

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRICK MENEZES COLARES

A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

BELÉM -PA

2005



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRICK MENEZES COLARES

A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito, pelo
Centro de Ciências Jurídicas na Universidade
Federal do Pará.

Área de concentração: Constitucionalismo,
Direitos Humanos e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Antonio G. Moreira Maués.

BELÉM -PA

2005



Colares, Patrick Menezes.

A exigibilidade judicial dos direitos sociais/ Patrick Menezes Colares; orientador: Prof. Dr. Antonio G. Moreira Maués. _ Belém: 2005.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.

1. Direitos Sociais. 2. Mínimo existencial. 3. Democracia, separação de poderes. I. Título.

CDD – 341.6

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRICK MENEZES COLARES

A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Centro de Ciências Jurídicas na Universidade Federal do Pará.

Área de concentração: Constitucionalismo, Direitos Humanos e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Antonio G. Moreira Maués.

Banca examinadora

Prof. Dr. Antonio G. Moreira Maués
Orientador

Membro

Membro



Para minha mãe, Adelia, que não se contentou em me dar VIDA,
sendo inesgotável fonte de amor INCONDICIONAL.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que tudo me possibilitou. À Nossa Senhora de Nazaré, que tanto me protegeu. À São Francisco de Assis, eterna inspiração de humildade.

Ao Professor Dr. Antonio Maués, quem primeiro acreditou e cultivou minha disposição para vida acadêmica, por quem tenho mais admiração pelos seus atributos morais que intelectuais, agradeço não só pelas inúmeras oportunidades e valiosos ensinamentos, como também pela paciência e tolerância com minha opção profissional.

À minha mãe, Adelia Alves, que tanto abdicou em prol de meu bem-estar. Sou grato pelas décadas de oportunidades, o amparo incansável, o otimismo e confiança cegos, os conselhos que me formaram, a complacência com meus erros, o gosto por viver, a sina de batalhadora que herda de meus avós, pelo exemplo de honestidade, simplicidade e sensibilidade e por me ensinar o que é a síntese do amor: me aceitar incondicionalmente.

À minha irmã Roberta, que sem dizer uma palavra, me deu as maiores e mais profundas lições de vida, me ensinando que não é preciso ter tudo pra ser feliz e que a felicidade não se constrói de fora para dentro.

À minha família: pai Roberto, irmãs Jamille e Adeline, Dinha e Socorro, tia Marciana, Rafa e Natália, sem cujo amor seria hoje uma pessoa menor.

À amiga Élide Lauris, pela inteligência, simplicidade, confiança, respeito, otimismo, cumplicidade, pelas horas de confiança e estímulo constante.

Às amigas Eliza, Jesus e Wanusa, pelo companheirismo, alegria e dignidade.

Aos juízes Luzinália Souza Moraes, Vitor Leandro Yamada e Christiana D'Arc Damasceno Oliveira, cuja grandeza inversamente proporcional à idade não só me deram as lições básicas da magistratura, mas principalmente me deram lições de vida. Aos servidores da Vara do Trabalho (VT) de Ariquemes: Neiva, Fátima, Nelson, Maria, Bernardo, Sônia, Luzia, Iris, Joãozinho e Celene, minha família rondoniense, que suavizaram minha aterissagem, me apoiando nas horas mais difíceis e fornecendo mais carinho do que processos em milhares. Às pérolas Jaqueline da 2ª VT de Rio Branco e Tânia da VT de Jaru, por tanta dedicação aliada à competência brilhante. A todos estes por me ensinarem e provarém que em Rondônia e Acre há valores humanos inestimáveis.

RESUMO

A falta de concretização de alguns direitos fundamentais, como os sociais de saúde e educação, que demandam certos custos para o Estado, ainda representa um desafio ao constitucionalismo brasileiro. Em decorrência, os tribunais vêm se deparando com demandas relacionadas a materialização dos referidos direitos, tais como pedidos de fornecimento de medicamentos não fornecidos pela rede pública de saúde ou a garantia de matrícula de estudante no sistema público de educação. Tratam-se assim de pedidos de ordens judiciais para que a administração pública cumpra seu dever constitucional, através de prestações positivas. Tal fenômeno, incluído por boa parte da doutrina dentro do que se convencionou chamar de "judicialização da política" não está isento à críticas. Em seu desfavor, argumenta-se que (I) o Judiciário está agredindo o princípio da separação de poderes, haja vista que a função administrativa, com sua discricionariedade, deve ser preservada com o Executivo não devendo na mesma se imiscuírem os magistrados, sendo-lhes defeso interferir em políticas públicas; (II) não há legitimidade democrática dos juízes, pois os mesmos não foram eleitos pelo povo; (III) o Judiciário não está preparado e tecnicamente capacitado para tal tipo de demanda; (IV) por envolver prestações positivas e assim necessidade de recursos públicos para a sua concretização, uma determinação judicial nesse sentido contrariaria o princípio da legalidade e anterioridade orçamentária e encontraria sérios óbices em sua concretização pela reserva do possível. O presente estudo se propõe não só a analisar os referidos argumentos, como também examinar as fronteiras do sistema jurídico e do político, para concluir pela legitimidade ou não de tal conduta judicial, bem como a análise da natureza, do alegado caráter programático e da difícil delimitação dos direitos sociais e sua proteção judicial, ou seja, se procura, em síntese, examinar o papel do judiciário brasileiro no problema da efetivação dos direitos sociais, como garantidor do mínimo existencial.

Palavras-chave: Judiciário, direitos sociais, saúde, educação, mínimo existencial, judicialização da política, democracia, separação de poderes, independência judicial, políticas públicas, reserva do possível.

ABSTRACT

The lack of concreting of some fundamental rights, as social ones, related with health and education, which demands costs to State, still represents a challenge to Brazilian constitutionalism. In consequence, Courts are facing with issues related with the materialization of such rights, as supply of medicines that are not able on public health system or a guarantee of matriculation of an student on public education system. These requests of judicial orders directed to public administration to fulfill its constitutional duty, through positive obligations. Such phenomenon, included for the great part of doctrine on what it used to call as "judicialization of politics" is not free from criticisms. Against it, there are arguments that (I) Judiciary is assaulting the separation of powers principle because the administrative function with its discretionarity, must be preserved with Executive, and not on judges hands, who are forbidden to interfere in public politics; (II) judges have no democratic legitimacy, because they were not elected by the people; (III) Judiciary is not prepared and technically capacitated for such kind of demand; (IV) depending on positive state behaviour and public recourse for its concreting, a judicial determination in this way would oppose legality and budget anteriority principles, finding serious obstacles in its concreting because the "possible restriction". This study proposes not only to analyze these related arguments, as also examine borders of juridical and political systems, concluding legitimacy or not of such conduct, as well to analyse the nature, **the programmatic character and the difficult delimitation of social rights and its judicial protection**, in other words, searching, in resume, to examine Brazilian Judiciary function on social rights concreting problem, as "existential minimum" warranter.

Key-words: Judiciary, social rights, health, education, "existential minimum", judicialization of politics, democracy, separation of powers, judicial independence, public politics, "possible restriction".

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	11
2 – O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	15
3 – SISTEMA POLÍTICO X SISTEMA JURÍDICO	24
3.1 - SEPARAÇÃO TRADICIONAL ENTRE O SISTEMA POLÍTICO E O SISTEMA JURÍDICO	24
3.2 - DISTINÇÕES ENTRE O SISTEMA POLÍTICO E O SISTEMA JURÍDICO	27
3.3 - AS INTERAÇÕES ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO	29
3.4 - AS FRONTEIRAS DO SISTEMA JURÍDICO E DO SISTEMA POLÍTICO	33
4 - DO MÍNIMO EXISTENCIAL	41
5 - A NATUREZA E DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO CRITÉRIO IMPEDITIVO DE SUA EXIGIBILIDADE EM NÍVEL JUDICIAL	49
5.1 - O CARÁTER PRESTACIONAL E PROGRAMÁTICO DOS DIREITOS SOCIAIS	49
5.2 - A NATUREZA COLETIVA E INDETERMINADA DOS DIREITOS SOCIAIS	60
6 - ARGUMENTOS CONTRA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS	65
6.1 - A SEPARAÇÃO ORGÂNICO-FUNCIONAL DE PODERES	65
6.1.1 – BREVE HISTÓRICO	66
6.1.2 - SEPARAÇÃO DE PODERES E GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	70
6.1.3 - SEPARAÇÃO DE PODERES E A (IN)CAPACIDADE E INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO	73
6.2 - A FALTA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO	83

6.3 - A RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA	102
6.3.1 - CONSIDERAÇÕES GERAIS	102
6.3.2 - A JURISPRUDÊNCIA E A RESERVA DO POSSÍVEL	119
7 - INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	124
8 - CONCLUSÃO	129
9 - BIBLIOGRAFIA	133

1 - INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, tais como direito à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, à moradia, entre outros, merecem destaque no texto constitucional vigente.

A eles foi dedicado o Capítulo II (Dos Direitos Sociais) bem como o Título VIII (Da Ordem social), havendo também dispositivos no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), todos da Constituição Federal de 1988.

Registra Eduardo APPIO que os mesmos surgiram em decorrência dos movimentos revolucionários de 1848, com influências do socialismo utópico, sendo registro inaugural da natureza social das normas constitucionais a Constituição francesa de 1848 que previa “o direito ao ensino primário gratuito à educação profissional e à igualdade das relações entre patrão e empregado”¹.

Não se pode olvidar como grande marco a Constituição Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar, a qual, através de um rol de direitos sociais, afirmou e consolidou a idéia de Estado Social de Direito, comprometido com bem-estar social.

Mas foi nos Estados Unidos que se criou um campo propício para a difusão dos direitos sociais, com a recuperação do capitalismo e a política do “New Deal” de maneira que o Estado passou a intervir diretamente na economia, com certo montante de investimentos públicos em serviços sociais.

Nesse contexto, o Estado assume para si não só um papel de arrecadador de fundos mas também de instrumento para reverter em favor da sociedade como um todo e particularmente àqueles mais suscetíveis aos riscos sociais, um

¹ APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 144.

mínimo de provisão materializada em pesado sistema de seguridade social (previdência, assistência social, saúde e educação pública).

Tal modelo, por impor certos gravames e custos ao Estado, vem sendo há algum tempo questionado, inclusive em países desenvolvidos como Alemanha, um dos berços do constitucionalismo social, ante a contabilidades de um sistema em que, de um lado tem cada vez menos recursos na entrada, por exemplo, pelo aumento da taxa de desemprego, e por outro, se mostra cada vez mais dispendioso.

A análise da viabilidade desse sistema foge dos limites deste trabalho, mas deve-se consignar que a opção de países desenvolvidos, como os europeus, de se desvincularem de um modelo de Estado Social pode ser escusável pelo fato de já terem logrado êxito em estabilizar a fruição de um mínimo de direitos sociais (como educação e saúde), realidade esta que não pode ser meramente transposta para o Brasil.

O que se pretende realçar para fins de apreciação no presente estudo é o fato de que tais direitos são sobretudo direcionados ao Estado, haja vista que para sua implementação, carecem preponderantemente de iniciativa do mesmo, através de prestações positivas.

Esta é a característica desses direitos que mais vem sendo utilizada como base para criticar qualquer intervenção do Judiciário em sua concretização.

Através do presente trabalho, pretendemos mostrar que, em que pese os problemas com sua aplicabilidade, os direitos sociais podem ser exigíveis ao Judiciário em sua dimensão mínima, sem que isso represente intervenção ilegítima no sistema político.

A intervenção promovida pelo Judiciário na concretização dos direitos

sociais não estaria na verdade adentrando no sistema político, questionando-se assim a expressão “judicialização da política” mas sim constituindo-se em uma atividade interna do sistema jurídico, sendo o marco delimitador de tal intervenção o conceito de “mínimo existencial”, posto que assim atuando, estará o magistrado simplesmente determinando um dever legal/constitucional, posto que este mínimo não se trata de escolha de mera conveniência administrativo-discricionária (sistema político), mas sim obrigação estatal vinculada (sistema jurídico).

O estudo acerca da atuação do Judiciário em direitos sociais mostra-se imprescindível para que se possa fornecer um paradigma teórico da “limitação” desse atuar, dando luzes à conduta do magistrado no sentido de evitar excessos por parte do referido Poder, de modo a que este não se imiscua ilegitimamente no sistema político.

O ativismo judicial na aplicação dos direitos sociais, ao representar mecanismo de controle dos atos da administração, encontra fundamento no sistema de freios e contrapesos, podendo assim não macular mas sim fomentar o princípio da separação entre poderes.

Ademais, estando o conceito de Democracia umbilicalmente ligado à garantia de direitos fundamentais, não cabendo falar em Estado Democrático que não os assegure, pode-se perceber que ao obrigar o Executivo a atuar na concretização dos direitos sociais, o Judiciário pode não estar lesionando o princípio democrático, pelo contrário, fortalecendo-o, em que pese a não eleição de seus membros pelo povo.

Por fim, em que pese a “reserva do economicamente possível” e o “princípio da legalidade orçamentária” representarem inegável contingenciamento ao magistrado, os mesmos não podem ser vistos como inviabilizadores do atuar

jurisdicional na concretização de direitos sociais, devendo-se estabelecer um novo parâmetro de interpretação dos referidos direitos, não baseado no tudo ou nada (ALEXY), criando-se mecanismos de concretização mínima e gradual de tais direitos de acordo com os recursos existentes e sem negar os procedimentos legislativo-orçamentários, mas sim readaptando-os, de modo a se assegurar um mínimo existencial, sob pena de se por em xeque a eficiência do Estado em cumprir sua função fundamental.

Também é de se destacar que o aprofundamento do debate e estudo jurídico da intervenção judicial sobre a exigibilidade dos direitos sociais pode contribuir como “um dos” fatores para sua “maior” (e não total) efetividade - como outrora ocorreu (e vem ocorrendo), com o estudo dos direitos meta-individuais (meio ambiente, por exemplo), decorrendo um maior uso de ações civis públicas - ressaltando o contingenciamento econômico-financeiro peculiar nos direitos sociais.

No caso brasileiro, o tema ganha maior relevância, uma vez que o Estado Social, que para muitos já foi ultrapassado, na verdade não efetivou seus objetivos neste país, onde ainda não se assegurou um mínimo de bem-estar social no que tange a direitos fundamentais mínimos como educação e saúde, por exemplo.

Por fim, ressalte-se que o tema é atualmente investigado de maneira escassa, destacando-se o ineditismo do presente trabalho dada a ausência de produção científica que se debruce sobre a linha tênue entre o atuar judicial sobre as políticas públicas e sua não intromissão no sistema político.

É, em síntese, o que se pretende demonstrar no presente trabalho.

2 - O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O Judiciário vem sendo desafiado com demandas cujo objeto constitui determinações para que a Administração Pública realize determinadas condutas em sede de direitos sociais.

É o que ocorre, por exemplo, com ações civis públicas que visam obrigar Estados e Municípios a fornecerem gratuitamente medicamentos a pacientes de baixa renda; o que condena o Estado ao fornecimento de utensílios necessários à saúde, como próteses; a viabilização de procedimentos cirúrgicos não realizados pelo SUS; fornecimento de medicamentos para pacientes com AIDS, mesmo que tais medicamentos não estejam na lista oficial do Ministério da Saúde; assegurar a matrícula de menor em escola pública, ainda que a Administração alegue a insuficiência no número de vagas; condenar o Município a pagar o ensino em escola particular enquanto não é providenciada a vaga em escola pública; condenação dos órgãos públicos na ampliação do número de vagas para internação de adolescentes na FEBEM; criação de programas de atendimento a portadores de deficiência, entre outros.

Todas essas decisões tem em comum o fato de intencionarem garantir um mínimo do direito à saúde, a vida, à educação, ou seja, assegurar um patamar mínimo para a dignidade da pessoa humana.

O ineditismo de tais decisões está no fato de que não se limitam a vedar condutas da Administração que violem direitos dos cidadãos, mas a exigir ações comissivas para a concretização de direitos fundamentais.

Na verdade, tal fenômeno encontra-se incluso em um contexto que merece ser ponderado, qual seja, o de diante da omissão pelo Estado, ou seja, face à inoperância do Executivo e Legislativo – o Judiciário vem incorporando um papel de garantidor de direitos sociais.

Para ANDREAS KRELL:

“a eficácia social reduzida dos direitos Fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos (...)”¹

Assim, a existência dos referidos pronunciamentos judiciais estão baseadas no fato de que o Estado não prestou um serviço ou benefício tido como essencial para a garantia de um mínimo existencial.

Estas decisões na verdade são uma forma de se compensar, ainda que indiretamente a falta de um serviço ou bem que a Administração Pública tinha o dever de prestar.

Na verdade, é dito que tal questão está envolvida em um conceito maior, qual seja, o de judicialização da política.

Tal fenômeno tratar-se-ia de judicialização da política na medida em que o

¹ KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *A constituição concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 32.

Judiciário avocaria para si questões de certo grau de apreciação política, mais especificamente envolvendo políticas públicas, como as relacionadas com educação e saúde.

Com a judicialização da política, pretende-se uma superação do conceito de legitimidade democrática através unicamente da representação originária das urnas, ampliando-se tal fundamento de legitimação para a realização de direitos fundamentais.

O fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da política estaria ligado ao ativismo judicial, ou seja, uma papel mais ativo do magistrado, e até mesmo criativo. Assim, há quem defenda um poder criador ao juiz, de modo a direcionar sua capacidade decisória às especificidades do casos concretos segundo ponderações valorativas de cunho ético, conforme ensina Helena Delgado Ramos Fialho MOREIRA¹.

Isso seria ocasionado pelas rápidas transformações econômicas e sociais de modo a exigir uma nova função social do juiz, assumindo o mesmo uma nova gama de atribuições e responsabilidades, de modo a realizar uma construção jurisprudencial criativa do direito adequada a esta nova realidade.

Tal poder criativo do juiz se justificaria ainda pelo caráter relativamente vago de algumas normas constitucionais, especificamente as denominadas como “programáticas”, chamando assim o juiz para uma conduta mais ativa tendo em vista uma maior concretização de seu conteúdo.

Para Luiza Cristina Fonseca FRIESCHEISEN, com a judicialização da política, o Judiciário assume uma nova posição, como um intérprete renovado da

¹ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho Moreira. *Poder Judiciário no Brasil. Crise de Eficiência*. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 92.

Constituição, sendo conseqüência natural do processo de constitucionalização dos direitos sociais, acarretando assim a judicialização de demandas coletivas, tendo o Judiciário importante papel no exercício efetivo dessa categoria de direitos, ainda que por uma função “criadora” de direitos pelo Judiciário¹.

Na descrição de Eduardo APPIO, o Judiciário teria uma função “política”, na medida em que tutelaria as políticas públicas da administração, em uma espécie de controle “político”, com intervenção direta no espaço ocupado pelos demais Poderes, tudo em face do respeito aos preceitos constitucionais vigentes².

Nesse contexto, o juiz estaria habilitado para procurar alternativas de composição de conflitos, sem agredir as normas de direito positivo vigentes, procurando aproximar sua decisão a uma concepção de justiça adaptada às peculiaridades e valores de determinado local e época.

Com razão, José Eduardo FARIA, citado por MOREIRA, vê com certa preocupação o desenvolvimento de tais argumentos, advertindo para a possibilidade do que chama de “esquizofrenia jurídica travestida de 'direito livre’”³.

Na verdade, concordamos que a disseminação de tais idéias causa certa insegurança jurídica pelo alto grau de subjetivismo proporcionado ao magistrado.

Por esse e outros motivos que veremos nos capítulos a seguir, acreditamos que o fenômeno pelo qual o Judiciário vem condenando a Administração Pública a certas prestações positivas em sede de direitos sociais não se adequa

¹ FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.103 -107.

² APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 64-65.

³ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho Moreira. *Poder Judiciário no Brasil. Crise de Eficiência*. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 95.

exatamente no conceito de “judicialização da política”.

Em histórico acerca da atuação prática do judiciário na seara das decisões mandamentais, informa MARCOS MANSELLI GOUVÊA que tal implementação judicial teve origem nos Estados Unidos, durante a década de sessenta, a qual se explica por uma série de fatores, tais como o amadurecimento dos instrumentos de tutela coletiva (*class actions*) e mandamental (*injunctions*) e principalmente o estado de estabilidade financeira daquele país¹.

Pode-se citar como exemplos de decisões judiciais que determinaram transformações na administração pública a reforma do sistema de atendimento de portadores de doenças e deficiência mentais, a reforma no sistema educacional relacionada à questão da segregação racial, bem como implantações de mudanças nos sistema penitenciário.

Assim, constata-se que tal fenômeno não é novo, já tendo sido enfrentados pelo direito estrangeiro há algumas décadas.

No Brasil, a intervenção judicial no que se convencionou chamar de políticas públicas teve maior visibilidade com decisões judiciais na área da saúde, mais especificamente quanto à determinações judiciais para fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) bem como doenças relacionadas diretamente com risco de vida, tal como câncer, doença renal crônica e esclerose lateral amiotrófica, conforme relata MARCOS MANSELLI GOUVÊA².

Inicialmente tal tipo de ação tinha resposta negativa do judiciário brasileiro,

¹GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

²GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A*

que encarava a interpretação do art. 196 da Constituição Federal, que garante que a saúde é direito de todos e dever do Estado como norma programática, sendo tais tipo de ações originariamente rejeitadas pelos tribunais pátrios. Somam-se a tais argumentos o da indisponibilidade orçamentária, entre outros.

Entretanto, há exemplos nos tribunais superiores de deferimentos de mandados de concessão de medicamentos parte da administração pública.

São exemplos de acórdão nesse sentido: no Superior Tribunal de Justiça (STJ) - RESP 83.800/RS, 1ª Turma, por maioria, Relator Ministro Gomes de Barros, determinando o fornecimento de medicamentos para fenilcetonúria; AGA nº 253.938/RS, 1ª Turma, à unanimidade, Relator Ministro José Delgado (fornecimento de medicamentos para AIDS); ROMS nº 11.183/PR, 1ª Turma, à unanimidade, Relator Ministro José Delgado (fornecimento de medicamentos para esclerose lateral amiotrófica).

Nos referidos acórdãos foram sopesados o princípio da legalidade orçamentária e a noção de caráter programático com o caráter impositivo dos preceitos constitucionais referentes aos direito à saúde, prestigiando esse último caráter, em um claro sinal de tendência do Superior Tribunal de Justiça de confirmar as decisões de primeira e segunda instância que estabelecem mandados de cumprimento pela administração pública de deveres comissivos relativos ao direito à saúde.

No Supremo Tribunal Federal, há certo número de acórdãos em Recurso Extraordinário que confirmam o fornecimento de medicamentos por parte da população. São exemplos: RE 257.109 (2ª Turma - Relator Ministro Maurício Corrêa); RE 242.859 (1ª Turma - Relator Ministro Ilmar Galvão - publicado no DJ de 17/09/99); RE 247.900 (Relator Ministro Marco Aurélio - publicado no DJ de 20/09/99); RE 267.612 (Relator Ministro Celso de Mello - julgado em

02/08/2000 com Agravo Regimental não 271.286 2ª Turma – 12/09/2000); RE 279.519 (Relator Ministro Nelson Jobim – julgado em 22/09/2000) e RE 273.834 (Relator Ministro Celso de Mello - julgado em 23/08/2000).

Registre-se que tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal a notável maioria das ações são oriundas da região Sul do país, principalmente do Estado do Rio Grande do Sul. Não se encontrou bases objetivas para se concluir o motivo de tal fenômeno, mas não se pode deixar de especular que tal fato possa estar relacionado com o nível de escolaridade estatisticamente comprovado em relação a outras regiões do país, o que pode levar a um maior grau de informação da comunidade e assim maior consciência de direitos, ocasionando uma conduta de maior exigência da população em relação aos deveres do Estado. Não se pode excluir também certa influência do amadurecimento e difusão de idéias, como por exemplo, do direito alternativo, entre outras, que criticam uma visão formalista do direito ligada a mera aplicação tradicional do direito positivo, desvinculada da realidade social.

Como se pode verificar, tais decisões estão longe de ficarem isentas de contestação, uma vez que há várias alegações contra as mesmas, como por exemplo, de que o Judiciário: não tem legitimidade para a atuação em políticas públicas, havendo assim indevida intervenção em atividade privativa à Administração Pública, havendo verdadeira violação à divisão funcional de poderes.

Outra crítica que se faz é que o Judiciário carece de representação popular, uma vez que seus membros não foram escolhidos pelo voto, de forma que não tem legitimidade para interferir nas políticas públicas.

Além disso o Judiciário é denunciado pela sua falta de preparação técnica para lidar com temas que envolvem a habilidade do administrador público, como

por exemplo, conhecimentos contábeis, administração hospitalar, escolar, etc.

Ainda que superados os argumentos anteriores, a inviabilidade da proteção judicial dos direitos sociais seria inerente à natureza dos mesmos, pois tem um grande grau de indeterminação quanto ao seu conteúdo, e modo que a imprecisão na delimitação do que seria direito à “saúde” ou “educação”, ou até que ponto estariam minimamente satisfeitos apresenta-se como empecilho para a sua proteção judicial concreta.

Por fim, uma das objeções capitais feitas contra a participação ativa do Judiciário em sede de direitos sociais é de que para a concretização das determinações judiciais (como por exemplo, a compra de medicamentos e a criação de vaga em escola pública) as mesmas não podem ser feitas de imediato, devendo haver previsão legal no orçamento.

Chama-se atenção também para o fato de que nem tudo o que é simplesmente determinado pode ser cumprido de maneira exeqüível, como por exemplo, que todas as pessoas tenham emprego ou que haja criação de centenas de vagas nas escolas, havendo assim o que se convencionou chamar de “reserva do economicamente possível”.

Além de tais críticas, somam-se as tradicionais já apontadas a este Poder: a falta de pessoal e de estrutura adequada, a morosidade, certo índice de corrupção, entre outros.

Diante de todas essas ponderações, é de se questionar:

- Seria legítima a atuação do Judiciário na concretização de direitos sociais?
- Ameaçaria tal atuação a democracia brasileira, criando um Judiciário

interventor e político, imiscuindo-se nas tarefas do Executivo, mais especificamente nas escolhas de políticas públicas?

- Estaria o Judiciário saindo da apreciação de questões jurídicas (sistema jurídico) e penetrando no âmbito da política (sistema político)? Para a atuação legítima do Judiciário é necessário responder à seguinte questão: quais as fronteiras entre os referidos sistemas?
- Desafiaria assim o Judiciário o princípio da separação dos poderes?
- A imprecisão na delimitação exata do conteúdo dos direitos sociais e a dificuldade em sua aplicabilidade implicaria em uma impossibilidade dos mesmos serem exigidos judicialmente?
- Até que ponto os princípios da “legalidade orçamentária” e da “reserva do economicamente possível” podem representar um contingenciamento do magistrado na seara dos direitos sociais?

3 – SISTEMA POLÍTICO X SISTEMA JURÍDICO

Para melhor análise acerca da principal crítica que se faz à exigibilidade judicial em direitos sociais, qual seja, de que o Judiciário extrapolaria seu campo de legitimidade dentro do sistema jurídico, adentrando na seara política, faz-se necessário estudo prévio acerca da separação, distinção, interações e fronteiras entre os referidos sistemas.

3.1 - SEPARAÇÃO TRADICIONAL ENTRE O SISTEMA POLÍTICO E O SISTEMA JURÍDICO

Em face da alegação de que ao intervir na esfera do direitos sociais o Judiciário estaria saindo do sistema político e adentrando no sistema político, o que lhe é vedado, faz-se necessário identificar os pontos de aproximação e distanciamento entre a política e o direito, ou seja, as fronteiras que não podem ser ultrapassadas pelo direito, ao influenciar a política.

Esta análise nos servirá de base para esclarecer a hipótese, a ser confirmada ou não neste trabalho, de que essa intervenção promovida pelo Judiciário nas políticas públicas não está na verdade inserida no âmbito do sistema político, sendo inapropriado o termo “judicialização da política”, mas sim é uma atividade interna do sistema jurídico, pois é função do direito garantir um patamar mínimo para a existência digna.

O sistema político (que encontra sua concretização principalmente no Poder Legislativo, mas também na Administração pública) e o sistema jurídico (que tem como um de seus espaços mais notáveis o Judiciário) foram bem claramente separados ao longo dos séculos de existência do Estado moderno.

A famosa separação funcional de poderes celebrizada por Montesquieu colocava em pólos bem distintos o papel do Judiciário e o Executivo, como inconfundíveis. Avançando no tempo, o positivismo jurídico de Kelsen tinha uma visão hierárquica da relação entre poder e norma.

Na verdade, sempre foi difundida a idéia de que o poder Executivo é um poder mais forte, ou pelo menos mais livre do que o Judiciário, quer seja pelo fato de ter a administração pública recursos financeiros a sua disposição, mas principalmente pelo ideário de que a administração goza de certa discricionariedade, envolvendo inclusive questões políticas, ao passo que o Judiciário está estritamente vinculado à fiel execução da lei.

Grande contribuição para se definir os limites de atuação do sistema político e do sistema jurídico sem dúvida é a teoria dos sistemas de Luhmann¹.

Inicialmente. Faz-se necessário saber a função do direito dentro do sistema jurídico.

O direito serve, segundo Luhmann, para “promover a generalização congruente de expectativas normativas”².

“Generalização” pois o sistema jurídico não pode ser compreendido, entendido, tratado de maneira parcial, subjetiva, sob a ótica de uma ou um grupo de pessoas somente, mas sim permanecer íntegro, independente de qualquer acontecimento de ordem pessoal, parcial, ou subjetivo.

“Expectativas normativas” são aquelas que não se deixam sucumbir pelos fatos, pelas decepções, pelas emoções momentâneas. Por exemplo, o sistema jurídico faz com que as pessoas tenham a expectativa de que o contrato será

¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

cumprido, e se não o for, haverá alguma compensação por isso.

“Congruente” pois as expectativas normativas estarão asseguradas pela positivação, pela normatização de procedimentos, pelas instituições, por papeis, por valores, etc.

Para Luhmann, o direito é um sistema fechado, ou em sua expressão mais célebre, “autopoiético”. Isto é assim pois o direito não extrai seu fundamento de validade e operacionabilidade a partir de um elemento exterior, superior, como por exemplo, valores supra-positivos ou meta-jurídicos. Pelo contrário: o direito se legitima a partir de elementos auto-referenciais. O direito deve se justificar através de uma análise circular, tautológica, intestinal. A unidade de um sistema é devida por causa deste fechamento.

Luhmann valoriza sobremaneira o conceito de sistema baseado em um código de comunicação. Assim podemos diferenciar um sistema de outro na medida em que cada sistema tem um código comunicativo diferente. Desta maneira, o sistema jurídico é considerado um sistema diferenciado posto que tem um código peculiar, qual seja o “lícito/ilícito”, “direito/não-direito”, “permitido/proibido”, o que lhe diferencia, por exemplo, da política, que opera com o código “governo/oposição”, “oportuno/inoportuno”, etc.

O direito assim não entende outra linguagem que não seja traduzível de acordo com o seu código. É por isso que, segundo Luhmann, quando o Judiciário adota posturas como a da discricionariedade judicial (garantindo direitos mesmo que não haja expresso e determinado comando legal nesse sentido), imiscuindo-se em políticas públicas, etc, bloqueia-se a função do direito como estabilizador de expectativas, questionando ainda a autonomia do sistema jurídico face o político, o econômico, etc.

3.2 - DISTINÇÕES ENTRE O SISTEMA POLÍTICO E O SISTEMA JURÍDICO

Atualmente, alguns fenômenos fazem com que não estejam aclarados os estreitos limites do direito e da política, como ocorria nos séculos XVIII e XIX. Foi a partir do século XX que, com o Estado Social, as fronteiras entre o sistema jurídico e o sistema político se atenuaram.

O direito no Estado Social liga-se intimamente com a política, afinal incorporam-se dois elementos à função do direito: (1) o controle acerca do respeito aos direitos sociais (que em geral são tidos como de natureza programática, no sentido de que em grande parte dependem de ações políticas do governo, como a educação, saúde, previdência, etc); (2) fazem com que o Estado, e assim o direito atue de forma compensatória e distributiva, contribuindo para a atuação nas políticas públicas.

Nesse quadro, acirram-se as dificuldades de se encontrar os limites do jurídico e do político. Nesse ínterim, aparecem fenômenos como o da “judicialização da política” ou o “ativismo judicial” que na verdade estão associados com essa imprecisão das fronteiras entre o sistema jurídico e o político.

Faz-se necessário assim identificar as distinções entre esses dois sistemas.

A primeira distinção, como já ficou demonstrada, é a do código de comunicação. Assim podemos diferenciar um sistema de outro na medida em que cada sistema tem um código comunicativo diferente. O operador do direito trabalha com instrumentos diferentes, analisa um mesmo problema, como por exemplo, o desemprego, a partir do ponto de vista normativo (como os efeitos contratuais rescisórios), e não através dos olhares da economia (reflexos do desemprego na taxa de juros, por exemplo), e nem através de mecanismos políticos (como a concretização de políticas públicas de pleno emprego).

Assim sendo, como vimos, o sistema jurídico é considerado um sistema diferenciado posto que tem um código diferenciado, qual seja o “lícito/ilícito”, “direito/não-direito”, “permitido/proibido”, o que lhe diferencia, por exemplo, da política, que opera com o código “governo/oposição”, “oportuno/inoportuno”, etc. Disso se extrai que o sistema jurídico lê, traduz, interpreta, digere os problemas com os instrumentos que tem (regras, princípios, procedimentos) e é justamente nesta fidelidade aos seus meios de comunicação onde mora a autonomia e diferenciação de um sistema.

A segunda grande diferença é que política opera em um plano de complexidade e indeterminação muito maiores do que o sistema jurídico. No sistema político, tanto o parlamentar como o administrador público gozam de certa margem de liberdade sem precedentes em relação o Judiciário. O Legislativo só encontra limites jurídicos na Constituição, e isso nos países de Constituição rígida. O Legislativo “decide o que quer decidir”, ou seja, tem a alternativa de escolher que assunto quer por em deliberação (se a reforma política ou a reforma trabalhista). Ou Judiciário não pode “decidir o que decidir” pois está vinculado ao que foi demandado, sendo-lhe defeso decidir além do pedido.

O grande grau de indeterminação da política é no sentido de que esta é influenciada de maneira mais ostensiva na resolução dos problemas pelos pontos de vista econômico, técnico, sociológico, moral, etc. Já o sistema jurídico, ainda que receba influência desses diversos ramos, tem um conjunto de balizas que fazem a aplicação do direito mais determináveis, como o respeito à lei, aos institutos jurídicos, ao procedimento, este último, é defendido por Luhmann como o instrumento ideal para “estabilização de expectativas”.

3. 3 - AS INTERAÇÕES ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO

O sistema político e o sistema jurídico são dois sistemas operacionalmente fechados. A unidade de cada um desses sistemas é produzida justamente por esse fechamento. É necessário, entretanto, entender a extensão desta clausura para Luhmann. Para este autor, o sistema é fechado não em moldes "input/output", ou seja, segundo a regra do tudo ou nada, de modo a não receber influência alguma do meio exterior. Esse fechamento tem como pressuposto a recepção de influências de outros sistemas, e vice-versa. Trata-se de um fechamento de códigos (lícito/ilícito; justo/injusto) e de instrumentos (regras jurídicas, procedimentos), mas com uma abertura cognitiva.

A divisão funcional entre o sistema jurídico e o político acaba, paradoxalmente, criando um ambiente de entrelaçamento entre ambos.

No direito, por exemplo, Constituição é ao mesmo tempo um mecanismo de fechamento operativo do direito (pois não permite outras normas dissonantes com a Lei Maior), mas também é meio de abertura cognitiva para a política (pois estabelece diretrizes para as políticas públicas, faz a organização do poder político, etc).

Assim, o direito fornece respostas legais a alguns problemas da política. Mas os problemas da política são traduzidos, lidos pelo sistema jurídico com os critérios deste sistema.

De outro lado, sistema jurídico é cognitivamente aberto à questões políticas. Isso porque o direito trabalha com normas jurídicas, que são em sua grande maioria provenientes do parlamento, que é órgão essencialmente político. O direito visa concretizar fins políticos (que as pessoas não matem, que os patrões tenham gravames ao desempregar, que o meio ambiente permaneça equilibrado), fins políticos esses esculpidos na norma jurídica.

Existem situações, ainda, em que o direito se aproxima sobremaneira da política, como exemplifica Campilongo, o caso do controle jurisdicional dos demais poderes, sobremaneira nos casos de julgamentos por atos políticos. O mesmo se pode falar dos “termos de ajustamento de conduta” realizados, por exemplo, entre uma entidade governamental (legitimada para ajuizar ação civil pública) e um grupo de empresas transgressoras de alguns direitos sociais.

As conexões entre os diversos sistemas são, para Campilongo, normais, inevitáveis e provocam mudanças no interior de cada um deles. Essas interações favorecem a abertura de influências recíprocas entre os sistemas, permitindo, através de comunicação entre o jurídico e o político, a aprendizagem que favorece todos os lados, desde que não descaracterize cada uma dessas estruturas sistêmicas.

Para Campilongo, face a esses inter-relacionamentos, a grande tarefa do magistrado é (1) de decidir e motivar suas decisões de acordo com o direito vigente, mas ao mesmo tempo (2) deve formular novas regras, através de sua atividade interpretativa, acomodando a legislação em face das influências do sistema político. Isso para Campilongo é uma função política que a magistratura não pode evitar.

Na explicação de Campilongo, fica explicitado que o direito não pode invadir outros sistemas, mas pode contribuir para lhes dar um mínimo de jurisdição¹.

Nesse sentido, Campilongo se utiliza do exemplo da competição de ciclismo. Quem merece ganhar uma corrida de bicicletas? Algumas respostas mais freqüentes podem ser, por exemplo: o esportista com melhor preparo físico, ou que treinou mais arduamente. Ora, o direito não pode intervir nesta esfera. O

¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

direito não tem capacidade para se imiscuir nestas questões.

Entretanto o direito não está totalmente alheio à corrida de ciclismo. Pode ocorrer, por exemplo, que um dos competidores tenha tomado uma substância potencializadora de sua performance física, cometendo “doping”. Aqui o direito pode e deve intervir, por exceção, para garantir um mínimo de juridicidade à competição de bicicletas.

O mesmo ocorre em vários outros campos, ou melhor: em todos os outros campos, como a economia, a política, etc, deverá o direito agir para impor minimamente suas regras. Logo, prossegue Campilongo, não pode o direito deixar que questões como educação e saúde sejam relegados como meros problemas do campo exclusivamente político ou econômico.

Mas faz uma ponderação, utilizando-se de uma metáfora: o direito serve como uma “varinha para o cego” (como por exemplo, para dar diretrizes básicas para a saúde, educação), mas não é uma “varinha de condão” (referindo-se claramente ao fato de que existem circunstâncias de ordem material, ou mais especificamente de ordem financeira, que impossibilitam o direito de mudar o *status quo*).

Campilongo deixa claro que o juiz não pode se imiscuir no campo da política, devido à nítida separação entre os sistemas jurídico e político. Recorrendo a Luhmann, defende o professor paulista que cada sistema deve preservar sua integralidade, seu fechamento operacional, continuando a operar com base em seus mecanismos específicos. Nesse ponto, o conceito autopoiético de sistema impõe limites à promiscuidade entre o direito a política.

A importância da análise de Luhmann e de Celso Campilongo para a questão da intervenção do Judiciário em sede de direitos sociais encontra-se justamente não hipótese de que, ao dar o mínimo de juridicidade à concretização

de tais direitos, *tais tipos de decisões judiciais que parecem ser uma decisão de caráter político sobre a Administração na verdade estão inseridas no campo do jurídico e não no campo o político.*

Essas decisões judiciais se encontram dentro do sistema jurídico, não tendo caráter político, pois tentam garantir o “mínimo existencial”, como será visto, e a proteção desse padrão mínimo de direitos está inserida dentro do direito, e não da política.

3. 4 - AS FRONTEIRAS DO SISTEMA JURÍDICO E DO SISTEMA POLÍTICO

Viu-se no item anterior que uma das diferenças apontadas entre o sistema jurídico e o político é a certa liberdade ou discricionariedade do Executivo e legislativo em detrimento de uma razoável limitação na atividade jurisdicional.

Essa liberdade da administração pública é vista de maneira excessiva, ou seja, ao tratar de direitos constantes em normas bastante indeterminadas, em princípios “programáticos” (como a que garante que “A saúde é direito de todos” (art. 196,CF/88) ou “A educação, direito de todos e dever do Estado (...)” – art. 205, CF/88), a Administração se utiliza do argumento de que (1) trabalha em um sistema político, e por isso tem a liberdade de escolher se concretizará ou não tais direitos. E ainda: (2) justifica a Administração o fato de não garantir o mínimo desses direitos pela insuficiência de recursos financeiros (a falta de vagas na rede pública de educação e de saúde são freqüentemente toleradas dada a escassez de verbas orçamentárias) – trata-se da reserva do possível.

Quanto à primeira argumentação (1) é importante notar o seguinte: não é porque a administração trabalha com o sistema político que irá predominar a plena discricionariedade. Os direitos, mesmo quando esculpidos em forma de princípios, guardam em si um caráter deontológico, normativo. O Estado tem o dever de prestar o mínimo de direitos, um “mínimo existencial” para seus cidadãos, sob pena deste mesmo Estado perder sua razão de ser.

Atesta Emerson GARCIA que:

“Tratando-se de um conteúdo mínimo, que atua como elemento aglutinador da essência dos direitos fundamentais, é vedado ao Estado a adoção de



quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem frustrar a sua concreção. Tanto atentar-se-á contra o mínimo existencial a ação concreta (...) como a omissão deliberada em tornar concreta uma previsão normativa (...)"¹

Quando se trata de garantir um mínimo de gozo de direitos sociais, não se está trabalhando no plano da política, mas sim do direito – e assim, um magistrado pode muito bem adentrar neste campo.

No que se refere a um mínimo existencial, não há discricionariedade pois não há possibilidade do administrador deixar de cumpri-lo. Não poderá o agente público alegar critérios de conveniência e oportunidade para não respeitar o mínimo de direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

Trata-se de mera decorrência não só do princípio da primazia do interesse público sobre o privado, mas principalmente o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, como ensina brilhantemente Celso Antônio Bandeira de Mello.

Segundo este autor, há discricionariedade quando há:

"margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto,

¹ GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente".¹

Fora desse mínimo existencial é que pode existir espaço para a utilização de discricionariedade, ou seja, objeções quanto à oportunidade ou conveniência da implantação do direito.

Pode-se assim estabelecer a seguinte comparação: um núcleo básico de direitos, relacionado ao mínimo existencial, no qual há vinculação da administração no seu cumprimento. Nesse núcleo encontram-se direitos das mais diversas gerações, como a primeira (vida, por exemplo) ou mesmo segunda (como o direito social a um sistema básico de saúde).

Encobrindo este núcleo encontra-se um continente, uma casca, uma camada superficial, também composta dos mais diversos tipos de direitos, entre os quais os direitos sociais – havendo nesta superfície espaço para discricionariedade administrativa, pois há certa liberdade do Poder Público opinar a melhor maneira de como, quando e onde implementá-lo.

Dessa forma, os direitos sociais encontram-se presentes tanto no núcleo essencial do que se convencionou chamar de mínimo existencial, como também nas referidas camadas superficiais.

Somente quando se ultrapassa este mínimo é que se estará no âmbito da

¹ GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

política, ou melhor, das políticas públicas – área no qual o magistrado não pode penetrar, pela falta de legitimidade para apreciar os critérios de conveniência e oportunidade, típicos da discricionariedade administrativa.

Nessa diretriz, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou quanto à impossibilidade do Judiciário apreciar a conveniência e oportunidade, por estarem dentro da discricionariedade administrativa:

“Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Lei estadual 9.908/93. Acordo firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre na comissão interpores bipartite. Inobservância das cláusulas pactuadas entre as partes. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. 1. Programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e portadores do vírus HIV. Lei 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul, que regulamentou o preceito do art. 196 da Carta Federal. Constitucionalidade. Precedentes. 2. Acordo firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre. Exame das cláusulas pactuadas entre os entes públicos no que concerne à reserva de atribuições para a operacionalização dos serviços de saúde. Impossibilidade. Ofensa aos princípios da separação dos poderes. Inexistência. Hipóteses em que foram observados os critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender a demanda da

população na área da saúde, o que é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário. Agravo Regimental não provido. (STF – Ag. Reg em Rext. Nº 259.508-0/RS – 2ª Turma - Relator Ministro Maurício Corrêa – unanimidade

Desta forma, repita-se, quando se vai além do mínimo existencial, havendo possibilidade de escolha pelo administrador da melhor forma de adimplir direitos sociais, haverá discricionariedade (conveniência e oportunidade) e assim, possibilidade de cunho político nas decisões, o que é defeso ao Judiciário.

Tanto é assim que, a contrário “sensu”, o próprio Supremo Tribunal Federal legitima tais tipos de intervenção judicial quando se trata de tutela do mínimo existencial (STF, AG nº 238.328, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 11.05.1999), bem como o Superior Tribunal de Justiça: STJ REsp. 249.026/PR, Relator Ministro José Delgado, DJ 26.06.2000; RMS 11.183/PR, Relator Ministro José Delgado, DJ 04.09.2000. E outros tribunais: Tribunal de Justiça de São Paulo: Ap. Civ. 081.533-5/3-00 – Relator Desembargador Magalhães Coelho j. 10.10.2000; Ap. Civ. 159.217-5/4-00 – Relator Desembargador Laerte Sampaio j. 11.02.2003.

Assim, por exemplo, no direito à educação, a escolha acerca dos investimentos a se fazer em uma escola pública (se dar computadores ou aumentar os salários dos professores) é opção na qual o Judiciário não pode intervir, em regra, pois se trata de uma decisão política.

Mas se se questiona um mínimo desse direito à educação, como por exemplo, garantir a matrícula de uma criança na escola pública (mínimo esse sem o qual tal direito será faticamente suprimido), trata-se de uma questão

jurídica (dado que o Judiciário não pode se eximir de lesão ou ameaça a direito – art. 5º, XXXV), e logo tem o magistrado legitimidade de atuar nesta última situação, pois estará dentro de seu âmbito de competência, qual seja, o sistema jurídico.

O mesmo se pode dizer no caso do direito social à saúde: encontram-se dentro do mínimo existencial, por exemplo, o direito a ter atendimento emergencial em caso de risco de vida, ou de uso de medicamento necessário à manutenção da vida. Nesses casos, não há liberdade discricionária do administrador de estabelecer se vai ou não garantir tais benefícios, pois deles dependem a própria existência do direito à vida. Nesta hipótese, não só poderá mas deverá o Judiciário, desde que provocado, atuar para a realização de tais direitos.

De outro lado, se analisa que os investimentos em saúde devem se concentrar na área de geriatria ou na compra de aparelhos de ultra-sonografia, trata-se de implementação de direitos sociais que não mais se encontram no núcleo básico do mínimo existencial, sendo que neste campo tem a administração discricionabilidade para decidir o que é melhor para o interesse público, estando o Judiciário vedado para intervir.

Pensamos que essa fronteira, qual seja, o que é “mínimo” em um direito deve ser tutelado pelo jurídico, e o que é excede a esse “mínimo” está no âmbito do político, não devendo o magistrado neste último caso se imiscuir para garantir o “não-mínimo”, a não ser que haja previsão expressa, é justamente a linha divisória que separa a atuação do sistema jurídico do sistema político em sede de direitos sociais.

Associado a tal critério está o da “opção”: se não houver faculdade na concretização do direito social, como exemplifica Victor ABRAMOVICH, sendo o

único medicamento necessário à manutenção da vida, trata-se de cominação jurídica e não política¹.

Quando o direito social poder ser concretizado através de várias formas (como o exemplo já dado acima, investimento em computadores ou salário de professores, quanto ao direito à educação), trata-se de escolha política, estando no âmbito da discricionariedade administrativa, ressaltando-se o já tradicional controle judicial quanto a tais atos (observância dos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, etc).

Na verdade, quando um juiz determina que a administração pública concretize uma porção elementar de direitos sociais (ainda que protegendo-os de maneira negativa, ou seja, através de compensações sociais pelas desonerações fiscais, por exemplo), não está havendo, como é difundido, o que se convencionou chamar de “judicialização da política” (ou politização do direito), posto que, como visto, nesses casos de garantia de mínimos, o magistrado ainda está trabalhando com o instrumental jurídico (está tutelando a própria existência do direito), não adentrando, como visto, na política.

Como pondera PALU, tal intervenção “não implica que o juiz substitua o administrador e seus critérios, senão que em verificar se, no exercício de sua liberdade de opção o administrador, o agente público, observou ou não os limites que o Direito lhe traçou”².

Cabe observarmos, por fidelidade à fonte teórica utilizada, que o critério aqui exposto (“mínimo – jurídico”; “não-mínimo – político”) para balizar o sistema

¹ ABRAMOVICH, Victor. *Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados*. In SUR - Revista internacional de direitos humanos. Ano 2, , nº 2, 2005, p. 208.

²Oswaldo Luiz Palu. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 237

jurídico do político não é mencionado por Campilongo. Este autor não chega assim às conclusões de que o Judiciário pode determinar à Administração Pública a concretizar um mínimo de direitos sociais, pois isto não estaria na função de “varinha do cego” do direito (em relação à política), mas sim “varinha de condão”.

Diante de tudo o que se expôs, conclui-se que a intervenção promovida pelo Judiciário em sede de direitos sociais não estaria na verdade adentrando no sistema político, questionando-se assim a expressão “judicialização da política” mas sim constituindo-se uma atividade interna do sistema jurídico, pois é função do direito garantir um mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal de 1988), posto que assim atuando, o magistrado estará simplesmente determinando um dever legal/constitucional, posto que este mínimo não se trata de escolha de mera conveniência discricionária, mas sim obrigação estatal vinculada.

Deste modo, sendo o “mínimo existencial” critério balizador para intervenção legítima do Judiciário em sede de direitos sociais sem adentrar no sistema político, necessárias se fazem algumas considerações acerca do conceito ou delimitação desse referido “mínimo”.

4 - DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Na verdade, em pese restar configurados em alguns instrumentos normativos nacionais e internacionais, importante se compreender que o conceito de mínimo existencial, por sua fundamentalidade, transcende a própria noção de Estado, de forma que sua observância preexiste a qualquer intervenção legislativa, tendo inclusive caráter universalizado, na medida em que constitui síntese dos direitos fundamentais mais elementares, merecendo inclusive proteção internacional.

Tal conjunto de direitos que consubstanciam o que se convencionou chamar de mínimo existencial está diretamente ligado à tutela da dignidade da pessoa humana, e por isso está intimamente ligado à legitimação do Estado e do ordenamento jurídico.

Afirma Patrícia do Couto Vilela Abbud MARTINS¹ que o núcleo essencial de um direito fundamental social corresponde ao suprimento das necessidades básicas, tanto de ordem inata ou natural (como as de ordem fisiológica), como as adquiridas ou culturais, sendo estas variáveis de acordo com os sistemas políticos, religiosos, morais, científicos, etc, uma comunidade. As necessidades naturais são sempre necessidades básicas, já as culturais nem sempre.

Qual o critério então para se selecionar quais necessidades são básicas?

Para auxiliar a resposta a essa pergunta, cabe distinguir a diferenciação entre necessidades e facilidades, principalmente na sociedade atual de grandes

¹ MARTINS, Patrícia do Couto Vilela Abbud Martins. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 417.

avanços tecnológicos, em que alguns bens e serviços são vistos como indispensáveis em uma sociedade altamente consumista.

A diferenciação se faz necessária na medida em que as necessidades originam deveres e responsabilidades por parte do Poder Público, ao passo que as meras facilidades ou utilidades, não.

Um dos critérios é que a necessidade é de não está relacionada a circunstâncias subjetivas ligadas ao estado anímico das pessoas, ou seja, não está suscetível às preferências pessoais de cada um, sendo fruto da carência humana por segurança, sendo portanto generalizáveis, ou seja, passível de satisfazer a todos que se encontrem em igualdade de condições.

Mas há de se admitir que o conceito de necessidades básicas humanas está longe de consistir em definição pronta e acabada, concluindo Patrícia do Couto Vilela Abbud MARTINS que a fluidez conceitual do seja necessidades básicas não afasta sua condição de núcleo essencial de um direito fundamental social¹.

É relevante constatar que nem sempre foi pacífica a inclusão dos direitos sociais no conceito de mínimo existencial.

Na Alemanha, o principal berço do Estado Social, entedia-se que os direitos sociais não estavam incluídos nas fronteiras do mínimo existencial, de modo que este mínimo só corresponderia aos direitos de primeira geração (tutela fundamental das liberdades individuais), influência esta, conforme registra Andreas KRELL, da doutrina alemã pós-guerra que tinha que superar a ausência de qualquer direito social na Lei Fundamental de Bonn.

¹ MARTINS, Patrícia do Couto Vilela Abbud Martins. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 421.

Entretanto, com o tempo, a doutrina do Tribunal Constitucional Federal Alemão condicionou o direito a um “mínimo de existência” à dignidade da pessoa humana inserido em um contexto de Estado social.

Em que pese não estar o mínimo existencial expresso na Constituição Federal de 1988 com esta denominação, pode-se afirmar que o mesmo encontra base na idéia de Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput), nos fundamentos da “cidadania” (art. 1º, I) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II), bem como nos objetivos de construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e erradicação da “pobreza e a marginalização” e redução das “desigualdades sociais”, todos da República brasileira.

Contornos mais objetivos do mínimo existencial podem ser dados pelo art. 5º, caput, que menciona os direitos “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, bem como o art. 6º da Constituição de 1988, descrevendo como direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Maior relacionamento entre mínimo existencial e direitos sociais pode ser percebido no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que arrola como direitos fundamentais o direito ao trabalho, direitos trabalhistas individuais e coletivos, como o direito de greve, direito à seguridade social, direito à proteção da família, direito a um nível de vida adequada, incluindo alimentação, vestuário, moradia, saúde, educação, á participação na vida cultural, etc.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que pode ter validade de emenda constitucional (art. 5º, §3º da Constituição Federal) deve também servir como parâmetro para delimitação conceitual do mínimo existencial, como

observa AFONSO FERRO¹, pois em seu art. 25 declara que:

“Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Evidentemente, tais limitações não está isentas de críticas. É razoável se excluir dos róis de direitos acima descritos o direito ao lazer, por exemplo, ou questionar se o direito à propriedade pode ser incluído no conceito de mínimo existencial.

O tema da exigibilidade de tais direitos retorna mais uma vez: é possível garantir emprego para cada brasileiro economicamente ativo? A resposta negativa que ora se impõe será melhor analisada no capítulo referente à reserva do economicamente possível.

Por fim, outra crítica capital a ser enfrentada é a referente a “dimensão” ou “quantificação” desses direitos: por exemplo, até que ponto o direito à educação estará satisfeito, com o mero oferecimento de vaga em escola pública ou, além disso, com ensino de qualidade? Como mensurar um ensino de qualidade? E assim por diante, de forma a constatar que os direitos sociais, antes de apresentarem o problema de sua concretude, denunciam a questão da delimitação de seus contornos mínimos, o que também fundamenta para alguns a impossibilidade dos mesmos serem exigidos judicialmente, como será

¹ FERRO, Afonso Jofrei Macedo. *Mínimo existencial e tributação indireta: enfoque do ICMS*. Dissertação de Mestrado em Direito – UFPA, Belém, 2004.

examinado.

A idéia básica que permeia o conceito de mínimo existencial é a de “necessidade”, tanto material como imaterial. Ou vendo-se por outro ângulo: o mínimo existencial está ligado ao conjunto de “capacidades” mínimas para que um indivíduo possa se desenvolver. Nesse sentido, AMARTYA SEN consegue aclarar muito bem que tais conjuntos de capacidades não estão necessariamente ligados com suporte financeiro, material ou de renda (como alimentação, vestuário, moradia), mas também com caracteres imateriais (acesso à educação, à informação, a participação no processo democrático, etc).

Como observa RICARDO LOBO TORRES, este mínimo existencial deve ser garantido positivamente pelas prestações estatais¹.

Marcos Maselli GOUVÊA observa que:

“A prioridade do mínimo existencial impõe-se não só por sua procedência deontológica em relação a outras prestações do Estado, resíduo possível da auto-aplicabilidade característica dos direitos fundamentais, mas por uma questão de ordem prática, propriamente temporal. O mínimo existencial, quando indispensável para a sobrevivência física do indivíduo, reveste-se normalmente de urgência, já que a prestação tardia pode acarretar a morte da pessoa. Sem o mesmo dramatismo, mas também urgentes, são as prestações que dizem respeito à constituição intelectual do ser

¹ FERRO, Afonso Jofrei Macedo. *Mínimo existencial e tributação indireta: enfoque do ICMS*. Dissertação de Mestrado em Direito – UFPA, Belém, 2004.

humano em formação (direito à educação e à alimentação da criança); a ausência destes bens da vida, na época oportuna, dificilmente será sanada posteriormente. Há, portanto, um imperativo temporal, de urgência, a justificar a prioridade destas prestações sob a perspectiva de direitos fundamentais liberais que visam assegurar. Retardar aquelas pode significar o comprometimento definitivo destas”¹

Dada a sua imprescindibilidade, bem como caráter de direito subjetivo, tal mínimo existencial pode e deve ser cobrado por parte do cidadão em relação aos Estado, de modo que o Judiciário deve intervir para concretizá-lo.

Nesse sentido Luís Roberto BARROSO, citado por KRELL, defende que:

“esse mínimo poderia, sem maiores problemas, ser ordenado por parte do Judiciário, o que deixa de acontecer devido apenas a motivos ideológicos, e não jurídico-rationais”²

O Supremo Tribunal Federal, na referida Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF – nº 45/DF, valorando o papel da discricionariedade legislativa e administrativa e a concretização do mínimo

¹GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 226.

² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* (nota 21), p. 155 In: KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *A constituição concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 44.

existencial, se posicionou no sentido de que:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

Quando se está operando com este mínimo existencial, justamente por ser

este o piso básico de direitos, não se está adentrando na liberdade de conformação do legislador, não cabendo falar assim de intervenção judicial (devida ou indevida) na discricionariedade administrativa.

Entretanto, a exigibilidade judicial dessas prestações se vê fortemente criticada pela alegada difícil delimitação dos contornos dos direitos sociais, bem como pelo fato dos mesmos, ao contrário dos chamados direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) carecerem de uma prestação positiva do Estado.

5 – A NATUREZA E DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO CRITÉRIO IMPEDITIVO DE SUA EXIGIBILIDADE EM NÍVEL JUDICIAL

5. 1. - O CARÁTER PRESTACIONAL E PROGRAMÁTICO DOS DIREITOS SOCIAIS

É de ROBERT ALEXY a expressão “direito prestacional”.¹

Segundo o referido autor, tal categoria de direitos:

“são do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-lo também de particulares. Quando se fala de direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à previdência, ao trabalho, à moradia e à educação, se faz referência primordialmente a direitos de prestações em sentido estrito”.

Desta forma, ALEXY parece abrigar na categoria de direitos prestacionais um espectro muito maior de direitos, não se restringindo somente aos direitos sociais, mas também todo o tipo de direitos a prestações materiais do Estado, tais como o direito de acesso de deficientes físicos aos órgãos públicos, implicando a implementação de elevadores e rampas.

¹ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 482, citado por GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

É justamente esta característica prestacional dos direitos sociais que ocasiona conflitos em sua aplicação.

Uma das grandes linhas de argumentação no sentido de que os direitos sociais não podem ser judicialmente exigíveis reside não fato destes estarem insculpidos em normas programáticas, carecendo de uma regulamentação maior por parte do legislador, de forma que o preceito constitucional por si só (como o que atribui direitos como saúde e educação, na forma da Constituição Federal de 1988, por exemplo) não criaria direito público subjetivo.

Nesse sentido, importante consignar o movimento chamado de “constituição dirigente” e a mudança de rumo de seu principal idealizador, o professor lusitano J. J. Gomes CANOTILHO.

De acordo com as idéias inicialmente desenvolvidas por CANOTILHO, publicada em obra decorrente de sua tese de doutorado, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de 1982, os direitos sociais, econômicos e culturais seriam capazes de vincular de estabelecer um dever do legislador de criar as leis ordinárias necessárias para a fruição dos referidos direitos. Assim, as normas constitucionais que prescrevessem direitos sociais já bastariam por si sós para criar direitos públicos subjetivos aos cidadão, de forma que esses pudessem exigir o correspondente dever de legislar.

Dessa forma, os direitos sociais não estavam descritos na Constituição como mero apelo ao legislador, dando-lhe livre arbítrio de concretizar ou não tais direitos. Cria-se assim uma vinculação na qual as normas constitucionais, em que pese seu caráter “programático”, irradiam efeitos jurídicos, mais especificamente, deveres de concretização – na medida do possível.

Tal doutrina teve ampla adesão no Brasil a cativou certa geração de adeptos. Na verdade, a própria constituinte brasileira foi esculpida influenciada

por tal raciocínio, cujo caráter dirigente e vinculador do legislador pôde ser exteriorizado com a implantação de institutos como o do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, instrumentos processuais que tinham como pressuposto o dever do legislador em legislar – em que pese tal arsenal ter sido esvaziado em sua eficácia.

Entretanto, atualmente o citado constitucionalista lusitano reformulou seu posicionamento, e em artigo intitulado “Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”, faz certas ressalvas à constituição dirigente, de modo que este modelo não está mais em sintonia com as transformações nas ordens jurídicas nacionais em regionais (em alusão direta à Comunidade Européia), devendo-se tal mudança ao “descrédito de utopias” e à “falência dos códigos dirigentes”, tornando-se necessário “desideologizar” o texto constitucional.¹

Dessa forma, os direitos sociais consignados na Constituição não mais teriam o condão de gerar por si sós direitos subjetivos, de modo que se faz necessária a intervenção do legislador ordinário para a concretização de tais preceitos.

Opina Andreas KRELL no sentido de que tal mudança no pensamento do autor de Coimbra se deveu, entre outros fatores, à grande transformação por qual passou Portugal em sua inclusão na União Européia, experimentando, com o auxílio e como pré-requisito para seu ingresso, algum grau de desenvolvimento econômico.²

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 15, 1998, p.8.

² KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *A constituição concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 46.

Pondera KRELL que tal transformação, na medida em que não foi vivenciada por países como o Brasil, não pode legitimar a mudança no modo em que se encaram os direitos sociais.

De fato, na medida em que países pobres como o Brasil ainda não conseguiram lograr o mínimo de êxito na concretização de seus direitos sociais mais básicos, a visão mais adequada a nossa realidade é a de interpretar as normas constitucionais como fontes geradoras de direitos subjetivos, a fim de possibilitar sua exigência do Estado, inclusive em nível judicial.

Muito pelo contrário, defender que normas constitucionais sociais como por exemplo as referentes à educação podem emanar direitos subjetivos é requisito necessário para que haja um mínimo de perspectiva de desenvolvimento.

Além disso, protesta pela judicialização de demandas relacionadas a todos os tipos de direitos, indistintamente, e logo incluindo os direitos sociais, a própria Constituição Federal de 1988 quando, em seu art. 5º, XXXV determina que:

“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em que pese tal argumentação, boa parte dos tribunais brasileiros vêm adotando o posicionamento no sentido de que as normas de direitos sociais insculpidas na Constituição não tem o condão de gerar direitos subjetivos (e portanto de pronto exigíveis do Estado), dado o seu caráter de normas programáticas. Nessa diretriz:

“Constitucional. Saúde pública. Acidente vascular cerebral. CF, art. 196. Norma constitucional programática. Controle dos atos administrativos. Despesas com locomoção e tratamento médico. O

direito, "para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante" (Hely Lopes Meirelles), Norma constitucional puramente programática (CF, art. 196) não autoriza o Judiciário a impor a município a obrigação de custear despesas com locomoção e tratamento médico de minícipe (TJSC – ApCiv em Mandado de Segurança nº 2001.008655-7 – 6ª Câmara Cível - Relator Desembargador Newton Trisotto – unanimidade – 18.10.2001".

"Constitucional. Saúde pública. Moléstia. Distrofia muscular de Duchenne, CF, art. 196. Norma programática. Estado. Tratamento. Fornecimento gratuito. Cautelar. Antecipação da tutela. (...) Norma constitucional puramente programática (CF, art 196) não autoriza o Judiciário a impor ao Executivo a obrigação de custear despesas com tratamento médico da parte reclamante(...). (TJSC – Agravo de Instrumento nº 1997.001982-3 – 1ª Câmara Cível - Relator Desembargador Newton Trisotto – maioria – 13.06.2000".

Cautelar. Pedido visando obrigar o Estado fornecer medicamentos para tratamento de esclerose lateral amiotrófica. Tutela deferida. Recurso provido. Voto vencido. Norma constitucional puramente programática

(CF, art 196) não tem o condão de obrigar o Estado a custear despesas com tratamento medicamentoso a todo aquele que dele necessita. Voto vencido. Se o pleito formulado na lide principal não se revestir de plausibilidade jurídica, deve ser extinto o processo relativo à demanda cautelar, pois não se pode “tutelar qualquer interesse mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostrarem plausíveis de tutela no processo principal” (Humberto Theodoro Júnior). (TJSC – Apelação Cível nº 2000.010601-1 – 6ª Câmara Cível - Relator Desembargador Newton Trisotto – maioria – 19.06.2001”.

Outra linha de argumentação contra a exigibilidade judicial dos direitos sociais pelos tribunais reside no fato de que, para alguns autores, existiria uma impossibilidade dos direitos sociais serem exigidos judicialmente pois ao contrário dos chamados direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), os direitos sociais carecem de uma obrigação de fazer, bem como, ao contrário daqueles, são de difícil delimitação.

Assim, de acordo a doutrina tradicional, os direitos civis e políticos se satisfazem com uma obrigação “negativa” do Estado, como por exemplo, não suprimir a liberdade de expressão, não prender arbitrariamente, não torturar, não matar, etc, cumprindo o estado uma tarefa basicamente abstinente, sem que isso implique em alocação de recursos públicos de forma que a intervenção judicial se limitaria a declaração de nulidade do ato de descumprir o dever de abstenção.

De outro lado, conforme tradicionalmente se entende, os direitos

econômicos, sociais e culturais necessitem de uma obrigação “positiva” por parte do ente estatal, como fornecer serviços de saúde, educação, etc, de modo que diante da exigibilidade judicial dos mesmos, se argúi a dependência de fundos públicos para seu cumprimento e por isso o Judiciário ficaria impossibilitado de fazer concretizar tais condutas comissivas.

ABRAMOVICH¹ defende que tal diferenciação não pode servir para basear a tese de que os direitos sociais não possam ser exigidos judicialmente.

Pondera que tal distinção não é tão absoluta assim, pois os direitos civis e políticos também em certa medida necessitam de prestações estatais de caráter comissivo, como por exemplo, a manutenção da segurança pública para a fruição do direito de liberdade individual, o que acarreta também alocação de recursos. Ou seja: tanto direitos de primeira como de segunda geração têm custos na medida que também os chamados direitos de primeira geração carecem de atitudes comissivas por parte do Estado.

São exemplos de condutas comissivas necessárias em sede de direitos de primeira geração, conforme ilustra ABRAMOVICH: a regulamentação legislativa e administrativa dos mesmos, o exercício do poder de polícia, a proteção frente a interferências ilegítimas do próprio Estado e outros particulares, a promoção de acesso aos bens que constituem objeto do direito.²

Ilustra-se com caso típico o direito à propriedade, que em que pese possa ser classificado classicamente como direito de primeira geração (não podendo se olvidar de sua função social), para protegê-la o Estado arca com custos

¹ ABRAMOVICH, Victor. *Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados*. In SUR - Revista internacional de direitos humanos. Ano 2, , nº 2, 2005.

² ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 137.

e de promover o direito em questão” conforme descrevem Fried van Hoof e Asbjørn Eide citados por ABRAMOVICH¹.

As obrigações de *respeitar* se referem ao dever do Estado de não criar percalços à fruição dos bens que constituem objeto do direito social; as obrigações de *proteger* dizem respeito ao dever estatal de não permitir que terceiros causem tais obstruções; as obrigações de *assegurar* pressupõe que se deve assegurar que o titular do direito tenha acesso ao bem quando não possa fazê-lo por si mesmo; as obrigações de *promover* constituem no dever estatal de concretizar condições para que os titulares tenham acesso aos bens.

Quer com isso demonstrar o citado autor que nem todas as obrigações “positivas” implicam necessariamente em alocação de recursos financeiros. Pode o Estado proteger determinados direitos econômicos, sociais e culturais regulamentando-os de forma a impor limites aos poderes dos cidadãos, como ocorre com o direito do trabalho (equiparação salarial, restrições à despedida arbitrária, etc).

Deste modo, os direitos sociais não dependem em todo o caso para sua garantia mínima de prestações comissivas por parte do Estado.

Além disso, é possível garantir direitos sociais impugnando ações estatais comissivas que violem os mesmos, como por exemplo, despejos coletivos que maculem o direito à moradia ou uma política educacional que discrimine pessoas em razão do gênero ou fenótipo.

Dessa forma, os direitos sociais, assim como os direitos de primeira geração, dependem também de uma conduta omissiva do Estado para que sejam devidamente protegidos, devendo o ente público se abster de causar, por

¹ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. In. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 140.

exemplo, lesão ao direito à saúde, não interferência ilegítima ao direito de greve bem como à negociação coletiva.

Em síntese, na medida em que tanto direitos de primeira geração como direitos sociais podem ser objeto de prestações de respeitar, proteger, assegurar e promover, carecendo assim ambos de um espectro que vai desde a omissão deliberada até prestações positivas por parte do Estado, atenuam-se as disparidades classicamente anunciadas entre as referidas modalidades de direitos.

Não se nega maior carga de necessidade de prestações estatais por parte dos direitos sociais nem a existência de maiores dificuldades na sua concretização em relação aos direitos de primeira geração. Ressalta-se, entretanto, que a diferenciação entre direitos de primeira, segunda e terceira geração é muito menor do que se propaga tradicionalmente, de modo a se concluir por uma unidade entre as referidas modalidades de direito, as quais se diferenciam por uma questão de grau, o que não têm o condão por si só de elidir a exigibilidade judicial dos direitos sociais.

Assim, os direitos sociais se caracterizam por um amplo espectro de obrigações estatais, de forma que a tese de que os mesmos não podem ser exigidos judicialmente é no mínimo falaciosa, no entender de ABRAMOVICH, pois podem ser satisfeitos desde por uma “denúncia do descumprimento de obrigações negativas, passando por diversas formas de controle do cumprimento de obrigações negativas, até chegar à exigência de cumprimento de obrigações positivas descumpridas”.

Desse modo, a negativa de exigibilidade judicial dos direitos sociais não pode se pautar na regra do tudo ou nada, ou seja, não se pode concluir pela inexistência total de algum mecanismo de tutela dos mesmos, pois na medida

em que tais direitos podem ser concretizados através de prestações estatais tão diversas, os mesmos podem ser garantidos judicialmente em graus diferentes.

Conforme chama atenção Alessandra Gotti BONTEMPO¹, os direitos sociais concretizam-se progressivamente, de modo que não se pode esperar que sejam implementados de uma só vez instantaneamente, devendo o Judiciário ter em vista essa ponderação no momento de sua exigibilidade.

Neste ponto, torna-se importante ressaltar que o direitos sociais podem ser tutelados judicialmente não só pela obrigatoriedade da prestação de um bem ou serviços (como fornecimento de um medicamento ou oferecimento de uma vaga em uma escola pública).

Há outras formas de controle judicial da omissão da administração pública em efetivar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, como ensina CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REAIS² tais como:

- (I) a vedação de políticas públicas desconformes com a Constituição da República, ou seja, se impugna atos discricionários que importem despesas ao ente estatal quando inexistentes ou notoriamente deficientes as políticas públicas de atendimento aos deveres fundamentais prestacionais;

- (II) a aplicação do princípio da “proibição do retrocesso social” à seara administrativa de forma que o Judiciário impeça que o Poder Público simplesmente extinga determinada política pública apta a efetivar direitos

¹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Editora Jurua, 2005, p. 225.

² REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. *Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

fundamentais e não coloque outra em seu lugar – parte da idéia de incorporação das políticas públicas ao patrimônio jurídico da cidadania¹.

5.2 – A NATUREZA COLETIVA E INDETERMINADA DOS DIREITOS SOCIAIS

Outro argumento que se impõe contra a tutela judicial dos direitos sociais é o fato dos mesmos terem natureza essencialmente coletiva, o que pode dificultar a concretização dos mesmos por parte dos magistrados.

Na verdade, sugere-se que tal ponderação não deve prosperar na medida em que não só já existem instrumentos processuais bem sucedidos de tutela de interesses coletivos, como o a ação civil pública, bem como pelo fato dos direitos sociais poderem ser seccionados de forma individualizada, de modo a haver maior concretude na resposta jurisdicional, como por exemplo, a exigência de um determinado medicamento ou de um tratamento específico feito por um paciente, ao invés de se questionar toda uma estrutura hospitalar.

Por fim, outro argumento contra a judicialização de demandas que visem obrigar a administração para pública a agir em sede de direitos sociais é a difícil delimitação dos contornos dos direitos sociais, de modo que seu amplo espectro de concretização, ou seja, as multi-facetadas formas de sua viabilização seria fator dificultador, senão obstativo, para sua exigibilidade judicial de maneira minimamente objetiva e com um lastro básico de segurança jurídica.

Nesse sentido, assevera **MARCOS MANSELLI GOUVÊA**, tratando especificamente quanto ao caráter genérico e amplo do direito à saúde, que:

¹ **BONTEMPO**, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Editora Jurua, 2005, p. 224..

“O termo saúde, à vista de seu caráter genérico, dificulta a definição de um campo preciso de atuação. Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com as práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse pulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídios aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável indicar-se prestações positivas, nesta seara, sem que o constituinte ou o legislador elegessem uma delas”.¹

Segundo o referido autor, pretender que o Estado assegure de maneira máxima o direito à saúde é no mínimo irrealista, de modo que o imperativo da máxima efetividade encontra óbice na realidade prática. Entretanto, é possível exigir-se um mínimo. Exemplifica que em que pese haver vários métodos

¹GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

alternativos para o tratamento da AIDS, é perfeitamente possível se exigir pelo menos as doses usuais dos tradicionais coquetéis, pois se esse mínimo for negado, estar-se-á negando qualquer alternativa de recuperação da referida doença, e assim, negando-se o próprio direito à saúde.

Frisa Marcos Maselli Gouvêa que a tarefa do Estado na seara do direito à saúde é a de “prover as condições indispensáveis” ao pleno exercício do referido direito (art. 2º da lei nº 8.080/90). Ou seja, não se pode exigir uma infinidade variada de prestações positivas ao Estado, devendo a exigência judicial se cingir ao “indispensável” ao exercício do direito à saúde, e não toda e qualquer ação desejável.

Em síntese, não é a mera natureza ou estrutura dos direito sociais fator por si só determinante para se concluir pela impossibilidade de tutela jurisdicional em favor dos mesmos.

Acerca da possibilidade da tutela judicial de direitos sociais como a saúde, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em acórdão - STF AgRE 271.286/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 12.09.2000, DJ 24.11.2000 - cuja ementa integral merece ser transcrita por se constituir um verdadeiro chamado à efetividade das normas constitucionais:

“Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever Constitucional do Poder Público (cf. arts. 5º, caput e 196). Precedentes (STF). Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável ao direito à vida. O direito público subjetivo á saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira

responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável ao direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. 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 inconstitucional, 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. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”.

No referido acórdão, deixou-se de lado a questão da natureza aberta e da necessidade de prestação positiva dos direitos sociais como óbices a sua exigibilidade judicial, dando espaço assim para seu caráter de fundamentalidade

que deve transcender à alegação de programaticidade das normas constitucionais pertinentes, tendo em vista sua real efetividade, legitimando o Judiciário nessa tarefa.

Em que pese tudo o que foi dito, a exigibilidade judicial de direitos sociais não se encontra ileso a inúmeras outras críticas. Antes de examiná-las, reservamos algumas linhas para apontar alguns argumentos a favor de um maior ativismo forense mais intenso na seara dos direitos sociais.

6 - ARGUMENTOS CONTRA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS

6.1 - A SEPARAÇÃO ORGÂNICO-FUNCIONAL DE PODERES

Uma das maiores críticas contra uma atuação mais ativa do Judiciário na concretização dos direitos sociais é no sentido de que este ramo do poder estatal não tem legitimidade para atuar nessa seara, tradicionalmente reservada ao Executivo e Legislativo.

Nessa diretriz, os tribunais vêm se pronunciando:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (...) 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e oportunidade de realizar atos físicos de administração (construções de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios

da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido" (STJ – REsp nº 169.876/SP (98/0023955-3) – Rel. Min. José Delgado – unanimidade – j. 16.06.1998 – DJ 21.09.1998).

É também previsível com o aumento de intervenção judicial em esferas classicamente desenvolvidas pelo parlamento e pela administração pública que haja aumento da zona de conflituosidade entre os referidos poderes, trazendo assim maiores querelas entres os detentores de poder.

Nesse contexto, o Executivo e Legislativos se sentirão no mínimo invadidos em suas atribuições, considerando a atuação judicial no terreno por exemplo de políticas públicas de educação e saúde um esbulho às suas competências.

Tal cenário pode até mesmo gerar um clima de instabilidade política, com retaliações contra o Judiciário, podendo levar inclusive a um desgaste deste poder em relação aos demais, em um clima no qual quem mais sairá perdendo será a população.

6. 1. 1 – BREVE HISTÓRICO

Para maior análise da presente questão, faz-se necessário um breve estudo acerca do princípio da separação orgânico-funcional de poderes.

Inicialmente, a justiça era vista meramente como uma das virtudes que o monarca deveria ter no exercício do poder político. Neste contexto, o exercício da justiça não tinha nenhuma autonomia, pelo contrário, se entremeava com a atividade administrativa.

Nem mesmo LOCKE defendia que o Judiciário deveria ser poder autônomo, pois ainda que admitisse a existência de juízes independentes, pois o estado civil deveria incorporar a função de árbitro nos conflitos para que os homens se vissem livres dos dessabores do estado de natureza, tal importante tarefa ficaria dividida entre executivo e legislativo.¹

Apesar de LOCKE ressaltar a necessidade de separação entre executivo e legislativo, foi MONTESQUIEU² quem teve o mérito de fomentar a idéia de controle recíproco, que veio a ser aperfeiçoada mais tarde pelos escritos federalistas.

Para este autor, é necessária uma separação orgânico-funcional do poder, em um contexto em que o Judiciário é ramo autônomo e elemento participe dessa divisão tripartite. Entretanto, é relevante notar que o Judiciário não tinha papel de destaque na rotina de controle mútuo, sendo que o sistema de freios e contrapesos foi concebido por Montesquieu entre Legislativo e Executivo.

O Judiciário para Montesquieu tinha uma peculiaridade em relação aos demais poderes, pois ao passo em que Executivo e Legislativo tinham forte cunho político, aquele Poder deveria ter como característica uma deliberada apatia política³, de modo que a aplicação da lei deveria se dar nos estreitos

¹ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

² MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo, 1995.

³ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 96.

limites da objetividade, sem abrir margem à criatividade do magistrado, de modo que este não poderia fugir dos estritos ditames da legislação, ficando marcada a preponderância do Legislativo sobre os demais poderes.

É com OS FEDERALISTAS que o Judiciário ganhou papel de destaque na divisão orgânico-funcional dos poderes.¹

A idéia tradicional divisão de poderes, direcionada por Montesquieu, foi reproduzida no decorrer dos tempos, sofrendo aperfeiçoamentos consideráveis, com os escritos federalistas notadamente na idéia freios e contrapesos.

Trata-se de um conjunto de garantias internas, para que nenhum dos ramos do poder se sobreponha ao outro, de modo a não haver simplesmente uma divisão estanque de funções estatais entre Executivo, Legislativo e Judiciário, indo mais além, de forma que cada um desses ramos tenha certo grau de influência ou intervenção sobre o outro, em um mecanismo de controle recíproco.

A importância do Judiciário para os Federalistas está associada à proteção dos direitos da minoria, de um lado, e de outro, rechaçar os atos provenientes do Legislativo dissonantes com a Constituição, fomentando assim o controle de constitucionalidade.

Assim, a noção de intervenção judicial no Executivo e Legislativo está longe de ser novidade, muito pelo contrário, tem relevância aumentada no sentido de conter esses Poderes para preservar os dispositivos constitucionais, em face de maiorias eventuais nas disputas entre facções.

Nesse sentido, os freios e contrapesos foram vistos como instrumentos para se contingenciar uma facção que chegasse ao comando político, de modo que a

¹ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON. *Os Federalistas*. Brasília: Editora UNB.

mesma não exercesse arbitrariamente o poder, pois teria que se adequar a interesses opostos, mantendo-se assim a república.

Apesar do aumento da importância do Judiciário em relação à idéias de Montesquieu, os artigos federalistas reconhecem que o referido ramo é o menos perigoso, pois não possui a chave do cofre e carece do Executivo para fazer valer suas decisões.

A intenção de Alexander HAMILTON ao destacar o controle judicial de constitucionalidade, inserido no sistema de freios e contrapesos, não era a de fazer com que o Judiciário tivesse posição preponderante sobre os demais poderes, mas sim fazer valer a vontade do povo materializada na Constituição, defendendo-a das ingerências da legislatura e da administração.

Ressalve-se, por fidelidade, que Os federalistas não defenderam em momento algum o “ativismo judicial” nos termos em que tal expressão é vista hoje (como uma intervenção do Judiciário na política, em que pese aceitem a idéia de poder criativo do direito por parte do magistrado), de modo que a importância dos mesmos neste trabalho é ressaltar a idéia de que o ramo judicial não pode ser visto como estanque, sem interagir e intervir nos demais poderes, em uma neutralidade como a defendia por Montesquieu.

Na verdade a nomenclatura “separação de poderes” é falaciosa, pois o poder estatal é uno, indivisível, havendo isso sim uma separação de funções pelas quais esse poder é exercido.

Sustenta Anabelle Macedo SILVA que a nova formatação do constitucionalismo acarreta gradual superação da técnica tradicional de separação de poderes. O redimensionamento das relações entre a ordem social e política teria agregado ao constitucionalismo novos conteúdos, preponderantemente de cunho econômico, acarretando “o enfraquecimento do

potencial normativo do princípio da separação de poderes”.¹

6. 1. 2 – SEPARAÇÃO DE PODERES E GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Observa Américo Bedê Freire Júnior: na medida em que o poder estatal está materializado na Constituição, deve-se concluir tal separação não como um fim em si mesmo, mas sim como meio de viabilizar a efetividade das normas constitucionais, independente de que geração o direito fundamental possa estar catalogado.²

Ao considerar a separação funcional de poderes como instrumento de viabilização de direitos fundamentais constitucionais, o referido autor considera “absurdo” apontar que o princípio da separação de poderes possa legitimar interpretação que vá de encontro à efetivação de direitos fundamentais.

Impõe-se assim uma releitura do referido princípio. Dentro dessa lógica em que a divisão funcional de poderes está a serviço da concretização de direitos constitucionais, ganha relevo a função judicial.

Nesse contexto, Lenio Streck, citado por Freire Júnior, aponta que com a Constituição Federal de 1988 “as inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição e estabeleceu o Estado Democrático de Direito”.³

¹ SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 40.

Freire Junior cita neste contexto Mauro CAPPELLETTI ao discorrer sobre o gigantismo do Executivo e do Legislativo, asseverando o autor italiano que os tribunais “devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: (a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou (b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim um terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.¹

Arremata Andreas Krell:

*“parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação de poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”.*²

Nesse sentido, Emerson GARCIA, refletindo sobre exigência judicial o acesso à educação pública, assegurou:

“(...) não nos parece aceitável a tese de que julgamento favorável de uma pretensão dessa natureza importaria em mácula ao princípio da divisão das funções estatais (...). O princípio da divisão de poderes é, em essência, um instrumento indispensável à salvaguarda das

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 47.

² KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *A constituição concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 29.

liberdades e dos direitos individuais. Assim, como utilizar um princípio que se destina à salvaguarda dos direitos individuais como a pedra angular de um entendimento que busca justamente legitimar a sua inobservância? A atuação do Judiciário não importará em qualquer ingerência externa na atividade desenvolvida, mas, tão-somente, valerá para que esta mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência".¹

Por fim, a opinião autorizada de JOSÉ EDUARDO FARIA, tratando dos direitos sociais, no sentido de que o Judiciário brasileiro:

"tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da 'segurança jurídica e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre poderes autônomos".²

Considerando que o mecanismo de tripartição de poderes não é um fim em si mesmo, existindo em função de um objetivo maior, que é a preservação de

¹ **GARCIA**, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A*

² **FARIA**, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira* in: FARIA (Org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editora, 1998, p. 111. in: KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. in: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *A constituição concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 49.

direitos fundamentais, ao intervir na administração pública para concretização de direitos sociais, o Judiciário estará reforçando a própria razão de ser da separação funcional de poderes, qual seja, a garantia de direitos fundamentais.

Na verdade, quando o Judiciário determina o cumprimento do mínimo existencial em sede de direitos sociais não concretizados, o magistrado está atuando para que a Administração não descumpra os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput da Constituição Federal), decidindo assim não só no campo do estritamente jurídico (e não político) como também dentro da lógica dos freios e contrapesos.

Impõe-se considerar que a atuação mais ativa do Judiciário a fim de concretizar direitos sociais constitucionais, ao representar mecanismo de controle dos atos da administração, pode encontrar fundamento no referido sistema de freios e contrapesos, podendo assim fomentar (e não macular) o princípio da separação e harmonia entre poderes.

6. 1. 3. - A SEPARAÇÃO DE PODERES E A (IN)CAPACIDADE E INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO

Uma das críticas que se impõe em desfavor da atuação do Judiciário em sede de direitos sociais, como registra PALU é o fato de o referido Poder não estar devidamente “aparelhado ou preparado (desadequação orgânico-funcional ou processual)”¹ comparadamente a outros Poderes, o que poderia ocasionar a produção de reiteradas decisões ineficazes, o que poria em xeque a própria legitimidade o Judiciário para tal tipo de intervenção.

¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 344

Sergio MORO, citado por Américo Bedê FREIRE JÚNIOR se refere à “reserva de consistência” no controle judicial de políticas públicas no sentido de que:

“por força do argumento democrático, já se afirmou que as interpretações judiciais exigem uma reserva de consistência (...). O limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacidade para a elaboração de política habitacional ou de política pública que vise à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da CF ('busca do pleno emprego' como um dos princípios da ordem econômica) (...).”

Marcos Maselli Gouvêa¹ estabelece a seguinte situação hipotética: digamos que um magistrado, em vez de condenar a administração pública a diretamente realizar a prestação em sede de direitos sociais, como por exemplo, fornecer um medicamento essencial a paciente da rede pública de saúde, faça o que a doutrina chama de “coerção indireta”, ou seja, determine a terceiro que preste a obrigação e posteriormente seja ressarcida pelo Estado.

Seria o caso, por exemplo, de determinar que uma distribuidora de medicamentos forneça remédio a um paciente às custas do Poder Público, que indenizaria posteriormente o valor correspondente.

Isso traria uma série de situações conflituosas.

¹GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

O magistrado teria competência técnica para distinguir e escolher qual seria a melhor distribuidora de medicamentos?

O juiz teria habilidade contábil para discernir qual o preço mais razoável de medicamento, tendo em vista a não oneração desnecessária da administração pública?

Não seria necessário um procedimento licitatório para que se escolhesse o melhor distribuidor, dado o visível interesse público? O judiciário tem condições técnicas para promover tal certame?

Não iria o respectivo magistrado sofrer um desgaste político em sua imagem com comentários de que escolheu esta ou aquela empresa, interferindo diretamente na gestão do dinheiro público, com críticas do tribunal ao qual se subordina administrativamente?

Sugere o citado autor que o art. 24, IV da Lei de Licitação (lei nº 8.666/93) dispensa licitação em casos excepcionais, muito mais quando se fala em urgência na compra de um medicamento essencial à vida. Além disso, a administração pública seria parte no processo, e teria assegurado o contraditório e ampla defesa, incluindo o direito de opinar quanto à idoneidade e benefício para o interesse público em escolher esta ou aquela empresa fornecedora.

Além disso, é pacífico que o magistrado, por mais ampla que seja sua formação, não possui conhecimento técnico em todas as áreas do conhecimento. Por isso se vale de peritos, e ainda que não haja disponibilidade de peritos judiciais, por carência de servidores, pode muito bem o magistrado se valer de perito "ad hoc", com a vantagem de uma possível especialização, como por exemplo, um perito contábil, etc, que seria custeado pela parte vencida na perícia, tudo sob supervisão da administração pública que teria sempre oportunidade de opinar.

Além disso o juiz sempre está exposto a comentários de caráter político, muito mais quando toma decisões que não favorecem a administração pública, ou mais especificamente, a classe política nela representada. Não pode, entretanto, o magistrado deixar em segundo plano a tutela de direitos fundamentais para não ser alvo de críticas pela classe política. Nesse sentido, estão presentes as prerrogativas de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade (art. 95 da Constituição Federal).

Analisando outra situação: digamos que haja pedido judicial de condenação direta do Município (sem intermediários ou substitutos) de fornecimento à paciente da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) de um coquetel essencial à sobrevivência deste. Pode surgir a seguinte indagação: qual coquetel?

Duas críticas poderiam ser levantadas com o presente questionamento: o juiz interferiria ilegalmente na discricionariedade administrativa bem como não teria competência técnica para estabelecer qual o coquetel melhor supriria a conveniência e oportunidade tanto da administração pública quanto as necessidades médicas do paciente.

Tal equação poderia muito bem ser resolvida juridicamente com a condenação do ente público em “obrigações alternativas” (arts. 252 a 256 da lei nº 10.406/02 - Código Civil). Desta forma, ficaria a cargo da administração decidir se

O exemplo ilustrado em que pese ser de uma simplicidade elementar, mostra claramente algumas coisas: de um lado, que o Judiciário tem sim limites, inclusive de ordem técnica, que somente em parte poderiam ser resolvidos por um perito; de outro, que algumas questões envolvendo uma conduta mais ativa do Judiciário encontra óbices com fundamentações eminentemente ideológicas,

que podem sucumbir a argumentos de caráter jurídico.

Outro argumento qualquer se acrescenta contra uma intervenção judicial em sede de direitos sociais é que esta pode por em xeque um dos mais importantes atributos do magistrado, qual seja, sua imparcialidade.

Segundo esta linha de argumentação, um papel mais ativo do juiz a ponto de se imiscuir em posições políticas seria incompatível e iria de encontro com um caráter sereno, neutro e imparcial do magistrado.

Ora, conforme já visto, defende-se que o Judiciário possa intervir em sede de direitos sociais apenas para garantir um mínimo existencial, afinal este mínimo seria um critério para distinguir a ação do magistrado dentro do sistema jurídico e não do político. Na medida que o mínimo é fundamental e obrigatório, não estabelece margem de liberdade ou discricionariedade nem para o legislador nem para o administrador público. Nesse campo, ou melhor, nesse núcleo básico, não há lugar para política – no sentido de escolha da melhor opção através de conveniência e oportunidade.

Não se imiscuiria assim o magistrado em política, fazendo meramente cumprir as normas constitucionais pautadas na dignidade da pessoa humana – ou seja, estaria atuando dentro do sistema jurídico.

Além disso, ressalta Hélio RIBEIRO que o Judiciário dispõe de recursos limitados colocados a sua disposição para consecução de suas tarefas tradicionais. Uma atuação mais ativa do Judiciário, segundo o autor, poderia implicar em um “bloqueio da oferta em função do aumento da procura”.¹

Isso poderia ocorrer, por exemplo, com a hipotética situação do Judiciário

¹ RIBEIRO, Hélio. *Justiça e Democracia. Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 47.

proferir inúmeras decisões que concretizassem direitos sociais como educação e saúde (abertura de matrículas em escolas públicas ou a concessão de medicamentos), e em virtude da inicial eficiência de tais determinações, a população se visse estimulada a procurar o Judiciário com maior frequência, de modo a tornar tal procedimento impraticável em larga escala.

Outra limitação de ordem material do Judiciário seria o fato do mesmo não dispor de meios para executar suas decisões, dependendo assim agentes do Executivo para fazer valer suas cominações, o que seria mais dificultoso no caso de conflitos políticos, como observa BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, inclusive podendo inflamar a relação entre Executivo e Judiciário, mormente na seara da intervenção em políticas públicas que contrariassem a própria Administração.¹

De outro lado M. SHAPIRO, citado por CAPPELLETTI, assegura que se a profissão e a carreira judicial pode afastar os juízes da realidade social, a decisão de casos concretos e a faina da profissão leva a aproximação dessa realidade.²

Será que se pode falar de falta de aparato processual, existindo instrumentos como a Ação Civil Pública, por exemplo, sem falar na atuação do Ministério Público?

Além disso, o fato do Judiciário não ter aparelhamento suficiente (funcionários, número já excessivo de processos, demora nos julgamentos) - o

¹ SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; J. PEDROSO; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996 in RIBEIRO, Hélio. *Justiça e Democracia. Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 47..

² CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, p. 599 e seg

que é de certo elemento limitador de sua atuação - tem o peso de negar legitimidade deste Poder para intervir em sede de direitos sociais? Certamente não.

Por fim, outro elemento que favorece um comportamento menos interventivo por parte do Judiciário é o fato de que, em que pese a sensibilidade dos magistrados brasileiros em relação às questões sociais, a maioria mostra-se receosa a uma atuação mais ativa do Judiciário que vá além dos limites do direito positivo.

Em pesquisa registrada por LUIZ WERNECK VIANNA, 98,1% dos juízes brasileiros demonstrou que é tem como alta a prioridade para se aumentar o nível educacional da população e 92,1% demonstrou a mesma preocupação quanto à erradicação da pobreza e diminuição da desigualdade social, entretanto, 46,4% se declarou desfavorável à intervenção estatal em matéria econômica e redistributiva, sem prejuízo de 15,4% os quais, ainda que tolerem tal intervenção, ponderam que esta deve ser a mínima possível, somando-se assim tais grupos, 61,8% dos juízes brasileiros.¹

MARIA TEREZA SADEK, citada por Hélio RIBEIRO, mostra, através de pesquisa realizada pelo IDESP, que 73,7% (setenta e três vírgula sete por cento) concordam que o magistrado não pode ser um mero aplicador da lei mas tem que ser sensível aos problemas sociais. Entretanto, somente 37,7% (trinta e sete vírgula sete por cento) dos juízes pesquisados concordam que o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei.²

Constatação análoga foi retirada de pesquisa realizada pelo IUPERJ em que a maioria dos juízes - 83% - demonstrou rejeição pela idéia de neutralidade do Judiciário, mas 61,7% vê o magistrado como fiel intérprete da lei.

¹ VIANNA, Luiz Verneck et alli. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

² SADEK, Maria Tereza. (Org.) *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp/Editora Sumaré, 1995, p. 70.

Tal realidade resulta do fato do sistema jurídico brasileiro ter origem romano-germânica, cujo papel do juiz sempre foi considerado mais estrito quanto a interpretação e aplicação do direito, essencialmente vinculado ao direito positivo legislado, em comparação com o sistema da *Common Law*, no qual a criação jurisprudencial ganha destaque.

Além disso, em que pese esta sua função de garantir um mínimo de fruição de direitos fundamentais, o Judiciário sempre foi visto como o poder mais fraco, ou melhor, como o menos perigoso, pois se de um lado não possui o controle do orçamento público a seu favor, de outro depende do aparato do Executivo para concretizar suas determinações (como aparato policial, por exemplo), como mostra Alexander BICKEL¹.

Uma atuação mais ativa deste Poder no sentido de concretizar políticas públicas pode gerar como ponto positivo o resgate de sua imagem, tão desgastada com as pechas de ineficiência, morosidade, casos de corrupção, além de aumentar o leque de instrumentos judiciais para a concretização dos direitos humanos, o que fortalece ainda mais o Judiciário.

Além disso, ratifica e dá maior tônica à sua independência em relação aos outros poderes. Carlo GUARNIERI, citado por Hélio RIBEIRO², faz estudo sobre o tema (*Magistratura e política in Italia: pesi senza contrappesi*. Bologna: Il Mulino, 1993, p. 27), concluindo que quanto maior o grau de criatividade jurisprudencial, maior a autonomia política e independência judicial. Entretanto, o aspecto negativo do aumento desta independência é a maior conflituosidade

¹ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at Bar of Politics*, Yale University Press, 1986

² RIBEIRO, Hélio. *Justiça e Democracia. Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 47.

entre os tribunais e o poder político.

LENIO STRECK destaca que:

“se se está a falar/indagar acerca do papel/função da Justiça Constitucional (Poder Judiciário) na realização/efetivação de direitos sociais fundamentais, é porque se está a admitir que, primeiro, há uma inefetividade da Constituição, e, segundo, em havendo inércia dos Poderes Públicos na realização/implementação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais fundamentais assegurados pela Lei maior, é possível (e necessária) a intervenção da justiça constitucional”.¹

Assim, além dos benefícios anteriores, o Judiciário serviria com instrumento concretizador dos compromissos realizados na constituinte e que foram incorporados no texto constitucional na forma de direitos sociais fundamentais, o que se constitui no que Lênio STRECK chama de “resgate das promessas da modernidade” (171). Nesse mesmo sentido, GARAPON ao reconhecer o papel das Cortes como “guardiãs de promessas”, sendo “portadores de expectativas de justiça”, o que ao nosso ver legitimaria o ativismo judicial.²

Desta forma, a implementação de tais direitos não teria somente cunho utilitarista, no sentido de fruição de bem estar social, mas também de caráter

¹STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. Em *Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169-170

² GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Ed. Odile Jacob, 1996, p. 36, in VIANNA, Luiz Verneck et alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 23.

legitimador do pacto constituinte, e ratificador da força vinculante do texto constitucional, fomentando ainda mais a autonomia do Judiciário.

Apesar disto, conforme já dito, a atuação do Judiciário em sede de direitos sociais está longe de se isentar a censuras, razão pela qual segue-se com a análise dos principais argumentos contra a referida interferência.

6.2 - A FALTA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO

Outro questionamento que se faz é que o Judiciário carece de representação popular, uma vez que seus membros não foram escolhidos pelo voto, de forma que não tem legitimidade para interferir em sede de direitos sociais.

Desta maneira, o Judiciário não poderia intervir em sede de direitos sociais pois não foi escolhido pelas urnas, sendo-lhe defeso atuar no campo exclusivo da administração pública. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

“(...) Trata-se de ação civil pública na qual o Ministério Público pleiteia que a Municipalidade destine um imóvel para instalação de um abrigo e elaboração de programas de proteção à criança e aos adolescentes carentes que restou negada nas instâncias ordinárias. A Turma negou provimento ao recurso do MP, com fulcro no princípio da discricionariedade, pois a municipalidade tem a liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo, assim, ao Poder Judiciário intervir. Precedentes citados: REsp 169.876 / SP – DJ 21.09.1998 e AgREsp 252.083/RJ – DJ 26.03.2001”.

Desta forma, a Constituição determina que opção para melhor escolha de aplicação de recursos públicos compete ao Executivo, eleito pelo povo, e não

pelo Judiciário.

Na verdade, para maior análise da presente questão, necessária se faz uma pequena análise acerca das perspectivas de democracia e do relacionamento do Judiciário com este fenômeno.

Na lição de Patrícia do Couto Vilela Abbud MARTINS, a dimensão formal de democracia política se relaciona com a preocupação de como e quem profere as decisões no jogo do poder político. Em síntese, está voltada para os agentes e a forma de exercício do poder político.¹

A dimensão substancial de democracia está relacionada com o conteúdo do que foi decidido, pelo respeito aos direitos fundamentais e princípios escolhidos pela ordem jurídica, de forma que a democracia está submetida a estes.

Como assegura PALU², a noção de Estado de Direito implica em uma concepção de democracia na qual os representantes do povo estão vinculados a cumprir as regras jurídicas superiores (como a Constituição), de modo a haver um compromisso não só com a mera legalidade formal, mas principalmente com todo um conteúdo “substancial”.

Desta forma, é ínsito ao Estado Democrático de Direito a vinculação dos representantes populares com o respeito e concretização das normas superiores do ordenamento jurídico e a proteção dos direitos fundamentais, o que se insere dentro de uma representação democrática “material” em que não basta a simples delegação da vontade do povo, mas também o reencontro do conteúdo material elegido pelo mesmo nos atos dos representantes (CANOTILHO³).

¹ MARTINS, Patrícia do Couto Vilela Abbud Martins. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,

p.75. CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2ª

Assim, a idéia de Estado Democrático de Direito está ligada não só à participação popular nas decisões governamentais como também ao efetivo controle da Administração.

Ao contrário do que pensa Joseph SCHUMPETER (*Capitalism, socialism and democracy*) para o qual em um processo de escolha de representantes, o povo não tem necessariamente idéia clara sobre questões políticas que seriam concretizadas caso eleitos os representantes, limitando-se o povo a simplesmente escolher tais pessoas que irão compor o governo; impõe-se a idéia de que o processo democrático está cada vez mais vinculado à escolha de programas políticos que deverão ser concretizados, de modo a se cada vez mais associar a legitimidade democrática de um governo com sua capacidade de por em prática o feixe de promessas da campanha.

Tudo isso está associado à idéia de que os governos são representativos na medida em que dão vazão em suas decisões políticas ao que é melhor para o povo ou pelo menos para a maioria de seus cidadãos. Nesse raciocínio, e para fins de ilustração, se caracterizará com matizes anti-democráticas um governo que administre recursos públicos para fins de privilegiar ilegitimamente uma minoria (como parentes dos governantes) ou mesmo preterindo preferências da maioria (construindo um suntuoso palácio de governo não satisfeitas necessidades sociais básicas da população).

A legitimidade democrática está assim intimamente vinculada à noção de limitação do poder político. GIOVANI SARTORI ao discorrer sobre a regra da maioria (*majority rule*) afirma que a mesma deve ser entendida como "*limited majority rule*", ou seja, o contingenciamento da regra da maioria como requisito

ed., 1998, p. 283.

básico da democracia.¹

Nesse sentido, ROBERT DAHL² analisa como ínsita à democracia a responsabilização do governo pelas preferências dos cidadão [como lembra PALU³, de modo que “políticos podem pretender agir para serem (re)eleitos, obter ganhos privados nas funções públicas ou ter objetivos totalmente diversos dos governados”⁴.

Mesmo com tudo o que se disse, pode persistir a seguinte pergunta: como pode o juiz saber o que é melhor para a maioria?

Para esta pergunta pode-se responder que o magistrado pode estar legitimado democraticamente na medida em que concretiza valores constitucionais.

A constituição democrática, assim entendida como decisão política fundamental legitimada pela maioria da população, através de seus representantes (assembléia constituinte), deve ser instrumento limitador para atuação jurisdicional em sede de direitos sociais.

Materializando direitos constitucionalmente assegurados como educação e saúde, estar-se-á pondo em prática decisões políticas escolhidas pela maioria dos cidadãos no momento da fundação da ordem jurídica (constituente), em que pese não ter sido o magistrado eleito pelo povo.

¹ SARTORI, Giovanni. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28

² DAHL, Robert. *Poliarquia*. São paulo: EDUSP, 1997

³ op. cit. p. 277.

⁴ PRZERWORSKI, Adam. *Minimalism conception of democracy: a defense*, in Ian SHAPIRO e Casiano HACKER-CORDÓN (Coord), *Democracy's value*, Cambridge Un. Press., 1999 citado por PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 277.

Mesmo com tal ponderação ainda pode persistir a dúvida: não se estará transferindo a discricionariedade do que é bom ou não para o povo do âmbito do Executivo e Legislativo e deslocando o para o magistrado, que, repita-se, não foi eleito popularmente?

Nesse sentido, observa SOUZA JÚNIOR que JOHN HART ELY em “Democracy and distrust” combate a adoção pelos magistrados de decisões de justiça distributiva quando em análise a aplicação de valores constitucionais de interpretação aberta (como no caso brasileiro, direito sociais como saúde e educação), rejeitando assim a idéia de discricionariedade judicial, pois o Parlamento está em melhor situação para refletir o consenso”. Desta forma, para ELY, não pode o Judiciário se imiscuir em “méritos substantivos da opção política atacada”.¹

Nesse contexto, a concretização de um “mínimo” de direitos fundamentais sociais como educação e saúde está longe de ser uma “opção” política, não estando dentro de uma discricionariedade em que o Executivo esteja facultado atuar ou não. O que excedesse ao necessário estaria fora do âmbito de intervenção do Judiciário, pois careceria de uma “opção” política.

Nesse raciocínio, a determinação judicial para matrícula em escola pública negada administrativamente ou a cominação para entrega de determinado medicamento essencial a raro tratamento de saúde não coberto pelo SUS se incluiriam dentro das atribuições do Judiciário na área de políticas públicas, pois representariam requisitos “mínimos” para fruição dos direitos à educação e saúde, respectivamente, ao passo que escolher se se deve investir em determinada escola pública em computadores ou laboratório, ou se no campo da saúde se deve aplicar maiores recursos em campanhas de vacinação do que na

¹SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 77

prevenção oncológica, isso somente caberia à Administração Pública.

Não é à toa que R. DWORKIN autoriza a atuação dos juízes em argumentos de princípio (que se baseiam em direitos) e não admite em relação aos argumentos de política (que se baseiam em objetivos da comunidade).¹

Tem-se por base assim a idéia de que a legitimação democrática do poder político de um agente público não pode ser aferida unicamente pelo critério de sua eleição pelo povo, mas principalmente pelo conteúdo de suas decisões, mormente quando garantidoras de direitos constitucionais.

Nesse sentido, PETER HÄBERLE assevera que “a democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do Monarca”².

Com a idéia de que a legitimidade democrática não está obrigatoriamente ligada à eleição pelo povo, Emerson GARCIA, refletindo sobre exigência judicial o acesso à educação pública, opinou:

“(...) não se tratará unicamente de juízo censório ou punitivo à atividade desempenhada por outro poder, mas de aplicação de eficaz mecanismo previsto no regime democrático, sempre com o desiderato final de garantir o bem-estar da coletividade. Pontes de Miranda há muito afirmara que ‘o exercício do poder, ainda por parte daqueles que só indiretamente o receberam, como

¹R. DWORKIN Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. IX-X.

²HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Fabris, p. 38-39

os juízes e os funcionários públicos, é sempre exercido em nome do povo”¹

Para M. SHAPIRO citado por CAPPELLETTI alega que os tribunais aumentam sua representatividade protegendo pessoas ou grupos políticos que não teriam, jamais, acesso aos “ramos” políticos, Presidência e Congresso.²

Considerando o sistema democrático desenhado por HABERMAS³ com a presença do “cidadão plenamente autônomo”, que deve expressar sua vontade no processo político, em cujo agir comunicativo é característica essencial do processo democrático, indaga-se como pode ser possível se assegurar tudo isso a um agente inserido na realidade brasileira se este não tem as mínimas condições de saúde e educação, e por isso não tem cidadania, distante assim de um ambiente discursivo que leve a soluções consensuais?

O Brasil vive um nível de satisfação democrática em que seus cidadãos formam uma comunidade conscientes de intérpretes da Constituição (HÄBERLE)?⁴

É Friedrich MÜLLER quem associa muito bem a idéia de povo consciente

¹ GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 189.

² *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, para. 599 e seg In: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 285

³ Jürgen HABERMAS, *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997,

⁴ HÄBERLE – em VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999)

e participação democrática.

Em seu questionamento para se saber “Quem é o povo?”⁵, MÜLLER faz uma diferenciação entre “povo ativo” e “povo inativo”, sendo o primeiro consciente e atuante politicamente, interferindo e opinando diretamente na gestão pública, ao passo que o segundo fica totalmente ausente da formação da vontade estatal, de modo que este último grupo é utilizado basicamente para legitimar uma representatividade eleitoral pretensamente democrática.

Com tal diferenciação, teve MÜLLER como objetivo ressaltar a importância de um povo consciente e participativo para a formação de uma comunidade democrática. Ora, o inverso é verdadeiro: uma massa de pessoas que não tem um mínimo de participação e consciência política, como soe acontecer com uma comunidade que não tem acesso à educação pública de qualidade, é utilizada como mero instrumento de manobra, ou na expressão de MÜLLER, como “ícone” para legitimar a ascensão ao poder político por um processo eleitoral, em que se concretiza a democracia apenas em seu aspecto formal e não material.

Para unificar os conceitos de “povo ativo” e “povo inativo”, MÜLLER propõe o conceito de povo universalmente abrangido pelas normas vigentes, de modo que a legitimidade democrática não mais se fundamente exclusivamente na participação do “povo ativo”, mas sim na capacidade do sistema de oferecer indistintamente aqueles dois tipos de povos o conjunto de direitos assegurados no corpo constitucional.

Pensamos, como mais adiante será especificado, que o Judiciário, não medida em que atua para concretizar todos os direitos assegurados na

⁵MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo?. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Constituição, mesmo os de complexa materialização, como os direitos sociais, está contribuindo para um conceito de democracia material.

Ao ponderar as idéias de HABERMAS, Antonio Umberto de Souza Júnior afirma que:

*“somente uma cidadania ativa, interessada, dinâmica viabiliza o sonho habermasiano. Falar de interações comunicativas informais para deliberação política em países periféricos ou semiperiféricos, como os da América Latina ou do continente africano, em que sequer necessidades vitais elementares são atendidas, cheira a um involuntário escárnio (...) A crítica à excessiva desenvoltura judicial em temas constitucionais perde totalmente a consistência e a própria razão de ser (...)”.*¹

Nessa mesma linha de raciocínio pergunta Bruce ACKERMAN:

*“Pode uma eleição ser realmente livre justa se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? Minha resposta é não”.*²

¹ SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto. O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 85

² ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 148 e 149 in STRECK,

Nesse mesmo sentido, Cass SUNSTEIN (ainda que seja contra a intervenção do Judiciário por ofender a democracia) reconhece que a pobreza faz com que os indivíduos fiquem dependentes do Estado, o que inviabiliza sua participação no processo político¹. O bem-estar social assim é pressuposto para a vivência de uma democracia deliberativa.

Patrícia do Couto Vilela Abbud MARTINS acrescenta que;

“Inegável que a democracia substancial, ao representar uma garantia dos direitos fundamentais, acaba por produzir seus efeitos no grau de extensão democrática (...). É mediante a implantação dos direitos sociais que obteremos o concreto e responsável exercício da cidadania. Ao dotar os cidadãos de suporte capaz de torná-los mais conscientes de seus direitos e deveres no âmbito político, promovendo a igualdade material, permite-se a participação mais atuante e reveladora das pessoas no cenário social. Sua atitude não se resumirá a escolher seus representantes (...), mas, exercitar opções relacionadas a programas governamentais e controle dos atos daqueles que em seu nome exercem o poder político (...). Como decorrência, temos que a extensão da igualdade material condiciona o grau da democracia, o qual, por sua vez, delimita a qualidade e

Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica ao Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 151.

ACKERMAN é também daqueles autores que são difíceis de posicionamento no dualismo procedimentalismo e substancialismo, mas segundo STRECK, há a preponderância de seu caráter substancialista.

¹ SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution. Cap. 5 – Interpreting Constitution: Substance*, Harvard University Press, p.136.

quantidade dos direitos fundamentais”¹

Além disso, um argumento dos que não aceitam um papel mais agressivo do Judiciário quanto aos direitos sociais é justamente o fato de que a partir do Estado Social ou *Welfare State*, o Estado (nisso se incluindo tanto o Executivo como o Judiciário), passou a ser extremamente assistencialista e atuante nas prestações positivas, de modo que o povo, vendo suas necessidades atendidas, não se sentia estimulado a participar de maneira mais ativa nas reivindicações populares, o que enfraquece o processo democrático.

Esse pressuposto não se aplica ao caso brasileiro. Nunca vivemos um estado de bem-estar social. A grande maioria da população não tem nem o mínimo para sua sobrevivência fisiológica. Logo, estamos muito longe de uma inação da população diante de um excesso de assistencialismo por parte do Executivo e Judiciário.

Essa própria ausência de um estado de bem-estar social no Brasil incentiva ainda mais uma atuação agressiva do Judiciário.

Ainda considerando o Executivo (com suas políticas públicas), e não o Judiciário, o lugar adequado para se resolverem os problemas sociais, o próprio HABERMAS admite, citado por Vianna, que “uma intervenção externa seria particularmente estratégica nos contextos ‘em que a diferenciação social é grande’ (...)”².

¹ MARTINS, Patrícia do Couto Vilela Abbud Martins. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

² HABERMAS, Direito e Democracia – entre facticidade e validade, p. 185, in VIANNA, Luiz Verneck et alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 32.
VIANNA, Luiz Verneck et alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

GARAPON admite que “a valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política (...). O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas (...)”¹. Assim, a posição mais atuante do Judiciário nada mais é do que uma resposta à conduta nada satisfatória dos responsáveis pelas políticas públicas.

Constata-se que os referidos autores admitem uma atuação mais agressiva do Judiciário quando a sociedade ainda não experimentou um grau mínimo de bem-estar geral, o que pensamos ser o caso do Brasil.

Também sensível às peculiaridades brasileiras, ANDREAS KRELL arremata que a exigência de concretização dos direitos sociais por parte do Judiciário não criaria um clima de assistencialismo ou de dependência do Estado, “um perigo que pode existir somente em países com índices elevados de desenvolvimento”².

A legitimidade democrática ligada de maneira umbilical à representatividade obtida pelas urnas tem cada vez mais relativizado esta sua característica, por uma série de fatores, entre eles, como destaca Anabelle Macedo SILVA, pela maior velocidade e complexidade das relações econômico-sociais desenvolvidas pela comunidade, de maneira que a representatividade eleitoral seja vista como instrumento insuficiente para a assimilação e conformação das aspirações da comunidade, pois a sociedade não mais se contenta somente em reexaminar suas escolhas nos períodos eleitorais.³

¹ GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Ed. Odile Jacob, 1996, p. 44, in VIANNA, Luiz Verneck et alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 25.

² KRELL, Andreas Joachin. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 65.

³ SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 114-115..

Uma dos grandes méritos de ANDREAS KRELL, é ponderar a impossibilidade de se importar o que se convencionou chamar de procedimentalismo para o nosso país. Reconhece que se hoje os tribunais alemães adotam uma postura de passividade quanto aos direitos sociais (para se garantir uma participação democrática da população no processo político), isso se faz porque o nível de desenvolvimento e de superação de problemas básicos o permite.

E por fim KRELL especula:

“Temos certeza de que quase todos os doutrinadores de Direito Constitucional Alemão, se fossem inseridos na mesma situação de exclusão social com a falta de condições mínimas de uma existência digna por boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário (...)”¹.

Em síntese, não se deve assim ter como base um conceito de democracia meramente procedimental, em que o processo eleitoral com agentes políticos escolhidos popularmente seja o único critério para a legitimidade do poder político democrático, senão também considerar inserto no conceito de democracia a idéia de garantia de um mínimo de direitos fundamentais.

Pondera Anabelle Macedo SILVA que o Estado social, concilia sociedade e Estado, na medida em que concretiza direitos fundamentais e promove uma simbiose entre os sistemas político e jurídico, de maneira a superar a tradicional idéia de democracia representativa, alterando a configuração da teoria da

¹ KRELL, Andreas Joachin. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 109.

democracia participativa, através da qual a judicialização das questões que envolvam direitos fundamentais faz parte do exercício democrático, que não está somente limitado pela capacidade eleitoral ativa, de maneira ir além da exclusividade das eleições como instrumento de participação popular.¹

Nesse contexto, nasce uma nova origem de legitimação democrática do Judiciário, não mais a partir da premissa da representatividade classicamente vinculada à idéia de eleições.

Não se pode ter como critério “único” para a apuração da legitimidade democrática o princípio majoritário, sob pena de se estabelecer uma ditadura da maioria, em que a regra majoritária prevaleceria sobre qualquer interesse, tornando assim o procedimento democrático em um fim em si mesmo, o que não se pode admitir.

Nas palavras da referida autora, “o binômio 'democracia participativa – exercício dos direitos fundamentais' substitui a antiga matriz 'democracia representativa - eleições”.

A democracia representativa estaria ligada assim ao princípio majoritário, de matizes formais ou procedimentais, influenciado pelo do Estado Liberal. Em contrapartida, o conceito de democracia participativa está intimamente associado com o princípio da igualdade, não só formal mas também de cunho material, vinculada à idéia de Estado Social, que tem papel decisivo na prestação de políticas públicas para fomentar tal princípio.

É claro que as idéias aqui defendidas de tutela de direitos fundamentais, mesmo por quem não foi eleito pelo povo, como o magistrado, podem dar asas à crítica de que se trata de uma pretensão anti-democrática na qual os fins

¹ SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

justificam os meios, de forma que seria possível suprimir um mínimo de democracia para a garantia de direitos – muito mais quando se lembra que os regimes totalitários que antecederam a Segunda Guerra Mundial – como o de Franco, Hitler, Mussolini, entre outros – valoravam certas restrições à democracia para a preservação de manutenção de um mínimo de direitos por parte dos cidadãos.

Assim não pensamos. A democracia é fundamental na sociedade contemporânea. Na verdade, a fruição de direitos fundamentais não pode ser entendida plenamente em um ambiente que não seja democrático. Democracia é pressuposto fundamental para garantia dos direitos humanos.

Não se está assim defendendo poderes totalitários aos magistrados em favor de um movimento justiceiro, arbitrário e irresponsável. O Poder Judiciário hoje, diante das inúmeras denúncias de corrupção que assombram Legislativo e Executivo, vem se mantendo à margem dos últimos acontecimentos. Ainda que grandes reparos mereçam ser feitos, e de maneira emergencial, a maioria absoluta da magistratura brasileira se compõe de cidadãos centrados, equilibrados.

A adjudicação pelo Judiciário da tutela de direitos sociais junto à administração pública não é arbitrária ou anti-democrática:

- (I) respeita-se o princípio da ampla defesa e contraditório;
- (II) o Poder Público tem amplas prerrogativas e até privilégios não extensivos ao setor privado ao se manifestar nos autos (prazos mais dilatados, execução diferenciada via precatório, restrições em liminares e tutela antecipada em seu desfavor, etc);
- (III) há amplíssima cadeia recursal a qual pode se socorrer a administração

pública para rescindir um julgado desfavorável; assim, qualquer excesso ou irregularidade eventualmente cometida pode muito bem ser sanada simplesmente pela via do recurso;

(IV) as audiências são públicas, nas quais qualquer pessoa do povo, ainda que não faça parte do processo, pode comparecer;

(V) os processos que envolvem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos em geral tem a participação de um ramo estranho ao Judiciário, que é o Ministério Público, que pode atuar tanto como parte quanto como fiscal da lei (*custus legis*);

(VI) as decisões são necessariamente fundamentadas, de modo que o magistrado é o único membro de Poder que deve obrigatoriamente justificar todas as decisões que toma, sob pena de nulidade – legitimação racional.

Nesse contexto, não há lugar assim para um ambiente totalitarista no processo judicial brasileiro. A especulação de que ao tutelar direitos sociais, o magistrado, por não ser eleito pelo povo, estaria intervindo anti-democraticamente, é fruto, no mínimo, de certo desconhecimento da prática do processo judicial no Brasil.

Tem o mesmo raciocínio Anabelle Macedo SILVA que vê legitimidade democrática na intervenção do Judiciário em sede exigência de concretização de direitos fundamentais pelo que CAPPELLETTI chama de “virtudes passivas procedimentais”, ou seja, o magistrado está subordinado ao rito processual de modo que o objeto de sua decisão encontra-se vinculado a todo um corpo de procedimentos estipulados pelo direito positivo, e por tabela, às deliberações do Legislativo, tudo com ressonância no edifício constitucional.¹

¹ SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Tais “virtudes passivas procedimentais” da função jurisdicional constituem assim base para a legitimidade democrática do referido ramo estatal.

É de se consignar que somente os magistrados de primeiro grau são nomeados necessariamente pela via do concurso público, uma vez que em todos os tribunais há ascensão através de nomeação pelo Executivo, ou seja, pelos representantes do povo.

Assim, mesmo para aqueles que só toleram a legitimidade democrática aqueles detentores de poder trazidos pelas urnas, há de se reconhecer um mínimo de legitimidade, ainda que por via indireta ou reflexa, aos magistrados dos tribunais, pois os mesmos são instituídos em seus cargos por representante eleitos pelo povo (Governadores de Estado ou Presidente da República).

Além disso, o próprio sistema de escolha de magistrado de primeira grau é o mais democrático possível, qual seja, a via do concurso público, no qual todos os segmentos da sociedade estão representados, possibilitando-se acesso ao referido ramo público independente das condições econômicas, raciais, familiares (entre outras) do candidato.

Importante também salientar que alguns dos mais elevados magistrados no Brasil são submetidos a julgamento pelo Legislativo – repita-se, ramo eleitoralmente legitimado – em caso de crime de responsabilidade, como por exemplo, os Ministros do Supremo Tribunal Federal os quais podem ser condenados pelo Senado Federal (art. 52, II da Constituição Federal).

Dessa forma, os membros do Judiciário estão longe de terem um cenário que lhes permitam ser déspotas, pois há uma série de vínculos com os outros poderes, no sistema típico de freios e contrapesos.

E mais, não se pode olvidar que na medida que o Judiciário é Poder da República (art. 2º da Constituição Federal) e que todo o poder emana do povo, o magistrado, ainda que não eleito, está legitimado para falar em nome do povo. Ao contrário dos Estados religiosos em que o juiz é uma espécie de representante de Deus e fala em nome Deste, ou nos regimes monárquicos em que o julgador fala em nome do Rei, na República o juiz é o porta-voz dos interesses do povo – mesmo que desagrade maiorias ocasionais.

Por fim, deve-se citar a opinião de Aury Lopes Jr., citado por Freire Jr., ao tratar sobre a legitimidade da magistratura, ensinando que:

“a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”.¹

Pode-se dizer inclusive que a legitimidade democrática do Judiciário é “contramajoritária”, na medida em que a jurisdição constitucional tem como uma de suas funções de anular atos do Executivo e Legislativo – que em tese representam a vontade da maioria, posto que eleitos sob esse fundamento – quando tais atos são dissonantes com a Constituição e os princípios e direitos fundamentais nela insculpidos.

¹ **FREIRE JÚNIOR**, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

Desta maneira, estando o conceito de Democracia umbilicalmente ligado à garantia de direitos fundamentais, não cabendo falar em Estado Democrático que não os assegure, pode-se perceber que ao obrigar o Executivo a atuar na concretização de direitos sociais, o Judiciário não está lesionando o princípio democrático, pelo contrário, fortalece-o, em que pese a não eleição pelo povo de seus membros.

6. 4 - A RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA

6. 4. 1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

É CANOTILHO quem desenvolve na língua portuguesa as reflexões iniciais acerca da idéia de “reserva do possível”.

Pelo referido autor, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais estão contingenciados pela dependência de recursos financeiros para sua concretização, baseada na jurisprudência constitucional alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), pela qual há expresse reconhecimento de que a construção de direitos subjetivos que depende de prestação material positiva (*Teilhaberechte*) por parte do Poder Público, de forma que tal efetividade fica exposta às reveses financeiras do Estado.

Devemos admitir que existe uma limitação de cunho material, uma vez que os direitos sociais, e até mesmo os de primeira geração, têm graus diferentes de concretização, e alguns de concretização tão difíceis que fazem com que seja inviável sua concretização judicial em sua integridade. Assim, essa exigência não pode ser feita de maneira imediata em relação a todos os direitos sociais (não há como o magistrado exigir do Estado uma casa para cada família brasileira - direito de moradia - ou um emprego para cada um).

É como pondera Gilmar Ferreira MENDES, utilizando-se do caso emblemático do salário mínimo:

“(...) de nada adianta o tribunal decidir que agora o

salário mínimo será de 500 reais, porque isto não produzirá mais recursos no caixa do Estado. O exemplo do salário mínimo é muito bom, pois, no momento em que houver uma decisão no sentido de se elevar o salário mínimo, é preciso também prover os meios e os modos que possibilitem sua aplicação pelos órgãos da previdência social. Em geral, aqueles que acabam tendo uma visão isolada do fenômeno imputam ao tribunal uma certa leniência. Um poder não pode impor sua posição, aqui existem questões extremamente delicadas".¹

De fato o Judiciário tem certa limitação. Há de se reconhecer no presente trabalho que a inexistência de recursos públicos, se absolutos, representa fronteira à atividade do magistrado de modo que não há teoria que possa concretizar no mundo dos fatos o que se sugere no plano das idéias diante da total ausência de recursos para tanto.

Ana Paula BARCELLOS esclarece de maneira bem simples a reserva do possível:

"a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*, p. 126 in FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos

significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos”¹

A doutrina distingue reserva do possível fática da reserva do possível jurídica.

Para Marcos Maselli GOUVÊA, a reserva do possível fática está baseada na idéia de que os recursos financeiros estatais para fazer face à implementação de direito são finitos, limitados e escassos, de modo a se constatar um contingenciamento na prestação de tais direitos por parte do Estado.²

Pela reserva do possível jurídica, leva-se em consideração a necessidade de previsão orçamentária que se destine à concretização de direitos prestacionais ou necessidade de licitação que legitime a aquisição de determinado insumo.

Ronald DWORKIN é bastante incrédulo quanto à possibilidade do Estado vir a custear todo o tipo de necessidade que os cidadãos venham a demandar judicialmente, vendo, como observa Marcos Maselli GOUVÊA, no “rescue principle” segundo o qual o Estado deve se responsabilizar por todas as demandas na área da saúde como um verdadeiro irrealismo.³

¹ In FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

²GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

É importante salientar que, quando a reserva do possível for utilizada como matéria de defesa em um processo judicial, não basta a mesma ser simplesmente alegada, devendo imperativamente ser provada, de acordo com o art. 333, II do CPC pelo qual é ônus probatório do réu (no caso, a administração pública) provar fato impeditivo da pretensão do autor.

De maneira quase radical, George Marmelstein alerta:

“Há que ser feita, contudo, uma advertência: as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais”.¹

Apesar de um tanto quanto elevada ao extremo, tal opinião tem de construtiva a advertência de não permitir que a retórica da reserva do possível seja utilizada como instrumento de evasão por parte do Poder Público, que veria tal reserva como carta em branco para se eximir de seus deveres constitucionais.

A doutrina quando fala em reserva do possível, em que pese os

¹ In FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

posicionamentos divergentes, é unânime em afirmar que não basta a mera assertiva de falta de recursos, devendo tal alegação ser averiguada, provada.

Tais direitos estão contidos em normas do tipo “princípios”, de modo que, como ensina ROBERT ALEXY se de um lado as regras impõe mandados definitivos, de aplicação mais determinada, os princípios encerram “mandados de otimização”, constituindo-se em ordens a serem cumpridas de maneira contingenciada à realidade fática.¹

Nesse sentido, declara Andreas KRELL que:

“(...) os direitos sociais programáticos representam 'mandados de otimização' (Robert Alexy) que devem ser 'densificados'; o seu cumprimento pode ser negado por parte do Estado somente temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável”.

Mas quanto a alguns direitos, por serem tão indispensáveis, sob pena de se justificar a própria existência do Estado, devem ser assegurados em seu percentual mínimo, como é o caso dos serviços básicos de saúde e educação, de modo que o argumento da insuficiência de recursos não pode ser tomado em consideração tão profunda a ponto de fazer sucumbir qualquer proteção aos referidos direitos.

¹ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho y otros ensayos. Barcelona: Gedisa, 1997, p.162

Abre-se um parênteses, pois este não é o objeto de nosso trabalho, para se registrar uma ponderação necessária: o de que o problema esteja na correta aplicação dos recursos públicos . Nesse mesmo sentido, Alexandre Moraes da Rosa: “o problema não é a falta de recursos, mas de direcionamento”¹.

Note-se que não estamos falando nem na questão do desvio de verbas (o que, se fosse resolvido, já solucionaria a questão da inefetividade dos direitos sociais). Estamos englobando somente a aplicação de recursos, feita dentro da legalidade, sendo respeitados todos os procedimentos legítimos para a aprovação da lei orçamentária.

Para que não haja mais delongas, cita-se questionamento curto, porém estimulador de reflexões de Américo Bedê Freire Júnior: “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo?”²

Não se trata de um discurso político, ou de uma mera inquietação leiga, dissociada do Direito. Cuida-se aqui do respeito aos princípios jurídicos da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade, tratados em todos os manuais de Direito Administrativo, bem como dos princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa, e principalmente da dignidade da pessoa humana, todos eles positivados em nosso ordenamento.

¹ ROSA, Alexandre Moraes da. Sentença. Revista Consultor Jurídico, 30. 05. 03

² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

Merece registro, segundo informações de Luciane Moessa SOUZA, que na constituinte, foi aprovado em um das subcomissões um parágrafo único ao que seria hoje o art. 103 da Constituição, o qual, se definitivamente aprovado, imporá certos limites à argumentação, por parte do Poder Público, da reserva do possível:

"Parágrafo único. Na hipótese de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de ato da administração, se o Estado demonstrar comprovadamente a impossibilidade de prestação por falta ou insuficiência de recursos financeiros, bem como pela inexistência de planejamento em execução para a erradicação da impossibilidade, o Tribunal Constitucional a declarará, só para o efeito de firmar a prioridade e fixar prazos limites da etapa de execução".¹

Tratar-se-ia de instrumento mais progressivo do que a ação de inconstitucionalidade por omissão, e até mesmo do que o mandado de injunção. Na ADIn por omissão, o Judiciário apenas atestaria a omissão em legislar e simplesmente informaria tal inércia ao Legislativo correspondente. No mandado de injunção, conforme originalmente idealizado, o magistrado supriria a omissão legislativa editando a norma faltante para o caso concreto especificado e com efeito somente entre as partes – posição esta rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal.

Já na ação em análise, não se trataria de omissão legislativa, mas sim do administrador público em implementar determinado direito constitucional. Tal

¹ SOUZA, Luciane Moessa. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: RT, 2000, p. 57. in FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

instrumento não teria precedentes na medida em que legitimaria o Judiciário em estabelecer certo mandado com repercussões no orçamento, mesmo que fosse pelo menos para se estabelecer um prazo para a concretização.

Na verdade, ainda que tivesse sido aprovado, tal ação teria caráter tímido, senão ineficaz, uma vez que não poderia cominar nenhuma sanção pela não implementação do direito fundamental requerido, pois o máximo que se iria fazer é se estabelecer uma ordem de preferência em relação às demais ações estatais e se estipular um prazo para cumpri-la, sem, repita-se, nenhuma penalidade para o seu descumprimento.

Em que pese a sensibilidade dos constituintes pela questão da omissão inconstitucional e inefetividade de direitos constitucionais, de modo a até mesmo preterir o argumento da reserva do possível, há de se constatar a rejeição pela Assembléia Constituinte da idéia uma conduta mais ativa do Judiciário, mormente vinculada à intervenção no orçamento público.

Na verdade, argumentos como o da reserva do economicamente possível e da previsão orçamentária devem sim ser ponderados, mas na medida em que se amadurece a idéia de que direitos sociais como os de educação e saúde são direitos fundamentais, e que por isso necessitam de tutela preferencial do Estado, se faz necessário concluir que aqueles argumentos devem ceder espaço para a concretização dos referidos direitos.

Tais direitos fundamentais tem caráter limitador da atividade estatal, de forma que o Estado existe em função da preservação e concretização de tais direitos, tendo os mesmos os caracteres de preexistência à ordem positiva, inalienabilidade, possibilidade de auto-aplicação, eficácia *erga omnes* e imprescritibilidade.

Desta forma, o Estado não cria tais direitos fundamentais, apenas os reconhece, e tem o dever de cumpri-los, devendo assim ser judicialmente tutelados mesmo que não estivessem positivados – de modo que nem mesmo o legislador constituinte originário ou derivado poderia suprimi-los. Neste sentido, ADIn nº 939-7.

Desta forma, o princípio da previsão orçamentária e da reserva do economicamente possível devem ser compatibilizados com a garantia de direitos fundamentais como educação e saúde, devendo estes serem priorizados em caso de escassez de recursos públicos.

Nesse sentido declara Marcos Maselli GOUVÊA que:

“(...) impende invocar um atributo adicional, decorrente da necessidade de compatibilização da auto-aplicabilidade, da preexistência e da inalienabilidade dos direitos fundamentais como inegável contraponto que os eventuais contingenciamentos econômicos representarão. A ponderação entre estes vetores resolve-se num atributo do qual a doutrina jusfundamentalista cuida apenas tangencialmente: prioridade”.

A escassez de recursos não retira o caráter fundamental dos direitos sociais, preponderantemente em relação aos de educação e saúde. Não havendo recursos, é de se concluir que o direito invariavelmente não se concretizará. Mas havendo, ainda que de maneira contingenciada, deverá ser feito um redirecionamento orçamentário no sentido de que o mínimo desses direitos sejam implementados.

Prossegue GOUVÊA afirmando que:

“Afigura-se ilegítima a conduta administrativa que, deixando de ter em conta a prioridade dos direitos fundamentais (...), prefira prover projetos sujeitos a exame de conveniência e oportunidade. A alocação de recursos neste projetos, inclusive, serve de evidência para que o magistrado possa refutar exceção, fundada no argumento da reserva do possível, que viesse a ser suscitada pelo Estado em ação envolvendo direito a medicamentos essenciais. Não seria absurdo, outrossim, que o magistrado, com prudência, declarasse a nulidade dos atos administrativos que não houvessem observado a necessária prevalência dos direitos fundamentais, de modo a que os recursos recuperados do Erário, em virtude da nulificação do ato administrativo ilegítimo, pudessem ser canalizados para a produção da prestação amparada em imperativo jusfundamental, inicialmente negligenciada”¹.

Falando sobre o direito à educação, insistindo na questão da preponderância da concretização de direitos humanos, preterindo assim outros interesses menores, no caso de escassez orçamentária, Emerson GARCIA esclarece:

¹GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 223.

"(...) integrando a educação fundamental ao mínimo existencial e sendo dever do Poder Público o atendimento prioritário às crianças e aos adolescentes, somente em situações excepcionalíssimas será possível, em um juízo de ponderação, prestigiar interesses outros, com o conseqüente comprometimento dos recursos existentes (...)"¹

Exemplificando pragmaticamente, Américo Bedê Freire Júnior ilustra caso de Município em que não exista escola pública e mesmo assim o prefeito insista em construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola, em flagrante violação às normas constitucionais que prestigiam o direito à educação. Nesse caso, defende o referido autor que o juiz está legitimado para impedir a construção do estádio e determinar que o Município primeiro construa a escola.

E que ponderações, dentro do estritamente jurídico, se deve fazer dessas assertivas?

Primeiro de que todo o orçamento que preterir a integral garantia do mínimo existencial em sede de direitos sociais deve ser retificado, para atendê-lo.

Pode-se e deve-se questionar a legitimidade de um orçamento que não garante o mínimo de saúde (número de leitos suficiente, de remédio, etc) ou de educação (como número de vagas, etc).

No mínimo, constado que o orçamento em vigor não atende ao padrão básico de exigências da população, deve haver alteração do orçamento

¹ GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 190.

consecutivo.

Evidentemente que tais atitudes devem estar presididas de proporcionalidade, razoabilidade, bom-senso e serenidade necessárias.

E o princípio da legalidade orçamentária, como convive com essas idéias?

O princípio da legalidade orçamentária permanece e deve permanecer respeitado. Ocorre que ele não é o único princípio sobre o qual o orçamento deve ser regido.

Deve ser adotada aqui a ponderação entre conflitos aparentes de princípios. Neste caso, o princípio da dignidade da pessoa humana (que tem maior densidade) diante do princípio da legalidade, devendo-se fazer preponderar aquele, não se tratando de excluir a legalidade, que continua a ser aplicada, mas com ponderações.

Nesse sentido, EROS ROBERTO GRAU, citado por Emerson GARCIA, defende que as decisões do Judiciário em sede de direitos sociais devem prevalecer em relação às normas constitucionais orçamentárias, de modo a preferir, no conflito entre princípio da sujeição do Poder Público aos mandamentos judiciais e o princípio da legalidade orçamentária, aquele em relação a este.¹

Para Emerson GARCIA:

¹ GRAU, Eros Roberto. Parecer: “Despesa Pública – Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. Revista Trimestral de Direito Público In: GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 190.

“Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária (...), deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública. Não fosse assim, seria tarefa assaz difícil compelir o Poder Público a observar os mais mezinhos direitos assegurados na Constituição da República (...) Poderá o Judiciário, a partir dos critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável (...), determinar a realização de gastos (...), ainda que ausente a previsão orçamentária específica (...)”¹

Isso legitima uma relativização do princípio da legalidade orçamentária (para atender a outros princípios mais caros), de modo que possa o Judiciário determinar algumas condutas ao Executivo para que este concretize direitos sociais, ainda que não haja expressa previsão orçamentária a respeito.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou favoravelmente, em acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello - RE 273.834/RS, em que ficou claro o posicionamento de que:

“entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à

¹ GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A*

saúde (...) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, (...) razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção (...)."

O dogma da segurança jurídica não seria tão mitigado, dado que o juiz deve atuar nos estritos moldes do que determinada a Constituição, e o estará fazendo um dever juridicamente determinado, só que omitido pelo Executivo.

Além disso, há situações em que descaberia a alegação da reserva do possível pelo fato da realização do direito prestacional depender tão-somente de mero remanejamento de recurso público, como por exemplo, a exigência de vaga em escola pública por estudante que se vê prejudicado pela matrícula em estabelecimento demasiadamente longe de seu domicílio. Nesses casos uma mera realocação de recursos poderia sanar o problema.

Ainda em situações mais gravosas, quando se trata verdadeiramente de "criar" um determinado serviço ou "adquirir" determinado bem (como medicamento), a demanda judicial pode muito bem ser resolvida, respeitadas as peculiaridades de cada caso, com a fixação de obrigação orçamentária para o exercício financeiro subsequente. É a sugestão de Anabelle Macedo SILVA¹.

Nesse sentido Américo Bedê Freire Júnior exemplifica com a determinação judicial de construção de uma escola, na qual, dependendo das circunstâncias fáticas, o início da construção do referido estabelecimento pode ser concretizado no próximo ano, tendo em vista o curso do ano letivo, de

¹ SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 185.

maneira a se evitar o conflito entre a decisão e a falta de previsão orçamentária.¹

O referido autor também levanta algumas questões relacionadas à reserva do possível em seu sentido jurídico, como por exemplo a determinação judicial que implique em despesa pública com política pública (a) prevista no plano plurianual mas não prevista na lei orçamentária anual; (b) prevista no plano plurianual com dotação orçamentária na lei orçamentária anual porém não realizada a despesa até o fim do exercício em curso; (c) prevista no plano plurianual com dotação orçamentária na lei orçamentária anual mas realizada apenas em parte no exercício próprio; (d) prevista no plano plurianual com dotação orçamentária na lei orçamentária anual mas ainda não efetivada.

Relata que no conflito entre as regras de direito financeiro e a materialização de direitos fundamentais, deve-se decidir por este, seja para incluir a despesa no plano plurianual ou na lei orçamentária anual, de modo que os direitos sociais não fiquem inviabilizados por questões formais, pois o princípio da previsão de despesa no orçamento não é um fim em si mesmo.

CRISTINA QUEIROZ argumenta que a “reserva do possível” não pode servir para legitimar a ineficácia de um direito.²

ANDREAS KRELL reivindica que “um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido”³. E continua: “o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público (...). O problema parece estar na (...) composição dos gastos

¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

² QUIROZ, Cristina. *Interpretação e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 65, in STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica ao Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 161-162.

³ KRELL, Andreas. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos. In Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 10. Recife: UFPE, 2000, p. 56 e 57 in STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica ao Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 162.

orçamentários da União, Estados e Municípios”¹.

INGO SARLET reconhece a garantia de um “mínimo existencial” como algo tão importante em nosso ordenamento que “não conseguem convencer os argumentos comuns da falta de verbas”.²

Referindo-se ao mínimo existencial, Anabelle Macedo SILVA discorre que o caráter fundamental do grupo de direitos que constitui esse mínimo é razão suficiente para deixá-lo imune à questões orçamentárias, de especialização de funções de Estado e da escassez de recursos materiais, de modo que quando se tratar de direitos essenciais à sobrevivência ou à dignidade da pessoa humana, não podem prevalecer argumentos que levem à sua inefetividade.³

Ricardo Lobo TORRES entende que a reserva do possível é sério gravame que pode justificar a não implementação de direitos sociais. Segundo o autor, os direitos sociais podem sucumbir diante da falta de previsão orçamentária para seu custeio.⁴

Entretanto, de acordo com o jurista fluminense, há que se diferenciar “direitos sociais” do “mínimo existencial”, este constituindo-se um núcleo menor e mais essencial que aquele, de modo que em que pese nem todos os “direitos sociais” poderem ser garantidos devido à reserva do possível, o mesmo não ocorre com os direitos que compõem o “mínimo existencial”, posto que quanto à

¹ in STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica ao Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 165.

² SARLET, Ingo. *A Efetividade do Direitos Fundamentais*, 1998, p. 298 in KRELL, Andreas Joachin. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 64.

³ SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 190.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *A cidadania multidimensional da era dos direitos. Teoria dos Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 In: SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 185.

estes, a reserva do possível deve ser preterida em nome da concretização do mínimo existencial.

Anabelle Macedo SILVA também defende que há que se fazer a distinção entre direitos inerentes ao mínimo existencial, que estão intimamente ligados com a idéia de dignidade da pessoa humana dos demais direitos prestacionais, de modo que os contingenciamentos em relação à escassez de recursos possam atingir aqueles (direitos sociais) mas nunca estes (direitos prestacionais em geral).¹

Nesse raciocínio, a lesão de direitos ligados ao mínimo existencial, pretensamente explicada pela falta de recursos públicos, não pode se justificar pois equivaleria a lesionar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que é inadmissível em qualquer ordenamento jurídico.

¹ SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199-200..

6. 4. 2 - A JURISPRUDÊNCIA E A RESERVA DO POSSÍVEL

A tradicional argumentação da reserva do possível encontra guarida nos tribunais:

“Processual civil e constitucional. Medida cautelar. Pressupostos. Recursos Extraordinário: efeito suspensivo. Município do Rio de Janeiro. Ministério Público. Ação civil pública. Gratuidade de atendimento em creches pelo Município. Determinação judicial de construção de creches pelo Município. Despesas públicas: necessidade de autorização orçamentária: CF, art. 167. I – Fumus boni juris e periculum in mora ocorrentes. II – Concessão de efeito suspensivo ao RE diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. III – Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma”. (Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – Questão de Ordem em Petição 2.836-8/RJ – Relator Ministro Carlos Velloso – unanimidade – 11.02.2003).

A jurisprudência, ainda bastante silenciosa, se pronuncia acerca da relativização da reserva do possível.

Nesse sentido, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação 596.017, 7ª Câmara, 12.03.97, Relator Desembargador Sérgio Gischkow Pereira, in RT, nº 743, p. 132, tratando da instalação e manutenção de programas de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores, em que

pese a escassez de recurso, se pronunciou no sentido de que:

"(...) não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores (...) a obrigação de fazer consiste em incluir no próximo orçamento verba suficiente para criar, instalar e manter em funcionamento programas de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores".

Nessa mesma diretriz, e mais uma vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação 70000438135, 4ª Câmara, Relator Desembargador, Wellington Pacheco Barros, em um caso em que se condenou o ente público (Município de Porto Alegre) a comprar leitos hospitalares pediátricos, inclusive em UTIs, em entidades privadas, sempre que crianças ou adolescentes necessitassem de internação imediata e não houvesse leitos no Sistema Único de Saúde (SUS):

"É consabido que a saúde pública é obrigação do Estado em abstrato (...) tampouco sensibiliza o argumento atinente com a necessidade de previsão de dotação orçamentária para tais despesas, porquanto tal não incumbe à administração da justiça, mas apenas ao administrador que deve atender as necessidades dos contribuintes, a saúde pública, entre tantas outras obrigações, especialmente aos mais necessitados e aos doentes".

Entretanto a maioria dos julgados, principalmente em nível de segundo grau, vê no orçamento um óbice para a intervenção do Judiciário.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

“EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”.

Relativizando o argumento da “reserva do possível” para prestigiar a concretização de direitos fundamentais de segunda geração, tais como os direitos sociais, o STF, na referida ADPF – nº 45/DF, se posicionou no sentido de que:

“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.

Cumprir 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”.

Para Robert ALEXY, a reserva do possível não tem como consequência a ineficácia do direito, mas sim que deve ser razão suficiente para estimular o exercício da ponderação entre interesses conflituosos. Segundo ele, no caso de direitos mínimos, há verdadeiro “direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem peso maior que os princípios formais e materiais opostos tomados em seu

*conjunto*¹.

Prossegue o jurista alemão afirmando que ainda que os deveres “prima facie” do Estado tenham dimensão variável mas de grande porte, isso não significa que eles não sejam vinculantes. Eles o são na sua dimensão mínima (relacionada ao mínimo existencial), ainda que não o sejam em toda sua extensão (como por exemplo, toda a dimensão dos direitos sociais).

Apesar da “reserva do economicamente possível” e do “princípio da legalidade orçamentária” representarem contingenciamento ao magistrado de que este não pode concretizar no mundo dos fatos tudo o que é previsto no mundo normativo, os mesmos não podem ser vistos como inviabilizadores do atuar jurisdicional na seara dos direitos sociais, devendo-se estabelecer um novo parâmetro de interpretação dos referidos direitos, não baseado no tudo ou nada (ALEXY), criando-se mecanismos de concretização mínima e gradual de tais direitos de acordo com os recursos existentes e sem negar os procedimentos legislativo-orçamentários, mas sim readaptando-os, de modo a se assegurar um mínimo existencial, sob pena de se por em xeque a eficiência do Estado em cumprir sua função fundamental.

¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 499 in TAMER, Sergio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 221.

7 - INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Pelo edifício constitucional tradicionalmente construído não só no Brasil como na quase totalidade dos países ocidentais, os direitos (tanto os de primeira, segunda e terceira geração) são concretizados primariamente pelo Executivo e Legislativo, através da atuação administrativa e da legislatura. Apenas subsidiariamente é chamado o Judiciário para atuar quando os demais poderes acima descritos não cumprirem suas obrigações.

No caso brasileiro, esculpiu-se para tanto diversos instrumentos a seguir sucintamente analisados:

A ação civil pública seguidamente com o termo de ajustamento de conduta (TAC), aquele na esfera judicial, este na extra-judicial (sem prejuízo da execução judicial do TAC) servem como importantes instrumentos para a concretização de direitos sociais no Brasil.

Pela ação civil pública se busca tutelar interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, se um cidadão busca individualmente a concretização de um direitos sociais como o fornecimento de um medicamento imprescindível ou matrícula em uma escola pública, deve se socorrer de uma ação ordinária ou mesmo mandado de segurança, inclusive o coletivo.

Porém se busca tutelar uma coletividade, como por exemplo, um grupo de doentes reunidos em uma associação, ou uma comunidade carente de escola pública, os mesmos podem se valer da ação civil pública para concretização de seu desiderato.

No que tange à legitimidade, fácil é concluir que um dos principais e mais atuantes legitimados é o Ministério Público, tanto o Estadual, quanto o Federal, este último quando pleiteia a materialização de direitos sociais junto à União (como por exemplo exigindo providências do Ministério da Saúde ou da Educação).

As associações são importantes instrumentos para a judicialização de demandas exigindo respeito aos direitos sociais. Mostram o grau de amadurecimento de uma comunidade, seu grau de consciência quanto aos problemas sociais bem como quanto a seus direitos.

Em que pese a Lei da Ação Civil Pública (lei nº 7.347/85) ter expressamente incluído as associações como pessoas jurídicas legitimadas para ajuizar a referida ação coletiva dando a mesma extensão das decisões judiciais favoráveis a esses entes em relação a outros, ou seja, efeito “erga omnes”, a Medida Provisória nº 2.180/01 alterou a redação do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, limitando os efeitos da decisão aos associados, e assim, sem efeito “erga omnes”. A doutrina vem protestando pela inconstitucionalidade desse dispositivo, entendendo-o como um retrocesso, posto que as decisões favoráveis em ação civil pública quando ajuizadas por associações devem se aplicar a toda uma coletividade, desde que a mesma se encontre nas mesmas condições fáticas e jurídicas que os associados.

Há quem defenda a legitimidade das defensorias públicas em sede de ação civil pública, desde que o referido órgão trate de representar uma coletividade hipossuficiente.

Luiza Cristina Fonseca FRIESCHEISEN defende a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos sociais, com base no art. 127 (que trata de interesses sociais e individuais indisponíveis), art. 129, III (outros

interesses difusos e coletivos), Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) – art. 5º, II e III e art. 6º, VII e Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados) – art. 25, IV, “a” e VI e VII.¹

Não se exclui também a utilização de outros instrumentos processuais como por exemplo o mandado de segurança, individual ou coletivo, para a concretização dos direitos sociais.

De maneira prática, em sede de mandado de segurança em caso de violação ao direito à saúde, por exemplo, quem seria a autoridade coatora? Responde Marcos Maselli Gouvêa que nesses casos se deve utilizar o art. 9º da lei nº 8.080/90 que arrola como autoridades em cada esfera de governo, o Ministro da Saúde, no âmbito da União e os Secretário de Saúde no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios. O mesmo, por analogia, pode ser aplicado à questão da educação pública.

Recomenda também o referido autor a aplicação do princípio da subsidiariedade e do princípio da municipalidade. Pelos citados princípios, as ações básicas de saúde devem se concentrar nos municípios, sem excluir a competência dos demais entes, como forma de maior proximidade da concretização de ações na área de direitos sociais. É claro que tal divisão de tarefas não está isenta de críticas e complicações no que tange a exigência judicial de tais de serviços.

Uma das críticas que se faz à intervenção judicial determinando, por exemplo, o fornecimento de determinado medicamento, é o de que o magistrado ignora todo um conjunto de esforços e ações que compõe o sistema de saúde e sistema de educação pública brasileira. Nesse contexto, relata Marcos Maselli

¹ **FRISCHEINSEN**, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.119.

Gouvêa que autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que constantemente uma ordem judicial exigindo a entrega de um remédio pode deixar desassistida outra pessoa, que muitas vezes já faz tratamento há mais tempo do que o postulaste judicial. Observa, entretanto, que tal tipo de inconveniente pode muito bem ser suprido pela determinação, no mesmo mandado que obriga o fornecimento do remédio, de reposição de estoque.

Além disso, há direito líquido e certo à direitos sociais como saúde e educação? Se se levar em consideração o grande espectro de possibilidades de implementação dos referidos direitos, chegando-se a extremos como oferecimento de medicina alternativa no caso de direito à saúde, por exemplo, fácil é a perceber que nem todas as formas de concretização de direitos sociais se enquadram dentro do conceito de direito líquido e certo.

Entretanto há de se concluir que no concerne a necessidades básicas para que se garanta o mínimo do direito, por exemplo, um medicamento, ainda que raro, mas essencial para a sobrevivência de uma pessoa, há de se concluir que tal fornecimento faz parte do conceito de direito líquido e certo. Desta forma, a essencialidade da prestação estatal pode ser tida como um dos critérios para determinação de direito líquido e certo, pois negar a concessão de do essencial é o mesmo que negar a própria fruição do direito em si.

Não se exclui também a possibilidade de se utilizar na judicialização de prestações em direitos sociais mecanismos processuais como a tutela cautelar, tutela antecipada, tutela inibitória, bem como instrumentos como as *astreintes*, condenando a administração pública, por exemplo, à multa diária pelo não cumprimento de alguma obrigação e fazer ou não fazer judicialmente cominada (art. 461, § 5º do CPC), respeitadas algumas restrições da legislação quanto à prerrogativa dos entes públicos.

O Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 45/DF) já reconheceu a possibilidade instrumental de utilização da Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – art. 102, § 1º da Constituição Federal - para a concretização dos direitos constitucionais de segunda geração – como os direitos sociais.

Através de todo este arsenal de instrumentos processuais está inserida a idéia de existência de um poder jurídico a disposição do titular dos direitos sociais de protestar pelo seu inadimplemento.

Importante salientar, por fim, que em que pese a importância do Judiciário para a concretização dos direitos sociais, os mesmos podem ter como auxílio também ferramentas extra-processuais, como o Inquérito Civil Público, realizado pelo Ministério Público, para angariar base probatória para eventual Ação Civil Pública, mas que pode servir também para levantar subsídios da conduta inconstitucional da Administração Pública em sede de direitos sociais a fim de fomentar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), no qual o ente público pode se comprometer a respeitar determinadas normas sociais, tendo o referido termo força de título executivo, podendo assim ser exigível de plano junto ao Judiciário.

8 – CONCLUSÃO

(I) - As normas constitucionais garantidoras de direitos sociais não podem ser vistas como simples normas programáticas, na medida em que, ao emanarem efeitos jurídicos como qualquer norma, tem certa aplicabilidade.

(II) - O mínimo existencial afigura-se como importante critério para a intervenção do Judiciário em sede de direitos sociais, pois na medida em que este mínimo, por estar relacionado com a dignidade da pessoa humana, tem implementação imperativa, não existindo espaço para a discricionariedade, ou seja, objeções quanto à oportunidade ou conveniência, para sua fruição básica. Atuando nesta esfera, o magistrado estará inserido nos limites do sistema jurídico.

Entretanto, no que tange à intervenção para concretização de direitos sociais fora deste mínimo existencial, havendo espaço para a discricionariedade administrativa, há certa liberdade do Poder Público opinar a melhor maneira de como, quando e onde implementar tais direitos, sendo defeso ao Judiciário se imiscuir em tal esfera, pois estará intervindo no sistema político.

O Judiciário não tem legitimidade para atuar no campo do sistema político, ou mais precisamente, no âmbito das políticas públicas, na medida em que não pode adentrar no campo da discricionariedade administrativa legitimamente observada, assim entendida como possibilidade de opção, pelo administrador de uma de duas ou mais alternativas que atendam aos interesses constitucionais.

O magistrado teria assim legitimidade para atuar na exigência do mínimo existencial, pois nesse campo tem o administrador liberdade para deixar de atuar ou não, não havendo assim discricionariedade, mas pura vinculação.

(III) - O alegado caráter prestacional dos direitos sociais não pode ser critério elisivo de qualquer exigibilidade judicial de tal categoria de direitos, na medida em que tanto estes como os de primeira geração podem ser objeto de prestações de respeitar, proteger, assegurar e promover, carecendo assim ambos de um espectro que vai desde a omissão deliberada até prestações positivas por parte do Estado, atenuam-se as disparidades classicamente anunciadas entre as referidas modalidades de direitos.

Assim, sem se negar a maior carga de necessidade de prestações estatais por parte dos direitos sociais nem a existência de maiores dificuldades na sua concretização em relação aos direitos de primeira geração, conclui-se que a diferenciação entre direitos de primeira, segunda e terceira geração é muito menor do que se propaga tradicionalmente, de modo a se concluir por uma unidade entre as referidas modalidades de direito, as quais se diferenciam por uma questão de grau, o que não têm o condão por si só de elidir a proteção judicial dos direitos sociais.

Dessa forma, não é a mera natureza ou estrutura dos direitos sociais fator por si só determinante para se concluir pela impossibilidade de tutela jurisdicional em favor dos mesmos.

(IV) - A separação funcional de poderes não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de viabilizar a efetividade das normas constitucionais, independente de que geração o direito fundamental possa estar catalogado, ou seja, tal sistemática deve ser vista como instrumento de viabilização de direitos fundamentais constitucionais.

Deste modo, ao intervir na administração pública para concretização de direitos sociais, o Judiciário estará reforçando a própria razão de ser da separação funcional de poderes, qual seja, a garantia de direitos fundamentais,

atuando para que a Administração não descumpra os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput da Constituição Federal), decidindo assim não só no campo do estritamente jurídico (e não político) como também dentro da lógica dos freios e contrapesos.

(V) - Adotando-se como ponto de partida a noção de democracia substancial, estando a mesma relacionada com o conteúdo do que foi decidido no processo político-decisório, ou seja, pelo respeito aos direitos fundamentais, deduz-se facilmente que o regime democrático deve estar submetido ao respeito e garantia destes.

Neste contexto, frutifica-se a idéia de que o Estado Democrático de Direito está ligado não só à participação popular nas decisões governamentais como também pela limitação do poder político, para que se evite excessos em detrimento da maioria, ganhando destaque o efetivo controle da Administração Pública.

A legitimação democrática de um agente público não pode ser aferida unicamente pelo critério de sua eleição pelo povo, mas principalmente pelo conteúdo de suas decisões, mormente quando garantidoras de direitos constitucionais, os quais, por tabela, também foram escolhidos pela maioria quando da constituinte democrática - maioria qualificada, na medida em que não pode ser substituída por maiorias eventuais - de modo que o magistrado, ao concretizá-los, estará realizando a vontade desta.

(VII) - Não há como se suplantar a conclusão de que a reserva do possível, em sua modalidade material, é de certo contingenciamento à exigibilidade dos direitos sociais por parte do Judiciário, pois não pode este obrigar a administração a realizar algo que a mesma não tem condições materiais de fazer. Ressalte-se a obrigatoriedade do ente estatal provar tal

impossibilidade financeira, o que é improvável em caráter absoluto (não haver um real para se gastar com educação e saúde básicas, havendo dinheiro para propaganda, etc). Não pode assim a reserva do possível em sua modalidade material ser utilizada como instrumento de evasão dos poderes públicos em suas obrigações constitucionais, devendo-se, em caso de escassez de recursos, se utilizar o disponível priorizando a concretização do mínimo existencial.

No que tange à reserva do possível em sua modalidade jurídica, é de se dizer que os princípios da legalidade e da necessidade de prévia dotação orçamentária devem sim ser ponderados, mas na medida em que se amadurece a idéia de que direitos sociais como os de educação e saúde são direitos fundamentais, incluídos no mínimo existencial - tendo os mesmos os caracteres de preexistência à ordem positiva, inalienabilidade e imprescritibilidade - e que por isso necessitam de tutela preferencial do Estado, se faz necessário concluir que aqueles argumentos devem ceder espaço para a concretização dos referidos direitos.

O problema pode ser equacionado com medidas como a fixação de obrigação orçamentária para o exercício financeiro subsequente ou o redirecionamento/remanejamento orçamentário, tudo no sentido de que o mínimo desses direitos sejam implementados, respeitando-se as regras de direito financeiro, na medida máxima, mas preterindo as mesmas quando necessário, de modo que os direitos sociais não fiquem inviabilizados por questões formais, pois o princípio da previsão de despesa no orçamento não é um fim em si mesmo.

Desta forma, a lesão de direitos ligados ao mínimo existencial, pretensamente explicada pela falta de recursos públicos, não pode se justificar pois equivaleria a lesionar o princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de se negar a própria razão de ser do Estado.

9 – BIBLIOGRAFIA

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

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil.* São Paulo: Idesp: Editora Sumaré: FAPESP: Educ, 1997.

BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at Bar of Politics,* Yale University Press, 1986

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à luz da Constituição de 1988.* Curitiba: Editora Juruá, 2005.

CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2ª ed., 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, p. 599 e seg

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *O Direito na Sociedade Complexa..* São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 13ªed., 2001.

DIAZ, Jose Ramon Cossio. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTAY, José Ignacio Merínez. *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Barcelona: Cedecs Editorial S. L. *Centro de estudios de derecho, economía y ciencias sociales*, 1997.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GLICK, Henry R. *Courts, politics and justice*. McGraw-Hill, 1983.

HAMILTON, Alexander. **JAY**, John. **MADISON**. *Os Federalistas*. Brasília: Editora UNB.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELLER, Arno Arnoldo. *O descumprimento dos direitos sociais – Razões*

Políticas, Econômicas e Jurídicas. São Paulo: Editora LTr, 2001.

KRELL, Andreas Joachin. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo, 1995.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho Moreira. *Poder Judiciário no Brasil. Crise de Eficiência*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PERRY, Michael J. *The Constitution in the Courts. Law or Politics ?* Oxford University Press, 1994.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

REVORIO, Francisco Ravier Díaz. *La Constitución como Orden Abierto*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

_____. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

RIBEIRO, Hélio. *Justiça e Democracia. Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

RINCÓN, Luis Esteban Delgado del. *Constitución, poder judicial y responsabilidad*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. *Revista Consultor Jurídico*, 30. 05. 03

SADEK, Maria Tereza. (Org.) *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp/Editora Sumaré, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza; **MARQUES**, Maria Manuel Leitão; **J. PEDROSO**; **FERREIRA**, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *A constituição concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing democracy – what Constitutions do*. New York: Oxford University Press, cap. 10, 2001.

_____. *One case at time – Judicial Minimalism On The Supreme Court*. Harvard University Press, 1999.

_____. *The Partial Constitution. Cap. 5 – Interpreting Constitution: Substance*, Harvard University Press.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. New York: Oxford University Press, 2000.

TAMER, Sergio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias. Um*

estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

VIANNA, Luiz Verneck et alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____(Org.). *Corpo e alma da magistratura brasileira.* Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers.* Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

B) ARTIGOS

ABRAMOVICH, Victor e **COURTIS**, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales.* In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ABRAMOVICH, Victor. *Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados.* In: SUR - Revista internacional de direitos humanos. Ano 2, , nº 2, 2005.

ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Governo Representativo Versus Governo dos Juizes: A Autopoiese dos Sistemas Político e Jurídico*. In *Cadernos de Ciência Política e Direito Constitucional, Revista dos Tribunais*, Ano 8, Janeiro – Março de 2000, nº 30.

_____. *A crise da representação e a judicialização da política*. In *Revista Diálogos e Debates. Escola Paulista de Magistratura*. São Paulo, ano 1, nº 1, setembro de 2000.

_____. *As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais*. In *Direito, Estado e Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Jurídicas, Nº 2, janeiro/julho de 1993.

_____. *Magistratura, sistema jurídico e sistema político*. In **FARIA**, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989.

DANTAS, Ivo. *Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais*. In **SAMPAIO**, José Adércio Leite (Org.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no Estado*

contemporâneo. In Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, nº 31, ano 16, dezembro de 1995.

ENGELMANN, Fabiano. A “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. V. 22, setembro de 2002.

FERNANDES, Rafael Salvan. *O ativismo judicial e a proteção aos direitos fundamentais transindividuais*. In Revista de iniciação científica. UNESC. Criciúma: UNESC, 2003.

GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade* In: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos* In: **GARCIA**, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: **SARLET**, Ingo Wolfgang. (Org.) *A constituição concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOPES, Carla Patrícia Fade Nogueira. *O problema da criação judicial do direito*. In UNIVERSITAS/JUS - Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais

do UNICEUB. Brasília: UNICEUB.

MARTINS, Patrícia do Couto Vilela Abbud Martins. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico* In: **GARCIA**, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. *Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa* In: **GARCIA**, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SMITHEY, Shannon Ishiyama. *Judicial Activism In Post-Communist Politics*. In *Law & Society Review*, nº 4, v. 36, 2002.

C) MONOGRAFIAS

FERRO, Afonso Jofrei Macedo. *Mínimo existencial e tributação indireta: enfoque do ICMS*. Dissertação de Mestrado em Direito – UFPA, Belém, 2004.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da eficiência do serviço de segurança pública na prevenção e repressão ao crime*. Tese de Doutorado em Direito – FADUSP, São Paulo, 2003.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*, Dissertação de Mestrado em Direito – UFPA, Belém, 2003.