo existencial e de direitos sociais fundamentais.

Todos os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados aos indivíduos são igualmente marcados pelo signo da essencialidade, e o são na mesma medida. É justamente o fato de serem todos esses direitos essenciais à dignidade da pessoa humana que justifica a sua ereção à norma jurídica suprema do Estado. Se quaisquer desses direitos não fossem essenciais, ou se alguns fossem mais essenciais do que outros, não estariam todos previstos no mesmo nível normativo: os direitos supostamente menos relevantes permaneceriam reservados à atuação regulamentadora dos poderes constituídos. Mas não foi assim que o constituinte quis. Ele retirou da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos todos os direitos sociais fundamentais, porque todos eles, de maneira indissociável e interdependente, conferem aos indivíduos as condições materiais necessárias para o gozo de uma existência com dignidade. São todos igualmente essenciais. Não é possível, pois, “selecionar, dentro do que já é essencial, algo essencial” (BRITO FILHO, 2015, p. 28).

O que se verifica, nas inúmeras tentativas de delimitação do que constituiria esse suposto conjunto essencial de direitos, que estaria contido no catálogo de direitos de igualdade, é uma absoluta falta de consenso. Uma vez que o constituinte não estabeleceu qualquer distinção entre mínimo existencial e direitos sociais fundamentais, os autores que pretendem parametrizar a intervenção judicial nas políticas públicas sociais tendo por base essa distinção, e que tentam demonstrá-la, enumerando quais os direitos sociais que consubstanciaríamos o núcleo da dignidade

da pessoa humana, fazem-no cada um a sua maneira, sendo alguns mais restritivos, outros mais condescendentes.

E este é mais um problema, de ordem eminentemente prática, que se pode identificar nessa tentativa de limitação da atuação do Poder Judiciário, que só poderia agir livremente quando em prol da concretização do mínimo existencial. Já que o constituinte não estabeleceu essa diferenciação entre os direitos sociais fundamentais e o mínimo existencial, qualquer tentativa de fazê-lo resultará, fatalmente, em arbitrariedade. Por conseguinte, a limitação da intervenção judicial nas políticas públicas sociais acabaria dando causa ao problema que pretende evitar, qual seja, a substituição da discricionariedade legislativa pela discricionariedade judicial, haja vista que, não obstante o auxílio da doutrina, caberia aos juízes a responsabilidade final de definir, caso a caso, se o direito social reclamado integra ou não o núcleo da dignidade da pessoa humana.

Seguindo no propósito deste tópico, que é a apresentação de algumas propostas que frequentemente são elaboradas pela doutrina especializada, para limitar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos de igualdade, focar-se-á, agora, na implementação dos direitos que transcenderiam ao mínimo existencial, na hipótese de se admitir a tese, aqui rechaçada, de que o conjunto de direitos sociais fundamentais é maior e, dentro dele, está contido esse mínimo essencial à dignidade da pessoa humana.

As propostas limitadoras da intervenção judicial nas políticas públicas sociais que reconhecem essa distinção (entre direitos sociais fundamentais e mínimo existencial) defendem, da mesma forma, que as possibilidades de atuação do Poder Judiciário nestas duas esferas são distintas: enquanto que, para a realização do mínimo existencial, os órgãos judiciais gozariam de ampla liberdade de atuação, no que atine ao conteúdo periférico ao mínimo existencial, por sua vez, os juízes deveriam adotar uma postura de autocontenção, privilegiando as opções legislativas, para a implementação progressiva dos direitos sociais, na medida dos recursos públicos disponíveis. Portanto, dentro do universo dos direitos sociais não integrantes do mínimo existencial, caberia ao Poder Judiciário, tão-somente, a tarefa de controlar as políticas públicas sociais que já tenham sido elaboradas pelos órgãos competentes, podendo também controlar a sua execução. Uma atuação mais proativa, por outro lado, deveria ficar restrita a circunstâncias excepcionais e, ainda assim, preservar, de alguma forma, a discricionariedade legislativa e administrativa.

Uma primeira possibilidade que se abriria ao Poder Judiciário, então, seria “a realização das opções já formuladas pelos entes federativos” (BARROSO, 2008, p. 897), limitando-se a determinar o efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelo próprio Estado, no exercício de suas competências regulamentares (ABRAMOVICH, 2005, p. 206)³⁶. Ora, se os poderes políticos competentes, dentro da sua esfera de discricionariedade, elaboraram políticas públicas sociais, criando para o Estado a obrigação de adotar certas medidas para a implementação de um direito, os juízes estariam autorizados a compelir o Estado a dar fiel cumprimento à obrigação por ele antes assumida. Em sua atuação, o Judiciário, sem valorar a política pública em questão, “aceita a medida desenhada pelos outros poderes do Estado, mas transforma seu caráter, de mera decisão arbitrária em obrigação constituída. Assim, o Poder Judiciário se torna garantidor da execução da medida” (ABRAMOVICH, 2005, p. 205-206).

O Poder Judiciário poderia, também, “confrontar as políticas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis” (ABRAMOVICH, 2005, p. 205), como, por exemplo, o princípio da igualdade e a vedação de tratamento discriminatório. Caso o órgão judicial identifique “tratamento desigual de cunho arbitrário (discriminatório) no âmbito de um sistema prestacional estabelecido” (SARLET, 2012a, p. 302), abrir-se-ia a possibilidade de a política pública em questão ser judicialmente invalidada. Nos termos em que defende Courtis (2008, p. 499),

[...]itígios tradicionais envolvendo o princípio da não-discriminação, baseados em distinções normativas fundadas em categorias suspeitas, ou na demonstração de que as práticas legislativa e administrativa exercem

³⁶ Em decisão monocrática proferida em 26 de fevereiro de 2007, na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91/AL, a Ministra Ellen Gracie demonstrou entender nesse sentido, ao assentar que o direito à saúde, previsto no artigo 196, da Constituição da República de 1988, constitui um direito “à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 2). Nesta linha de raciocínio, o Poder Judiciário só poderia intervir nas políticas públicas de saúde para compelir o Estado a dar fiel cumprimento às obrigações já por ele anteriormente assumidas, pelas mãos dos poderes políticos competentes. Por sua vez, o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno da Corte Constitucional brasileira, em 17 de março de 2010, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE, não obstante trazer alguns avanços, no que atine ao reconhecimento da titularidade individual do direito constitucional à saúde, também traz algum resquício do mesmo entendimento, especialmente nos seguintes trechos, extraídos do voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes: “[...] esse direito subjetivo é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010b, p. 16); “[...] pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010b, p. 26).

impacto desproporcional em um grupo social em particular, podem ser perfeitamente cabíveis – e vêm sendo extensivamente empregados – em matéria de direitos sociais, políticas sociais e serviços sociais.

Além do princípio da não-discriminação, o princípio da vedação do retrocesso social também poderia servir de baliza jurídica para o controle judicial das políticas públicas sociais engendradas pelos órgãos competentes. Tal princípio estaria implícito na obrigação de implementação progressiva dos direitos de cunho econômico e social (COURTIS, 2008, p. 509-510), e também na própria fórmula do Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo “permanente e contínuo progresso das condições de vida da sociedade” (FREITAS, 2007, p. 217). Esse princípio busca proteger os direitos prestacionais já regulamentados, em sede infraconstitucional, contra alterações futuras que pretendam reduzir o significado que lhe fora atribuído pela regulamentação anterior (FREITAS, 2007, p. 218). Significa que, “uma vez atingido um determinado nível sociocultural por intermédio da concretização dos direitos fundamentais, já não será compatível com a noção de Estado Democrático de Direito admitir-se o retrocesso a níveis inferiores” (FREITAS, 2007, p. 217). Logo, “qualquer medida adotada pelo Estado que suprima, restrinja ou limite o conteúdo dos direitos já garantidos pela legislação, constitui violação *prima facie*” (COURTIS, 2008, p. 510), podendo, pois, ser invalidada pelo Poder Judiciário.

Mas então, uma vez constatada a invalidade das políticas públicas sociais avaliadas pelo Poder Judiciário, com base nos padrões jurídicos aplicáveis, como, por exemplo, o princípio da igualdade e a vedação de tratamento discriminatório, e o princípio do não retrocesso social, dentre outros, de que maneiras os órgãos judiciais poderiam agir, dentro da sua postura de autocontenção, para viabilizar o gozo, pelo autor da demanda, do direito social judicialmente reclamado?

De acordo com as propostas mais conservadoras, o Poder Judiciário não poderia, por si só, promover a adequação da política pública considerada inválida, resolvendo, dentro dos limites da demanda judicial, o problema da implementação do direito, sem a participação dos Poderes Legislativo e Executivo, apenas lhes impondo a adoção das medidas que os órgãos judiciais julgassem necessárias e adequadas ao caso concreto.

Em princípio, a atuação judicial poderia consistir na declaração de invalidade da política pública, e no conseqüente reenvio da questão aos poderes pertinentes, para que estes ajustassem a sua atividade regulamentadora, reelaborando a política

pública, desta feita, de acordo com os padrões jurídicos aplicáveis (ABRAMOVICH, 2005, p. 205). A intervenção judicial nas políticas públicas sociais, portanto, precisaria manter resguardado o espaço de exercício da discricionariedade estatal, pelas mãos dos poderes competentes, para a escolha dos meios mais convenientes para a correção da situação de invalidade.

O que os mais conservadores admitem, sem que o Judiciário invada as atribuições do Legislativo e do Executivo, é a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão judicial declaratória de invalidade da política pública objeto da demanda, “por meio da qual os tribunais determinam que ocorreu uma violação, mas retardam o efeito da decisão para dar ao governo tempo para encontrar a melhor forma de reparar o defeito existente na legislação ou na política em questão” (LANGFORD, 2009, p. 116). Assim, ao Legislativo e ao Executivo caberia a responsabilidade de planejar o modo de cumprimento da decisão judicial, e os juízes poderiam, no máximo, supervisionar as ações estatais voltadas para esse cumprimento, controlando “a adequação das medidas concretas adotadas a partir do mandado expedido” (ABRAMOVICH, 2005, p. 207).

Essas hipóteses foram muito bem compiladas por Gargarella (2008b, p. 219), ao afirmar que, uma vez constatada a invalidade das políticas públicas sociais engendradas pelos Poderes Legislativo e Executivo, os órgãos judiciais

[p]odem bloquear a aplicação de uma certa norma e devolvê-la ao Congresso, forçando-o a pensar de novo sobre ela; podem declarar que algum direito foi violado, sem impor aos legisladores uma solução concreta; podem estabelecer que uma violação de direitos deve ser corrigida em um tempo limite, sem se colocar no lugar do legislador nem decidir qual solução [remédio] particular deveria ser aprovada; podem sugerir ao legislador uma série de soluções alternativas, deixando nas mãos deste a decisão final.

Outras propostas um pouco menos conservadoras, porém, ainda limitadoras da judicialização dos direitos sociais fundamentais, admitem que o Poder Judiciário vá além da declaração de invalidade das políticas públicas sociais e do seu reenvio aos órgãos pertinentes, para reelaboração, indicando desde logo a medida que deverá ser adotada pelo Estado, para a implementação do direito social no caso concreto. Ainda assim, contudo, os órgãos judiciais deveriam agir com parcimônia, tendo sempre em consideração a insuficiência dos recursos materiais disponíveis para a satisfação das inúmeras necessidades sociais.

Neste sentido, o argumento da reserva do possível, de que se tratou alhures, imporia a necessidade de o juiz avaliar a proporcionalidade e a razoabilidade da

medida requerida pelo autor da demanda e, para tanto, haveria de se manter, sempre, um olhar voltado para a coletividade, de sorte que a procedência da demanda não inviabilize a eficácia das políticas públicas sociais como um todo³⁷.

A avaliação da proporcionalidade da medida judicialmente reivindicada compreende o exame da sua adequação e da sua necessidade e, ainda, da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto “relação custo benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio eleito e a afetação desvantajosa a direitos fundamentais dele decorrente” (FREITAS, 2007, p. 211). E, nesse exame da proporcionalidade em sentido estrito, o juiz poderia considerar, também, o princípio que veda a insuficiência, escolhendo um meio que seja capaz de realizar suficientemente o direito social reclamado. Resumindo:

Adotar o princípio da proporcionalidade na realização de programas de ação para a materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais implica considerar se o programa de ação oportuniza a materialização do direito e possibilita promover ou alcançar o resultado perseguido; se o programa é necessário para materializar aquele direito e se os resultados a serem alcançados redundam num menor custo entre as escolhas possíveis, devendo-se escolher o menos gravoso ao erário, o que menos afete outros direitos e bens, realizando, por outro lado, da melhor forma possível o direito – proibição de insuficiência. (QUEIROZ, 2011, p. 154)

Além disso, a procedência da demanda judicial dependeria da verificação da razoabilidade da prestação pretendida pelo autor, o que, tal como o exame da proporcionalidade, exige que o juiz se mantenha preocupado com o bem-estar da coletividade, haja vista que o que o indivíduo pode razoavelmente exigir do Estado é tão-somente aquilo que não seja capaz de prejudicar as razoáveis expectativas de outrem. Nesta esteira, “a reserva do possível fática deve ser concebida como a *razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes*” (SARMENTO, 2008, p. 572).

A análise da razoabilidade, pois, deve compreender a possibilidade de a medida em questão ser estendida a todos aqueles que se encontrem em igual situação. Para tanto, os órgãos judiciais teriam de, necessariamente, considerar de maneira ampla as políticas públicas sociais, para além dos limites da relação jurídica processual, bem como os recursos materiais disponíveis ao Estado, para conceder a

³⁷ O já mencionado acórdão proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE, traz a seguinte afirmação, neste mesmo sentido: “[...] a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010b, p. 17).

prestação requerida somente quando esta fosse “passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas” (SOUZA NETO, 2008, p. 541).

Essa preocupação com a universalização da prestação objeto da demanda judicial, para além dos limites da relação jurídica processual, leva muitos autores a defender a priorização das ações coletivas, em detrimento das demandas individuais, porque, “na tutela coletiva, os magistrados não têm como escapar de uma reflexão que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial de universalização do que foi pedido” (SARMENTO, 2008, p. 584).

Na opinião de Souza Neto (2008, p. 543-544), são muitas as razões pelas quais se devem preferir as ações coletivas às individuais:

(a) As decisões proferidas no âmbito de ações coletivas garantem a universalização da prestação. Não são atendidos apenas os envolvidos diretamente no processo, mas todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições. (b) As decisões proferidas em ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública. É claro que podem alterar os rumos da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras. Mas não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador. (c) Nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos. Antes de ajuizar ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados. (d) A priorização das ações coletivas estimula que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil. (e) A priorização de ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais. (f) Nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política no orçamento.

As demandas individuais que alcançam um índice maior de sucesso, nos órgãos judiciários brasileiros, são aquelas em que se reivindicam tratamentos médicos de urgência, quando a vida do demandante se encontra em risco. Nestes casos, quando a denegação da ordem judicial ocasionará a morte do autor da demanda, o Poder Judiciário chega a adotar uma conduta mais proativa, determinando que o Estado arque com o tratamento médico necessário, até mesmo através de tutelas de cognição sumária³⁸.

³⁸ Podem ser encontradas inúmeras decisões judiciais neste sentido, em todos os órgãos judiciários brasileiros. Apenas para fins de registro, citam-se, aqui, as seguintes: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS (Supremo Tribunal Federal); Suspensão de Segurança n.º 3.989/PI (Supremo Tribunal Federal); Suspensão de Tutela Antecipada n.º 244/PR (Supremo Tribunal Federal); Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 23.747/SP (Superior Tribunal de Justiça); Recurso em Mandado de Segurança n.º 11.183/PR (Superior Tribunal de Justiça); Recurso em

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do já mencionado Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE, que tratava do fornecimento de medicamentos necessários à manutenção da vida do autor da demanda, pretendeu estabelecer um conjunto de parâmetros para a atuação do Poder Judiciário em demandas de mesma natureza, parâmetros estes que, não obstante pressuporem a titularidade individual do direito constitucional à saúde, de várias formas limitam o acesso dos indivíduos, pelas vias judiciais, às prestações materiais de que necessitam.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão, reconhece, em seu voto, que “[é] possível identificar, na redação do referido artigo constitucional [artigo 196], tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010b, p. 15). Mas, em seguida, propõe uma série de parâmetros a serem observados pelos órgãos judiciais, diante de demandas para a obtenção de tratamentos médicos, para a condução à conclusão pela procedência ou pela improcedência do pedido. Esses parâmetros foram assim compilados por Dallari (2013, p. 481-482):

1. Verificar se existe política pública que diga respeito à prestação de saúde pleiteada no caso concreto.
2. Na hipótese de que não haja a política estatal específica, o Judiciário deve considerar:
 - a) a existência de vedação legal para o fornecimento do medicamento, ou seja, os juízes devem verificar se o medicamento possui registro na ANVISA;
 - b) a existência de decisão do SUS de não fornecer o medicamento, expressa em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS atualizados;
 - c) se o medicamento encontra-se em fase de testes clínicos na indústria farmacêutica;
 - d) se o tratamento alternativo oferecido pelo sistema público é adequado para o caso específico do paciente;
 - e) se o Executivo comprovou que haveria *grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas* na hipótese de concessão da tutela jurisdicional pretendida pelo paciente.

Fica claro, pois, que, se, por um lado, a decisão ora em comento representou um avanço no reconhecimento da titularidade individual do direito à saúde, por outro lado, o efetivo gozo desse direito pelo indivíduo, seu titular, ainda resta em muito condicionado à prévia atuação dos poderes constituídos e, por este motivo, o Poder Judiciário ainda tem um longo caminho para percorrer, até que se

Mandado de Segurança n.º 13.452/MG (Superior Tribunal de Justiça); Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n.º 39.774/RO (Superior Tribunal de Justiça); Mandado de Segurança n.º 8.740/DF (Superior Tribunal de Justiça); e Recurso Especial n.º 625.329/RJ (Superior Tribunal de Justiça).

possa considerar adequada a sua atuação para a implementação do direito constitucional à saúde de todos os indivíduos, na medida determinada pelas suas necessidades particulares.

Retomando os exemplos de limites propostos à atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos sociais fundamentais, menciona-se a alegação de que a decisão judicial deve ser construída “a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo” (SOUZA NETO, 2008, p. 546), de maneira que os poderes políticos competentes tenham efetiva participação na escolha das medidas a serem adotadas para a realização do direito reclamado, ainda que tal escolha seja transferida da esfera administrativa para a judicial. Tal articulação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário permitiria que considerações sobre política adentrassem a relação jurídica processual e, por conseguinte, a prestação material objeto da demanda seria pensada como parte integrante das políticas públicas sociais como um todo.

Não há, aqui, a pretensão de apresentar, de modo exaustivo, todas as propostas de atuação limitada do Poder Judiciário, nas demandas judiciais cujo objeto seja a garantia de direitos fundamentais de cunho econômico e social. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, que se presta a demonstrar a franca influência das ideias utilitaristas, ao norte apresentadas, não só na elaboração e na execução das políticas públicas sociais, pelos Poder Legislativo e Executivo, mas também na maneira como frequentemente se propõe que o Judiciário possa intervir nessas políticas.

Os parâmetros que se apresentam, para a intervenção judicial nas políticas públicas sociais, consoante se espera tenha ficado claro, mantêm, de uma forma ou de outra, o entendimento de que compete precipuamente aos órgãos legislativos e executivos a alocação dos escassos recursos públicos na satisfação das infinitas necessidades sociais e, por conseguinte, a definição do tempo e da forma de implementação progressiva dos direitos sociais fundamentais, desde que assim permitam os recursos materiais disponíveis.

A concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, dessa maneira limitada, condiciona o atendimento das necessidades individuais objeto da demanda aos interesses da coletividade. É dizer: só se admite que órgãos judiciais indiquem, desde logo, a medida a ser adotada pelo Estado, para a realização do direito no caso concreto, quando tal medida for compatível com o bem-estar geral; e, sempre

que possível, os juízes devem assegurar o espaço necessário para que os poderes políticos competentes escolham a medida mais conveniente, visando compatibilizar a satisfação das necessidades individuais com os interesses da coletividade. Desta sorte, o objetivo último é a promoção do bem-estar geral, arriscando-se, para tanto, deixar o indivíduo desamparado em suas necessidades básicas, em flagrante descumprimento às normas constitucionais que preveem direitos sociais fundamentais de titularidade dos indivíduos.

Pelas mesmas razões antes apontadas, quando se rechaçou o utilitarismo, essa concepção limitada de judicialização dos direitos sociais fundamentais não é compatível com o Estado Democrático Constitucional de Direito, e não satisfaz a contento as exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, porque não dá a devida importância à opção política fundamental feita pelo constituinte, mantendo o indivíduo em segundo plano, à sombra da comunidade no qual está inserido.

É preciso, pois, buscar novos contornos para a concretização judicial dos direitos de igualdade, de sorte que o indivíduo seja visto em primeiro lugar, e que as suas necessidades básicas sejam atendidas com prioridade, da forma como pretendeu o constituinte, e independentemente da compatibilidade dos interesses individuais com aqueles da coletividade como um todo. Para tanto, ao contrário do utilitarismo, o liberalismo de princípios, apresentado no capítulo inaugural desta dissertação, é o embasamento teórico mais apropriado, uma vez que comporta, mais confortavelmente, o entendimento de que o Estado, por ordem direta do constituinte, ou seja, independentemente da vontade dos poderes constituídos, expressa nas políticas públicas por eles elaboradas, está juridicamente obrigado a adotar a conduta que se fizer necessária, inclusive mediante prestações materiais específicas, para que todos os indivíduos, sem exceção, e tendo-se em consideração os seus talentos, as suas capacidades e as suas eventuais deficiências, possam de fato usufruir do benefício que se espera de cada um dos direitos fundamentais que lhes foram constitucionalmente concedidos. E, uma vez reconhecida tal obrigação jurídica, o Poder Judiciário poderá adotar uma conduta mais adequada à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana, assegurando aos indivíduos que vierem até os órgãos judiciais o efetivo gozo dos seus direitos sociais fundamentais, com respaldo direto na norma constitucional que os define, independentemente de prévia e suficiente regulamentação infraconstitucional.

Consoante já se afirmou alhures, a atuação dos órgãos judiciais brasileiros está mais perto de poder ser considerada adequada quando o que está em jogo é a própria vida do demandante. Nas situações em que o perigo de morte é real e concreto, os juízes se sentem mais à vontade para afastar a alegação de insuficiência dos recursos públicos e determinar, sob pena de multa, que o Estado adote de imediato as medidas necessárias ao fornecimento do tratamento médico de que necessita o autor da demanda para continuar vivendo. Somente nesses casos extremos, de salvaguarda do bem maior do demandante, que é a vida, o direito à saúde tem sido assegurado com respaldo direito nas normas constitucionais que o definem (artigo 196³⁹ e seguintes), independentemente da preexistência de políticas públicas de saúde que compreendam o tratamento reivindicado. Já quando o direito à saúde é reivindicado fora dessas situações extremas, e também quando está em discussão outro direito social, que não o direito à saúde, a atuação do Poder Judiciário brasileiro ainda se mostra insipiente.

A decisão monocrática proferida em 10 de outubro de 2008 pelo Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 241/RJ, pode ser citada como uma das decisões representativas do entendimento da Corte Constitucional brasileira acerca do direito constitucional à educação. Não obstante se possam verificar avanços no referido entendimento, há também aspectos em que o Tribunal mantém uma postura de autocontenção, em respeito à atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo para a elaboração e a execução das políticas públicas de educação.

Eis o primeiro desses aspectos: o Supremo Tribunal Federal, na construção do seu entendimento, analisa o direito à educação (artigos 205⁴⁰, 206⁴¹, 208⁴² e

³⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁴⁰ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁴¹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. [...].

210⁴³, dentre outros) de maneira vinculada à proteção constitucional da criança e do adolescente (artigo 227⁴⁴ e seguintes). Como resultado, apesar de registrar o valor da educação para a democracia⁴⁵, reconhece a obrigação constitucional do Estado de garantir a todos o direito à educação somente até, no máximo, o ensino fundamental, inclusive⁴⁶.

Todavia, há de se reconhecer que essa mesma decisão representa um avanço no que tange ao reconhecimento do direito à educação com respaldo direto

⁴² Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

⁴³ Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

⁴⁴ Art. 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, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. [...].

⁴⁵ Afirma o Ministro Gilmar Mendes, em sua decisão monocrática na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 241/RJ: "A educação é o principal instrumento que as sociedades democráticas possuem para promover a mobilidade social. É o acesso ao ensino que garante as condições necessárias para o desenvolvimento da pessoa, para o exercício da cidadania e dos direitos individuais e para a aquisição da consciência social indispensável para que a sociedade brasileira realize seus objetivos fundamentais (art. 3º da CF)" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008b, p. 5-6).

⁴⁶ Nos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários n.ºs 410.715/SP e 436.996/SP, julgados em 22 de novembro de 2005, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sua decisão, reconheceu a obrigação do Estado de prestar a todos, apenas, a educação infantil, incluindo creche e pré-escola. No mesmo sentido, pode-se citar também a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, em 18 de setembro de 2008, no Agravo de Instrumento n.º 677.274/SP.

nas normas constitucionais que o preveem, tidas como um mandamento do qual os Poderes Legislativo e Executivo não podem se escusar, sob pena de legítima intervenção do Poder Judiciário, para a garantia desse direito fundamental dos indivíduos. As seguintes passagens, extraídas da decisão monocrática sobre a qual se está comentando, evidencia o que se está a afirmar:

[...] não pode o Executivo agir discricionariamente quanto à conveniência ou não da implementação das políticas públicas de educação, constitucionalmente definidas. Se o Estado está obrigado [...] a implementar as políticas públicas destinadas às crianças e aos adolescentes, especialmente às de educação, deve assegurar recursos a esta área antes de fazê-lo a qualquer outra. O Poder Legislativo, igualmente vinculado às normas constitucionais relativas à educação e aos direitos das crianças e adolescentes, deve verificar se foram efetivamente alocados os recursos públicos indispensáveis para a concretização destes direitos. [...] Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de oferecimento de ensino fundamental, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008b, p. 6-7)

Já na ementa da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, em 18 de setembro de 2008, no Agravo de Instrumento n.º 677.274/SP, pode-se identificar o mesmo entendimento, consubstanciado nas seguintes palavras:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008a, p. 1-2)⁴⁷

⁴⁷ O mesmo entendimento já fora antes expresso pelo Ministro Celso de Mello, e corroborado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 22 de novembro de 2005, por ocasião do julgamento conjunto dos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários n.ºs 410.715/SP e 436.996/SP, de relatoria do Ministro antes mencionado.

Se, por um lado, admite-se que já houve avanços, por outro lado, não há dúvidas de que muito ainda há de ser feito para que os indivíduos, pelo menos no último recurso que têm à sua disposição, que é a jurisdição, tenham reconhecidos e assegurados, em níveis adequados, todos os seus direitos sociais fundamentais.

Não obstante a Corte Constitucional brasileira já reconheça a titularidade individual desses direitos de cunho social e econômico⁴⁸, os órgãos judiciais ainda atuam com timidez, quando diante de demandas individuais em que pleiteado algum direito social fundamental. A exceção se restringe às situações extremas das quais já se falou ao norte, em que há perigo concreto de morte, e o indivíduo recorre ao Poder Judiciário para obter do Estado o tratamento médico necessário à salvaguarda da vida. Por sua vez, todas essas decisões do Supremo Tribunal Federal acima mencionadas, acerca do direito à educação, foram proferidas em ações coletivas, tal como é frequentemente proposto ao Poder Judiciário atuar.

O fato de os órgãos judiciais se sentirem mais à vontade, para adotar uma conduta proativa, em demandas coletivas, em detrimento das demandas individuais, só corrobora a franca influência do utilitarismo sobre a intervenção judicial nas políticas públicas sociais, tal como comumente se apresenta. As demandas coletivas objetivam a promoção do bem-estar da coletividade em geral, por meio de políticas públicas que alcancem o maior número possível de pessoas, sem a garantia de que todos, sem exceção, sejam agraciados pela proteção estatal. E, se sequer há a preocupação de não excluir nenhum indivíduo, tampouco são levadas em consideração as necessidades que cada pessoa apresenta, em função de seus talentos, de suas capacidades e de suas eventuais deficiências, em relação ao conteúdo de cada um dos direitos sociais que lhe são constitucionalmente previstos.

Portanto, a atuação do Poder Judiciário, no exercício da relevante tarefa por ele assumida em uma democracia constitucional, que é a garantia de respeito e implementação dos direitos fundamentais dos indivíduos, inclusive aqueles de

⁴⁸ A decisão colegiada proferida no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE, já antes muito mencionada, reconhece a titularidade individual, especificamente, do direito à saúde. O Ministro Celso de Mello, por sua vez, na decisão monocrática que proferiu no Agravo de Instrumento n.º 677.274/SP, também já antes referida, reconhece a titularidade individual dos direitos sociais fundamentais como um todo, o que faz nos seguintes termos: “[...] os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade” (LAFER apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008a, p. 2).

caráter prestacional, precisa se pautar por uma ideologia diversa, qual seja, o liberalismo de princípios, aqui adotado como fundamento teórico para a proposta de superação dos freios que ainda intimidam os órgãos judiciais nessa seara.

Ao se inverter o foco de atenção prioritária, da coletividade para o indivíduo, permite-se que os juízes passem a adotar uma conduta proativa também em sede de demandas judiciais individuais, e para além do reconhecimento, tão-somente, do direito à saúde, passando a abranger outros direitos sociais fundamentais, que são tão necessários quanto a saúde, para que o indivíduo possa viver com dignidade. Isso porque é o ser humano singularmente considerado, e não o grupo social no qual ele está inserido, que é dotado de dignidade e que, por este motivo, é titular dos direitos fundamentais, sejam estes direitos de liberdade, sejam direitos de igualdade. É esse desvio de olhar o primeiro passo para que, um dia, consiga-se alcançar o grau de desenvolvimento social em que todos os indivíduos, sem exceção, tenham assegurados todos os direitos que lhes são essenciais para, considerando-se as suas circunstâncias pessoais, poderem usufruir de uma existência condizente com essa dignidade que lhes é inerente.

CONCLUSÃO: REPENSANDO A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS, EM BUSCA DA SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES BÁSICAS DE TODOS OS INDIVÍDUOS

Nos termos do que foi apresentado ao longo dos três capítulos da presente dissertação, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana, tão caro para o Estado instituído no Brasil a partir da Constituição da República de 1988, impõe que todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive aqueles de cunho prestacional, sejam garantidos em níveis adequados a todos os indivíduos, sem restrições que desconsiderem as suas necessidades particulares, sobretudo aquelas mencionadas no último capítulo, decorrentes do argumento econômico acerca do custo desses direitos. Para tanto, é importante que se busquem superar as limitações que ainda freiam a atuação do Poder Judiciário, para que os juízes possam mais bem exercer a importante tarefa de garantir concretude aos direitos sociais fundamentais, quando os Poderes Legislativo e Executivo não lograrem fazê-lo de maneira satisfatória.

Não se está a dizer, com isso, que é, preferencialmente, pelas vias judiciais que os direitos sociais devem ser implementados. Pelo contrário. Reconhece-se que o nível ótimo de desenvolvimento da sociedade é um estágio em que todos os seres humanos gozem, desde as esferas ordinárias, de todos os direitos que decorrem da dignidade que lhes é inerente, sem que precisem recorrer ao Judiciário, para coagir o Estado a fazer o que antes não fez espontaneamente, tendo negado fiel cumprimento aos seus deveres constitucionais.

Isso porque o fato de os direitos fundamentais (dentre eles, os direitos sociais) terem sido elevados ao nível normativo superior do ordenamento jurídico, aliado à eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, significa que o constituinte, desde esse momento inicial, deixou clara a razão de ser da própria existência do Estado e, por conseguinte, o objetivo último que toda a atuação estatal deve perseguir: o reconhecimento, o respeito, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, por meio da garantia e da implementação dos direitos que foram destacados pelo constituinte, porque consubstanciam as condições essenciais para uma existência com dignidade.

Com isso, o constituinte estabeleceu uma obrigação que se dirige ao Estado como um todo, incluindo todos os três Poderes dentre os quais as funções estatais são repartidas. As normas constitucionais definidoras dos direitos sociais

fundamentais são normas jurídicas (e não meras recomendações), dotadas, pois, de imperatividade. Significa que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário lhes devem, igualmente, fiel cumprimento, com máxima prioridade, haja vista que esses direitos são as ferramentas fornecidas pelo constituinte para que o Estado preste as devidas homenagens ao princípio eleito como a razão de ser da própria existência do Estado, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. E, em se tratando de normas jurídicas (imperativas, pois), o seu não cumprimento, ou o seu cumprimento insatisfatório, pelos órgãos estatais criados para o exercício desse *mister*, deve abrir a possibilidade de o Estado ser compelido a fazê-lo, desta feita, pelos órgãos judiciais, cuja função precípua é, justamente, a garantia de cumprimento compulsório de obrigações jurídicas antes não cumpridas de maneira espontânea.

E o que se percebe, na prática, é que a realização dos direitos sociais fundamentais, pelas vias ordinárias, ainda deixa muito a desejar.

Para começar, a frequente invocação do argumento da reserva do possível, para justificar o inadimplemento dos deveres estatais correlatos aos direitos sociais fundamentais, revela que os representantes eleitos pelo povo não raro invertem a ordem de prioridades pré-estabelecida pelo constituinte, relegando para segundo plano o que deveria ser feito em primeiro lugar, que é a concretização de todos os direitos fundamentais (os direitos prestacionais, inclusive) de todos os indivíduos. Ora, se não há mais recursos disponíveis para a implementação dos direitos sociais, no momento em que os órgãos políticos se dispõem a fazê-lo, é porque os recursos materiais recolhidos da sociedade, para o financiamento das atividades estatais, foram anteriormente aplicados em finalidades outras que não aquela eleita pelo constituinte para ser a prioridade máxima do Estado. É dizer: os recursos não são, de fato, escassos; tornam-se insuficientes para o custeio da atividade estatal que deveria ser prioritária porque, em alguma decisão política anterior, foram aplicados em finalidades alheias à vontade expressa pelo constituinte.

Sim, os recursos materiais disponíveis ao financiamento das atividades estatais não são infinitos. Consciente desta realidade, o constituinte cuidou de garantir que não faltassem recursos para a implementação dos direitos fundamentais dos indivíduos, ao pré-estabelecer que essa atividade deveria ser concluída pelos órgãos estatais em primeiro lugar. Esta foi a opção política feita pelo constituinte, no momento da instituição do Estado: dentre as inúmeras finalidades que poderiam ter

sido atribuídas ao Estado, o constituinte escolheu, prioritariamente, a promoção da dignidade da pessoa humana, por meio dos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, deslocou a matéria da esfera política para o âmbito do Direito, transformando em uma obrigação jurídica para o Estado o que, naquele momento, para o constituinte, foi objeto de uma opção política. Com relação às demais finalidades que não foram escolhidas pelo constituinte, estas, sim, permanecem no âmbito das discussões políticas, o que significa que os poderes constituídos têm discricionariedade para realizá-las segundo a sua própria opção, e na medida da disponibilidade dos recursos materiais que sobram, após a implementação de todos os direitos fundamentais de todos os indivíduos.

O argumento da reserva do possível, portanto, só é válido quando invocado dentro do universo dessas matérias que permanecem na esfera da disponibilidade dos poderes constituídos. Somente essas finalidades (e não a realização dos direitos fundamentais dos indivíduos) é que podem ser perseguidas quando e como permitirem os recursos materiais disponíveis ao Estado; apenas elas são objeto de opção por parte dos poderes políticos competentes. A implementação dos direitos fundamentais, por sua vez, é uma obrigação jurídica, oponível ao Estado como um todo, que deve, necessariamente, por este ser cumprida, espontânea ou compulsoriamente, conforme seja o caso.

Por conseguinte, não se pode admitir que o argumento da reserva do possível limite a implementação dos direitos fundamentais dos indivíduos, nem no bojo das políticas públicas elaboradas e executadas pelos poderes políticos competentes, tampouco nas vias judiciais. Caso contrário, estar-se-ia admitindo que os poderes constituídos desconsiderassem a opção política feita pelo constituinte, devolvendo os direitos fundamentais do âmbito do Direito para a esfera política, no caminho inverso àquele percorrido pelo constituinte, quando da instituição do Estado.

Outro problema, mais específico dos direitos de igualdade, é que as políticas públicas sociais engendradas pelos Poderes Legislativo e Executivo, para a implementação dos direitos sociais fundamentais, visam primordialmente ao incremento do bem-estar geral. Inicialmente, define-se, de maneira objetiva, a prestação que deverá ser executada pelo Estado, como meio para a realização de um determinado direito social. Após, procura-se executar essa prestação da maneira

mais ampla possível, de sorte que ela alcance o maior número possível de indivíduos.

Em primeiro lugar, esse método admite que alguns indivíduos não venham a ser alcançados pela prestação estatal, porque se contenta em ampliar o mais possível o alcance da prestação, sem a pretensão de atingir a absolutamente todas as pessoas. Em segundo lugar, e ainda que se consiga ampliar ao máximo a prestação estatal, para que todos os membros da coletividade a recebam, ainda assim, é bastante provável que tal prestação não seja capaz de satisfazer, efetivamente, as necessidades individuais de cada um. Nesta hipótese, o Estado se dispõe à realização do direito, define a prestação que supostamente é capaz de fazê-lo, essa prestação atinge o indivíduo, mas, na prática, o gozo do direito não é alcançado. E, do ponto de vista do indivíduo, esta situação em nada difere da absoluta negação do direito.

Percebe-se, então, que, por mais que os poderes políticos busquem, com os recursos materiais disponíveis ao Estado, satisfazer o maior número possível de necessidades sociais, e alcançar o maior número possível de indivíduos, essa atenção voltada para a coletividade, fulcrada no utilitarismo, mostra-se inadequada, porque não raro desconsidera as necessidades individuais de cada um dos seus membros.

Quando se olha apenas para a coletividade, o que, em um primeiro momento, até parece ser uma boa medida, porque o mais ampla possível, quando se volta o olhar para o indivíduo, deixa de ser a forma mais adequada de se satisfazerem as suas necessidades. Isso porque cada indivíduo é uma realidade diferente, cada um tem as suas peculiaridades, as suas características próprias, que refletem diretamente nas suas necessidades básicas, a serem satisfeitas pelo Estado. Portanto, ainda que a prestação estatal, concebida e executada nos termos antes mencionados, consiga alcançar, individualmente, todos os membros da coletividade, o fato de essa prestação consubstanciar um padrão objetivamente determinado, aplicável indiscriminadamente a todos, impede que tal medida seja capaz de propiciar as condições materiais de que cada indivíduo necessita, em função das suas características pessoais, para conduzir o seu plano de vida.

O método pelo qual o Estado pretende a realização prática das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais, por meio de políticas públicas sociais elaboradas e executadas segundo a lógica utilitarista, voltada para o

bem-estar geral, não é a forma mais adequada à promoção da dignidade da pessoa humana. Viu-se, no item em que se tratou da dignidade da pessoa humana como unidade de sentido dos direitos fundamentais, que se trata de um atributo do ser humano singularmente considerado, e não da humanidade, tampouco da coletividade em que o ser humano está inserido. Significa que todos os indivíduos têm uma dignidade a ser respeitada e promovida, não bastando, para tanto, que o Estado, com a sua atuação, contente-se em alcançar o maior número possível de indivíduos. É imprescindível que todos, sem qualquer exceção, sejam agraciados pela ação estatal. E essa atuação deve se dar em níveis adequados, considerando-se as necessidades particulares de cada membro da coletividade.

A partir da demonstrada inadequação da concretização dos direitos sociais fundamentais, pelas vias políticas, torna-se imperioso pensar em soluções a serem executadas através das vias judiciais. Isso porque, vale a pena repetir, no Estado Democrático Constitucional de Direito, os direitos fundamentais exercem a importante tarefa de proteção das minorias sem voz contra os excessos da maioria, eventualmente praticados através dos representantes eleitos pelo povo. O conteúdo dos direitos fundamentais garante que todos os indivíduos, independentemente do grupo social a que pertençam, tenham acesso a um conjunto básico de direitos, que lhes assegure liberdade real para perseguir os seus objetivos de vida, e para participar de maneira efetiva da condução da vida política da comunidade.

Mas a inclusão dos direitos fundamentais na Constituição do Estado, na qualidade de limites para o exercício (e também de critérios de legitimação) do poder estatal, por si só, não é capaz de assegurar a sua efetiva e adequada implementação, para que eles possam, na prática, exercer a função protetiva à qual se prestam. Esse modelo de Estado, centrado nos direitos fundamentais, implica, também, o reconhecimento de um Poder forte e independente, que tenha a função de garantir que todos os direitos fundamentais dos indivíduos sejam de fato concretizados, independentemente da vontade dos poderes políticos. É dizer: se, de um lado, as normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais impõem ao Estado a obrigação de satisfazer as necessidades básicas de todos os indivíduos, por outro lado, o Poder Judiciário é o último recurso de que dispõem esses indivíduos para forçar o Estado a cumprir com tal obrigação, na hipótese de este não fazê-lo espontaneamente, ou fazê-lo de maneira insatisfatória.

É por esta razão que se torna imperiosa a busca pela superação dos argumentos que defendem que o Poder Judiciário, nas demandas cujo objeto seja a concretização de direitos sociais fundamentais, deve adotar uma postura de autocontenção, privilegiando a atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo, para a realização desses direitos sob um prisma eminentemente político, através da elaboração e da execução das políticas públicas sociais. Os órgãos judiciários, enquanto último recurso disponível aos indivíduos, para fazer valerem os seus direitos fundamentais em face do Estado, precisa, necessariamente, ser forte e atuante, e adotar uma postura proativa, sem as limitações decorrentes do argumento econômico do custo dos direitos, sob pena de os direitos sociais, apesar da sua essencialidade para a dignidade da pessoa humana, restarem esquecidos no âmbito da previsão normativa, sem qualquer garantia efetiva de realização prática.

E a superação das limitações à atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos sociais fundamentais, perpassa pela alteração da lógica que orienta a implementação desses direitos.

As políticas públicas sociais engendradas pelos Poderes Legislativo e Executivo são orientadas pelo ideal utilitarista de maximização do bem-estar geral. Da mesma forma, a intervenção limitada do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais atende ao mesmo princípio, haja vista que pressupõe que compete precipuamente aos poderes políticos a regulamentação das disposições constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais, e preserva essa competência, admitindo que necessidades básicas individuais deixem de ser atendidas, em prol de um benefício maior para a coletividade como um todo, quando a disponibilidade de recursos públicos não permitir o atendimento das necessidades de todos os indivíduos.

Propõe-se, ao contrário, a substituição do utilitarismo, enquanto fundamento teórico da implementação política dos direitos sociais fundamentais, pelo liberalismo de princípios, que, ao prezar, prioritariamente, pelo bem-estar do indivíduo, permite que os direitos de igualdade sejam concebidos como questões de princípio, e não como questões de política e, por conseguinte, disponibilizam-se os instrumentos jurídicos para a garantia da sua concretização. É dizer: em não havendo cumprimento espontâneo, em níveis adequados, da obrigação estatal de assegurar o conteúdo dos direitos sociais fundamentais a todos os indivíduos, abre-se a possibilidade de intervenção judicial ilimitada, para impor o cumprimento compulsório

da referida obrigação, nos moldes que se mostrarem necessários para que o indivíduo goze, de maneira efetiva, dos direitos que lhe foram concedidos pelo constituinte.

Nestes termos, a presente proposta de superação dos limites de atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos sociais fundamentais, gira em torno do desvio, na direção do indivíduo, do olhar antes voltado para a coletividade. É o ser humano individualmente considerado, e não o corpo coletivo ao qual ele pertence, que tem uma dignidade a ser respeitada e promovida; logo, são os direitos fundamentais do indivíduo, de todos os indivíduos, que devem necessariamente ser assegurados. E o liberalismo de princípios, exposto com mais riqueza de detalhes no primeiro capítulo desta dissertação, oferece o fundamento teórico mais apropriado para esse desvio de olhar.

A justiça como equidade, de John Rawls, foi a primeira teoria da justiça a se ocupar, prioritariamente, do indivíduo e da satisfação das suas necessidades básicas, sob a responsabilidade do Estado, para que todos tenham acesso às condições materiais necessárias à livre elaboração e persecução dos seus planos individuais de vida. E, ao fazê-lo, o teórico se preocupou em assegurar que nenhum indivíduo reste excluído da proteção estatal. Essa inovação na forma de se conceberem as obrigações do Estado para com a sociedade é a razão principal pela qual se optou pela justiça como equidade como ideia base do fundamento teórico da proposta ora apresentada.

Segundo a teoria da justiça de Rawls, cada indivíduo, e não a coletividade como um todo, é titular de um conjunto básico de direitos, que lhe deve ser assegurado pelo Estado. E, nesse conjunto de direitos, está incluída uma parcela de bens materiais, a qual pode ser compreendida como o conteúdo dos direitos sociais fundamentais.

O princípio da diferença, idealizado por Rawls para regular a distribuição de renda e riqueza entre os membros da coletividade, garante que todos os indivíduos, sem exceção, tenham as suas necessidades básicas satisfeitas pelo objeto da distribuição e, desta forma, adquiram as condições materiais necessárias à persecução dos seus objetivos individuais de vida. Isso porque a parcela de bens materiais a ser distribuída pelo Estado é pensada a partir das necessidades dos indivíduos menos favorecidos. Ora, se tal parcela é capaz de atender, de maneira satisfatória, aos mais necessitados, será capaz de fazê-lo, também, em relação a

todos os demais membros da coletividade. Desta forma, o princípio da diferença controla as desigualdades surgidas no seio da sociedade, admitindo-as como justas se, e somente se, não comprometerem o acesso de nenhum indivíduo a essa parcela mínima de bens materiais. Assim, todos terão satisfeitas as suas necessidades básicas e gozarão, conseqüentemente, de liberdade real para conduzir a sua vida como mais bem lhes aprouver.

Transpondo-se a justiça como equidade, em especial, o princípio da diferença, à realidade brasileira, tem-se que essa parcela de bens materiais, devida pelo Estado a todos os indivíduos, corresponde ao conteúdo dos direitos sociais que contam com previsão constitucional, porque tidos como essenciais ao respeito e à promoção da dignidade inerente a todo e qualquer ser humano, em razão do simples fato de serem humanos. São esses direitos que o Estado brasileiro está juridicamente obrigado a implementar, e a fazê-lo de maneira que nenhum indivíduo reste excluído da proteção estatal. Por outro lado, no que atine aos demais bens materiais, excedentes ao conteúdo dos direitos sociais fundamentais, caberá aos próprios indivíduos a sua obtenção, por meio do emprego da renda e da riqueza que, em um primeiro momento, foram distribuídas pelo Estado. E as desigualdades sociais que surgirem, desde que, repita-se, nenhum indivíduo tenha deixado de receber a sua parcela de bens materiais, serão, então, consideradas justas.

Não obstante as inúmeras vantagens da justiça como equidade, que justificam a sua preferência, aqui, como teoria base, não se nega que, em certos aspectos, as ideias de Rawls demandam alguma complementação. E o primeiro desses aspectos que merece destaque, conforme se intentou deixar claro no primeiro capítulo desta dissertação, é a maior importância conferida pelo teórico à liberdade, quando comparada com a igualdade.

Acredita-se não serem mais necessárias maiores explicações acerca dos princípios da justiça como equidade, mas sim, tão-somente, a lembrança de que, para Rawls, a distribuição de renda e riqueza, e de cargos e posições de autoridade, deve ser precedida da distribuição das liberdades básicas, de sorte que estas não sejam compensadas pelos primeiros. É dizer: sob a égide dos princípios de justiça que, segundo Rawls, os indivíduos escolheriam, na posição original, para regular as instituições sociais básicas, a distribuição das liberdades básicas se daria em primeiro lugar e, somente após todos terem recebido um catálogo igual de liberdades, partir-se-ia para a distribuição de renda e riqueza, e de cargos e

posições de autoridade, segundo o princípio da diferença e a igualdade equitativa de oportunidades, respectivamente.

Todavia, não se identifica, ao menos não na ordem jurídica brasileira, nada que justifique uma suposta prioridade da liberdade em relação à igualdade. Pelo contrário. O constituinte brasileiro deixa claro, desde o preâmbulo do texto constitucional, o valor que têm, para o Estado brasileiro, a igualdade e a justiça social. São inúmeras as disposições constitucionais que evidenciam que os poderes constituídos não poderão se afastar desses ideais, tampouco relegá-los para segundo plano. Dentre tais evidências, pode-se mencionar a inclusão, no catálogo dos direitos considerados essenciais à dignidade da pessoa humana, tanto direitos de liberdade quanto direitos de igualdade. Portanto, neste aspecto, mais adequada é uma concepção de justiça que equipare liberdade e igualdade, no mesmo nível de importância. E, para tanto, a igualdade de recursos, de Ronald Dworkin, oferece uma contribuição importante.

Outro ponto em que a justiça como equidade pode ser complementada pela igualdade de recursos, para fornecer um fundamento teórico mais adequado à superação dos limites de atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos sociais fundamentais, reside na pouca atenção que Rawls despense à diversidade característica da raça humana.

É que Rawls se ocupa, apenas, da diversidade social existente entre os indivíduos. As posições sociais relevantes, a partir das quais Rawls pensa a escolha dos princípios de justiça e a distribuição de bens, são determinadas em função, tão-somente, dos vários níveis de renda e riqueza presentes na sociedade. Dworkin, por sua vez, admite que as pessoas divergem entre si também no que atine às suas características particulares, e defende que a distribuição, para ser justa, precisa ter em consideração também essa espécie de diversidade.

Então, para garantir que todos, independentemente de eventuais circunstâncias pessoais desfavoráveis, tenham asseguradas as condições materiais necessárias à condução dos seus objetivos individuais de vida, Dworkin idealiza, além da distribuição de renda e riqueza a cargo do Estado, também um esquema de seguros facultativos e obrigatórios, compreendendo proteções que todos são obrigados a adquirir. Desta forma, corrige as desigualdades injustas que venham a surgir no seio da sociedade, após a utilização do pacote de recursos antes distribuído, e em função desta, garantindo que todos, por mais desfavoráveis que

sejam as suas circunstâncias pessoais, consigam obter um grau mínimo de bem-estar. A distribuição idealizada por Dworkin, com a complementação do esquema de seguros, por este motivo, mostra-se mais adequada à satisfação das necessidades dos grupos sociais vulnerabilizados, razão pela qual é utilizada, aqui, como complemento à justiça como equidade.

A teoria da justiça de Rawls também é complementada, aqui, pela igualdade de capacidades, de Amartya Sen. Assim como a igualdade de recursos, essa teoria também confere o mesmo grau de importância à liberdade e à igualdade. Mas, ao contrário da igualdade de recursos, a igualdade de capacidades pugna pela tomada em consideração das circunstâncias pessoais de cada indivíduo desde o momento inicial da distribuição de renda e riqueza, como ponto de partida para a identificação dos bens que são devidos pelo Estado a cada indivíduo.

E é justamente por este motivo que a igualdade de capacidades, ao lado da igualdade de recursos, também serve como complemento para a justiça como equidade, sobretudo para mais bem fundamentar a superação dos limites de concretização judicial dos direitos sociais fundamentais.

É que, ao contrário das políticas públicas sociais engendradas pelos Poderes Legislativo e Executivo, que precisam guardar um certo grau de generalidade, as demandas judiciais são um palco propício para uma análise mais individualizada das necessidades básicas a serem satisfeitas pelo Estado, permitindo a identificação dos talentos e das capacidades peculiares ao indivíduo autor da demanda, para que, então, possa-se mensurar o pacote de recursos necessários para que ele desfrute de liberdade real para perseguir o seu plano de vida.

Logo, a justiça como equidade, complementada, apenas, pela igualdade de recursos, é capaz de mais bem fundamentar a elaboração e a execução das políticas públicas sociais, pelas mãos dos poderes políticos competentes, ocasião em que a implementação dos direitos sociais fundamentais precisa ser pensada de maneira ampla, visando à contemplação de todos os indivíduos, bem como a satisfação de todas as suas necessidades básicas.

Esclareça-se, no entanto, que tal generalidade das políticas públicas sociais não significa que a finalidade destas deva ser, como frequentemente é, a maximização do bem-estar geral. É imperioso que se busquem alternativas para uma mais adequada realização dos direitos fundamentais de cunho econômico e

social desde as esferas legislativa e administrativa. E, para tanto, da mesma forma, o caminho passa, necessariamente, pela priorização dos interesses dos indivíduos, independentemente da sua compatibilização com os interesses da coletividade.

Mas não foi este o objetivo da pesquisa ora realizada. Não porque tal objetivo não seja importante. Pelo contrário. O ideal é que todos os indivíduos tenham os seus direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade ou direitos de igualdade, espontaneamente satisfeitos; que não precisem lutar por eles; que não se torne necessário recorrer às vias judiciais para compelir o Estado, titular dos deveres correlatos a esses direitos, a cumprir com suas obrigações constitucionais. Preferiu-se, porém, neste primeiro momento, buscar alternativas para que a concretização judicial dos direitos sociais fundamentais se dê de maneira mais adequada. Se pelo menos nesta via extraordinária, que é a via judicial, último recurso jurídico para a reivindicação de direitos que não foram espontaneamente satisfeitos, os indivíduos que venham a buscá-la lograrem ter adequadamente satisfeitos os direitos que lhes são essenciais para o gozo de uma vida digna, já terá sido um bom começo.

E, para tanto, as ideias de Amartya Sen, ao lado das de Ronald Dworkin, também podem contribuir. Nos termos em que propugna Sen, as características peculiares de cada indivíduo, seus talentos, suas capacidades e suas eventuais deficiências, devem ser tidas como uma variável importante na identificação do pacote de bens e recursos que lhe são devidos pelo Estado desde o momento inicial da distribuição, e não apenas em um segundo momento, para a correção das desigualdades injustas que tenham surgido no seio da sociedade, como propõe Dworkin. E as vias judiciais comportam com mais conforto essa análise individualizada.

A correta identificação das características pessoais do autor da demanda judicial, como ponto de partida para a definição da medida a ser prestada pelo Estado, para a adequada realização do direito social reclamado, não é compatível com os argumentos antes apresentados, que limitam a atuação do Poder Judiciário nessa seara, em função de uma suposta escassez dos recursos públicos para a satisfação de todas as necessidades básicas de todos os indivíduos. Se os órgãos judiciais permanecerem limitados por esses argumentos, de natureza eminentemente política, não serão capazes de corrigir a contento a situação de inconstitucionalidade consubstanciada no não cumprimento ou no cumprimento insatisfatório das normas definidoras dos direitos sociais fundamentais. E é

justamente desta forma que tal situação deve ser encarada, para que, então possa ser corrigida: trata-se do descumprimento de uma norma jurídica, aliás, da norma jurídica suprema do Estado, que é a Constituição; como resultado, tem-se a negação de um direito fundamental, e não a mera protelação de uma agenda política.

Torna-se imperiosa, então, a superação desses limites de atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos sociais fundamentais. Essa importante tarefa que, no Estado Democrático Constitucional de Direito, é atribuída ao Poder Judiciário, só será exercida a contento quando os órgãos judiciais deixarem de tratar os direitos fundamentais dos indivíduos como questões de política, e passarem a encará-los como questões de princípio que são. Então, argumentos limitadores decorrentes do custo para a implementação desses direitos não serão mais aceitos, e o Estado será forçado a dar cumprimento às normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais, com a prioridade que pretendeu o constituinte.

Para tanto, o único limite que se pode admitir à intervenção judicial nas políticas públicas sociais é aquele consubstanciado nos próprios direitos que foram eleitos pelo constituinte como essenciais à dignidade da pessoa humana, bem como nas necessidades de cada indivíduo em relação ao conteúdo desses direitos. Explica-se: o Estado não poderá vir a ser obrigado, pelos órgãos judiciais, a fornecer às pessoas bem jurídicos que transcendam ao conteúdo dos direitos sociais fundamentais; por outro lado, dentro do universo dos direitos de igualdade, o grau em que estes deverão ser implementados só pode ser determinado em função das necessidades básicas dos indivíduos (e não, por exemplo, na medida da disponibilidade dos recursos materiais).

Ademais, o Poder Judiciário, em sua atuação em sede de demandas judiciais que tenham por objeto a garantia de direitos sociais constitucionalmente assegurados, não devem perder de vista que as necessidades básicas de cada indivíduo sofrem direta influência das suas características pessoais, dos seus talentos, de suas capacidades e de suas eventuais deficiências. Cada pessoa, em relação a cada um dos direitos de igualdade, carece de prestações específicas, para que o seu direito lhe seja efetivamente assegurado, isto é, para que a prestação estatal seja capaz de, efetivamente, ofertar condições que lhe viabilizem a persecução dos seus objetivos de vida. A diversidade característica da raça humana não permite que uma única prestação, objetivamente determinada, seja capaz de atender a contento às necessidades de todos os indivíduos, porque cada um, em

função das suas circunstâncias pessoais, apresenta uma necessidade específica em relação a cada um dos direitos sociais⁴⁹.

Neste diapasão, a intervenção judicial nas políticas públicas sociais pode (e deve) ser aprimorada, basicamente, sob estes dois prismas: o alcance e a definição da prestação devida pelo Estado, para a implementação de cada um dos direitos sociais. Por um lado, a atuação do Poder Judiciário deve assegurar que nenhum indivíduo reste excluído do raio de alcance da prestação estatal, nem mesmo se disso decorrer um benefício maior para a coletividade. Por outro lado, os órgãos judiciais, para a definição da prestação que será imposta ao Estado em cada caso concreto, devem partir das características particulares do autor da demanda, com vistas à escolha de uma prestação que seja de fato capaz de satisfazer as suas necessidades básicas individuais, não se contentando, pois, com uma prestação objetivamente predeterminada.

O objetivo último da presente proposta de superação dos limites de atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos sociais fundamentais, é possibilitar a efetiva satisfação das necessidades básicas de todos os indivíduos, para que todos, sem exceção, tenham assegurada a liberdade real para dar início à execução do seu plano individual de vida. A implementação dos direitos de igualdade tal como hodiernamente se apresenta, sob a égide da filosofia utilitarista, não é capaz de cumprir com esse *mister*, porque, ao priorizar a maximização do bem-estar geral, o utilitarismo admite que alguns indivíduos restem excluídos da proteção estatal, ou, ainda que a recebam, tal prestação não seja suficiente à satisfação de suas necessidades individuais.

Os argumentos que limitam a ingerência do Poder Judiciário com vistas ao fiel cumprimento das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais, da mesma forma, só são compatíveis com a lógica utilitarista. Justificar-se-ia que os órgãos judiciais preservassem a competência dos poderes políticos para a elaboração e a execução das políticas públicas sociais, na medida da disponibilidade dos recursos materiais, se a finalidade do Estado fosse a

⁴⁹ Exemplifica-se: todos os indivíduos, por expressa previsão constitucional, são titulares do direito à saúde, a ser provido pelo Estado. Mas o direito à saúde se realiza por meio de prestações diversas, em relação a cada um dos indivíduos: as pessoas apresentam enfermidades diferentes, de sorte que, para que todas gozem de um nível de saúde que lhes permita a execução do seu plano individual de vida, o Estado precisa lhes prover os procedimentos e medicamentos exigidos para o tratamento de cada uma dessas enfermidades. Caso contrário, ou seja, se a prestação estatal não for adequada à enfermidade apresentada por um determinado indivíduo, estar-se-á lhe negando o seu direito constitucional à saúde.

maximização do bem-estar geral, tal como prega o utilitarismo. Neste caso, uma maior ingerência do Poder Judiciário poderia vir de encontro a tal finalidade, haja vista que se trata de um órgão jurídico, enquanto que a adoção de medidas tendentes à melhoria das condições de vida da comunidade é, ao contrário, uma questão de política.

Mas a finalidade para a qual o Estado brasileiro foi instituído, a partir da Constituição de 1988, consoante o próprio texto constitucional deixa claro, em inúmeras passagens, não é a maximização do bem estar-geral. É, sim, o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana, por meio dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, de todos os indivíduos.

Repita-se que os direitos e garantias fundamentais, em uma democracia constitucional, visam à proteção das minorias sem voz contra eventuais excessos da maioria. Estão centrados, pois, no indivíduo, e não na coletividade. Logo, o Poder Judiciário, no exercício da sua função constitucional de garantir fiel cumprimento, em última instância, às normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais, inclusive aqueles de caráter econômico e social, deve se pautar pelos interesses dos indivíduos, e não da coletividade. Para tanto, há de se substituir a lógica utilitarista pelo liberalismo de princípios.

A justiça como equidade, enquanto teoria de base, com os complementos da igualdade de recursos e da igualdade de capacidades, permite esse aprimoramento da intervenção judicial nas políticas públicas sociais. Sobre este fundamento teórico, em substituição ao utilitarismo, o foco da atuação do Poder Judiciário, na concretização dos direitos sociais fundamentais, deixa de ser a coletividade, e passa a ser o indivíduo. E, a partir dessa alteração de foco, torna-se possível a máxima ampliação do raio de alcance da atuação estatal, de sorte que nenhum indivíduo reste dela excluído, bem como a identificação e a satisfação das necessidades básicas de cada um dos indivíduos que integram a coletividade, em função dos seus talentos, das suas capacidades e das suas eventuais deficiências.

Destarte, o liberalismo de princípios, ao contrário do utilitarismo, consubstancia o fundamento teórico mais adequado à judicialização dos direitos sociais fundamentais, permitindo a superação dos limites que frequentemente se apresentam à atuação do Poder Judiciário nessa seara, os quais se centram, essencialmente, no argumento econômico do custo desses direitos. Sob a égide do liberalismo de princípios, ideias voltadas para a priorização de interesses coletivos

perdem substância, e a preocupação dos órgãos judiciais se volta para o indivíduo e para a efetiva satisfação de suas necessidades básicas, independentemente da compatibilidade destas com o bem-estar da coletividade.

O liberalismo de princípios não admite, por conseguinte, que a atuação do Poder Judiciário reste limitada por outros fatores que não as necessidades específicas do indivíduo autor da demanda em relação ao direito social reclamado. Logo, os órgãos judiciais, independentemente da demonstração da disponibilidade de recursos, tornam-se livres para impor ao Estado a prestação material que se mostre necessária, diante das peculiaridades do caso concreto, para que o direito social seja assegurado ao autor da demanda em níveis adequados. Somente desta maneira é que os direitos sociais fundamentais se tornarão capazes de exercer com efetividade a função para a qual se prestam, qual seja, a proteção do indivíduo, e a oferta das condições materiais de que necessita para dar início à execução do seu plano individual de vida.

Para finalizar, convém reafirmar, para que não restem dúvidas, que não se deve descuidar da implementação dos direitos sociais fundamentais pelas vias ordinárias, que são as vias políticas. Estas, tal como as vias judiciais, também precisam de aprimoramento, o qual também perpassa pelo desvio do olhar, da coletividade para o indivíduo. Esta pesquisa, porém, ateve-se à concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, buscando-se assegurar que, ao menos nessa via extraordinária, os direitos sociais dos indivíduos, de todos os indivíduos, sejam implementados em níveis adequados. O Poder Judiciário, enquanto fórum do princípio, dispõe de todos os instrumentos jurídicos necessários para compelir o Estado a cumprir com suas obrigações constitucionais. Deve, pois, fazê-lo de maneira mais adequada, sem se autoconter diante de argumentos limitadores orientados por questões de política.

Em um segundo momento, não necessariamente posterior ao aprimoramento da concretização judicial dos direitos sociais fundamentais, dever-se-á buscar, também, o aprimoramento da concretização política desses direitos. Mas esse objetivo, por ora, foi excluído da pesquisa, tendo sido deixado, quiçá, para uma outra oportunidade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 2, p. 189-223, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAKAWA, Hirohito Diego Athayde. **Democracia, poder majoritário e contramajoritário**: o debate teórico sobre a revisão judicial. Belém, dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, 2014.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 85-110.

BARBOSA, Ana Paula Costa. A legitimação moral da dignidade humana e dos princípios de direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 137-168.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97-135.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 293-320.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 jan. 2015.

_____. Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Acórdão de julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n.º 11.183/PR. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 22 ago. 2000. **Diário da Justiça**, 04 set. 2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900838840&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Acórdão de julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n.º 13.452/MG. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, DF, 13 ago. 2002. **Diário da Justiça**, 07 out. 2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200100890152&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Acórdão de julgamento do Mandado de Segurança n.º 8.740/DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 26 fev. 2003. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 fev. 2004a. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200201483343&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Acórdão de julgamento do Recurso Especial n.º 625.329/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 03 ago. 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 ago. 2004b. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400164910&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Acórdão de julgamento do Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 23.747/SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 08 set. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 set. 2015a. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201403388818&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Acórdão de julgamento do Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n.º 39.774/RO. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 01 out. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 out. 2015b. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202576131&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão de julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2000. **Diário da Justiça**, 24 nov. 2000. p. 101. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 abr. 2004. **Diário da Justiça**, 04 mai. 2004. p. 12. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no Recurso Extraordinário n.º 436.996/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 out. 2005. **Diário da Justiça**, 07 nov. 2005a. p. 37. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+436996%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/aqc7pl6>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no Recurso Extraordinário n.º 410.715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 27 out. 2005. **Diário da Justiça**, 08 nov. 2005b. p. 56. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+410715%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bfjeflc>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão de julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 410.715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 nov. 2005. **Diário da Justiça**, 03 fev. 2006a. p. 76. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no Recurso Extraordinário n.º 467.255/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 fev. 2006. **Diário da Justiça**, 14 mar. 2006b. p. 53. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+467255%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/aem2t6o>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no Recurso Extraordinário n.º 472.707/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 11 mar. 2006. **Diário da Justiça**, 04 abr. 2006c. p. 110. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+472707%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/alzdaul>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91/AL. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 fev. 2007. **Diário da Justiça**, 05 mar. 2007. p. 23. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+91%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/a44zk9a>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no Agravo de Instrumento n.º 677.274/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 set. 2008. **Diário**

da Justiça Eletrônico, n. 185, 01 out. 2008a. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+677274%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/d3l3r35>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 241/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 out. 2008.

Diário da Justiça Eletrônico, n. 196, 16 out. 2008b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+241%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/b63w2ba>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão de julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 595.595/SC. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 28 abr. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 099, 29 mai. 2009a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594740>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão de julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 594.018/RJ. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 23 jun. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 148, 07 ago. 2009b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599750>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 244/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 set. 2009.

Diário da Justiça Eletrônico, n. 180, 24 set. 2009c. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+244%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/ar5ht2h>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na Suspensão de Segurança n.º 3.989/PI. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 abr. 2010.

Diário da Justiça Eletrônico, n. 066, 15 abr. 2010a. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3989%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/n24utoo>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 mar. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 076, 30 abr. 2010b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014a.

_____. A justiça como equidade, de John Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada dos direitos fundamentais sociais. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Orgs.). **Direito e desenvolvimento**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2014b. p. 227-246.

_____. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **A Leitura**: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Belém, v. 5, n. 9, p. 136-145, nov. 2012.

_____. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do TRT da 8ª Região**, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez. 2008. (Suplemento Especial Comemorativo).

_____. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

_____. Direitos sociais, políticas públicas e atuação do Ministério Público do Trabalho. **Cadernos da Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará**, Belém, n. 18-19, p. 27-41, jan./dez. 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 487-513.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 463-484.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. **CEBRAB**, São Paulo, n. 77, p. 243-253, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0101-33002007000100013&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 2 jan. 2015.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2 ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209-292.

GALVÃO, Pedro. Utilitarismo. In: ROSAS, João Cardoso (Org.). **Manual de Filosofia Política**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 15-33.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a.

_____. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b. p. 207-228.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York/ London: W. W. Norton & Company, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Col. A obra-prima de cada autor).

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade**: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos. Belém: Editora Cesupa, 2004.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

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

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

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito ao desenvolvimento da personalidade e a sua relação com os direitos sociais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 334-350.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006.

_____. **Utilitarismo**. São Paulo: Escala, 2007. (Col. Grandes Obras do Pensamento Universal).

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-69.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

RACHELS, James; RACHELS, Stuart. **Os elementos da filosofia moral**. Trad. Delamar José Volpato Dutra. 7 ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROSAS, João Cardoso. Liberalismo igualitário. In: ROSAS, João Cardoso (Org.). **Manual de Filosofia Política**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 35-66.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

_____. **O liberalismo e os limites da justiça**. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 117-147.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-109.

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

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-42.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Nuno Castelo-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Desigualdade reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

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

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

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-519.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.