

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I**

**ELISAIDE TREVISAM**

**FERNANDO GUSTAVO KNOERR**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Elisaide Trevisam, Fernando Gustavo Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-362-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.  
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

---

### **Apresentação**

O XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito – CONPEDI, ocorreu no Centro Universitário UNICURITIBA, na cidade de Curitiba/PR. Sob o tema Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito, o evento reuniu pesquisadores, nacionais e internacionais, substancialmente comprometidos com a busca da efetivação de uma sociedade livre, justa e igualitária, nos parâmetros de uma verdadeira democracia.

Diante de um país que sempre esteve marcado pela histórica desigualdade social, além da atual problemática enfrentada pelo Estado brasileiro, o Grupo de Trabalho “Direitos sociais e Políticas Públicas I”, reuniu pesquisadores de diversas áreas que apresentaram, com seus trabalhos do mais alto nível científico, debates que nos levaram à reflexão e que muito irão contribuir, de maneira ímpar, para a condução de respostas significativas nos que diz respeito à efetivação dos pressupostos fundamentais do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a vida digna de ser vivida.

Dentre os diversos temas tratados, as pesquisas se desdobraram desde as garantias do direito à educação, à saúde, à felicidade, ao transporte, à renda básica, ao desenvolvimento, ao combate à pobreza, ao mínimo existencial, ao desporto, ao envelhecimento digno, até os mais diversos temas que tratam da busca pela efetivação dos direitos sociais mais basilares na vida do cidadão do Estado Democrático de Direito.

De um modo totalmente transdisciplinar, tanto no Grupo de Trabalho, quanto no Congresso em si, ficou demonstrado que o meio acadêmico jurídico está, juntamente com outras áreas acadêmicas, avançando na busca do desenvolvimento da cidadania e da democracia, sempre objetivando alcançar uma sociedade mais justa, ética e solidária.

As apresentações dos trabalhos, os debates e as reflexões que nos foram propiciadas no Grupo de Trabalho, nos traz a certeza que, apesar dos grandes entraves encontrados no caminho dos atores comprometidos com os direitos mais basilares do ser humano, nosso esforço conduzirá a sociedade por uma via que levará a um futuro mais democrático, mais justo e mais humanitário.

O que não podemos esquecer é que: o debate continua, as reflexões continuam, as pesquisas devem continuar!

Boa leitura!

Profa. Dra. Elisaide Trevisam - PUC-SP

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

# **A ARTE DE ADJUDICAR DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DA VISÃO DE JEFF KING**

## **THE SOCIAL RIGHTS ADJUDICATION ART: AN ANALYSIS OF JEFF KING'S VIEW**

**Renan Bernardi Kalil <sup>1</sup>**

### **Resumo**

O presente estudo tem o objetivo de analisar a adjudicação de direitos sociais, com enfoque nas políticas públicas e na forma pela qual os tribunais devem lidar com o tema, a partir da investigação da obra “Judging social rights”, de Jeff King. Os argumentos apresentados pelo autor serão objeto de exposição para, em seguida, o desenvolvimento de uma avaliação crítica, no intuito de extrair das ideias colocadas métodos de aplicação na realidade brasileira que levem em consideração as particularidades do ordenamento jurídico nacional.

**Palavras-chave:** Direito constitucional, Direitos sociais, Políticas públicas

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This study intends to analyze the social rights adjudication, focusing on public policies and how the courts should deal with this issue, from an investigation of the book “Judging social rights”, by Jeff King. The arguments presented by the author will be exposed and critically evaluated for the purpose of applying these ideas in the Brazilian society taking into account particularities of the Brazilian law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional law, Social rights, Public policy

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo.

## 1. Introdução

Este artigo tem o objetivo de analisar a adjudicação de direitos sociais a partir do livro “Judging Social Rights”, de Jeff King. A obra é dividida em três partes: (i) o caso dos direitos sociais constitucionais, (ii) uma teoria da restrição judicial e (iii) o incrementalismo como tema geral. O texto do referido autor possui dois objetivos principais: apresentar razões para a constitucionalização dos direitos sociais e apontar uma abordagem pela qual o Poder Judiciário deveria lidar com demandas sobre direitos sociais, com base na teoria da restrição judicial, que o autor denomina de “incrementalista” (KING, 2012, p. 1-14).

Jeff King entende que a inserção dos direitos sociais em textos constitucionais não implica automaticamente maior proteção e menciona a existência de casos em que países constitucionalizaram os direitos sociais e não conseguiram reduzir as desigualdades, bem como casos de países que não os colocaram na Constituição e possuem uma boa tutela desses direitos. Entretanto, coloca que o discurso sobre os direitos desempenha relevante papel atualmente e incluir ou excluir os direitos sociais nos textos constitucionais possui um impacto concreto e expressivo (KING, 2012, p. 1-14).

Ao analisar os argumentos contrários à constitucionalização dos direitos sociais e à possibilidade de os tribunais adjudicarem disputas sobre direitos sociais constitucionais, Jeff King classifica-os entre bons e maus e indica como melhor o “risco da empreitada”. Embora todas as espécies de direitos impliquem custos, ao analisar o orçamento do Reino Unido, nota-se que os direitos sociais são responsáveis pelas maiores despesas. Assim, o número de casos problemáticos e os custos relacionados a eles seriam maiores com a previsão dos direitos sociais na Constituição. O livro procura apresentar respostas convincentes a todos os argumentos contrários (KING, 2012, p. 1-14).

O estudo realizado por Jeff King pretende ser aplicável a países que tenham determinadas condições políticas. O autor enumera oito condições, tomando como paradigma o Reino Unido, e afirma que além desse país, identifica-as na Austrália, Canadá, Nova Zelândia, possivelmente na África do Sul e em diversos países da Europa continental. Nos Estados Unidos todas essas oito condições não estariam presentes e, na

América Latina e na África, a situação é muito complexa e variada para se apontar em determinada direção (KING, 2012, p. 1-14).

## **2. Direitos sociais, políticas públicas e os tribunais**

A primeira parte do livro começa com um capítulo sobre os direitos sociais. Inicialmente, aponta-se a maior atenção aos seguintes direitos sociais: saúde, moradia, educação e seguridade social.

Mesmo demonstrando o direcionamento de entendimento, o autor indica a existência de, ao menos, cinco sentidos de direitos sociais, divididos em dois grandes âmbitos: moral (incluindo os direitos humanos sociais e os direitos de cidadania sociais) e legal (abrangendo os direitos sociais internacionais, os direitos sociais legislativos e os direitos sociais constitucionais). Entende que os direitos sociais constitucionais são uma forma institucional de tutelar os direitos humanos sociais e os direitos de cidadania inseridos na Constituição (KING, 2012, p. 18-20).

Jeff King entende que os direitos sociais são direitos humanos e aponta quatro características que estão presentes em ambos e justificam essa constatação: dignidade, liberdade, utilitarismo (promoção de bem-estar ou de maior felicidade) e as concepções de cidadania social, republicanism e democracia deliberativa (KING, 2012, p. 17-41).

O autor entende que os direitos humanos abrangem três interesses humanos centrais: bem-estar, autonomia e participação social. Para que os direitos sociais atendam às necessidades mínimas para garantir uma vida decente e para respeitar os mencionados interesses, deve-se assegurar o mínimo para: uma subsistência saudável (com nutrição, integridade psicológica, desenvolvimento infantil e saúde), participação social (com educação para economia básica, seguro contra choques econômicos e recursos para engajamento social) e atividades (com estabilidade educacional e econômica para planejamento de vida) (KING, 2012, p. 17-41).

Com o intuito de garantir a observância dos direitos sociais e de um mínimo aos cidadãos, devem ser obrigações do Estado: tomar medidas rápidas, com o máximo de recursos disponíveis, para assegurar o mínimo social para todos; e dar efeito imediato, executivo e legislativo, para que as necessidades mínimas sejam atendidas, bem como se

ouçam e respondam as alegações de não provimento do mínimo social (KING, 2012, p. 41-57).

O Estado possui responsabilidades para garantir os direitos humanos sociais dos cidadãos, do nascimento à morte, sendo que essa atribuição não se vincula necessariamente a um tipo específico de Estado de bem-estar social. Essa tutela é complexa, envolvendo a colaboração de vários ramos do governo e a realização de ações nos âmbitos legislativo, administrativo/executivo, judicial e constitucional (KING, 2012, p. 41-57).

No tocante a esse capítulo, embora se mencione que o direito do trabalho não será tratado, em razão do livro analisar a forma pela qual os tribunais que lidam com direito público revisam judicialmente as ações do Estado, cuja ação implica alocação de recursos, entendemos ser importante tecer algumas observações.

Primeiramente, embora se associe com frequência o direito do trabalho apenas e tão somente com a relação de trabalho que abrange empregador e empregado, existem diversas políticas públicas cuja elaboração e execução é de responsabilidade do Estado e envolvem questões trabalhistas: aprendizagem, combate ao trabalho infantil, erradicação do trabalho escravo, qualificação profissional, fomento de cooperativas, adequação de condições de trabalho em aterros sanitários, dentre outras. A adjudicação desses direitos, promovida em parte substancial por meio do Ministério Público do Trabalho no Brasil, exige a tomada de medidas por parte do Estado que ensejam gastos públicos.

Também nesse sentido, é relevante a análise do impacto dos custos que essas políticas tem no Brasil. A verificação do orçamento federal de 2014 aponta que do total executado, 3,98% foi para a saúde, 3,73% para a educação, 3,21% para o trabalho e 3,08% para a assistência social (FATORELLI; ÁVILA, 2015). Ou seja, os valores gastos com trabalho não são desprezíveis. É verdade que no gráfico do orçamento do Reino Unido apresentado pelo autor não há apontamento de gastos com trabalho, assim como se fixa, desde o início, que não se coloca o Brasil como um país com as condições políticas que permitiriam a aplicação da tese desenvolvida na obra. Contudo, tendo em vista que Jeff King concebe situações em que há a possibilidade de adoção do incrementalismo onde não há as mencionadas condições, mostra-se importante destacar esses números.



Por fim, colocamos o caso do direito de negociação coletiva dos servidores públicos. Trata-se de direito social que atende aos interesses humanos centrais, que tem potencial de elevar os gastos do Estado (embora o faça de forma distinta dos direitos sociais elencados pelo autor) e cuja adjudicação é tarefa complexa. Para se ter dimensão do problema no Brasil, apesar de termos previsto esse direito no art. 37 da Constituição Federal e de termos ratificado a Convenção n. 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Decreto n. 7944/2013, até o presente momento muito pouco foi feito para efetivá-lo (BARBOSA, 2013). O autor, inclusive, reconhece a importância desse direito quando o menciona como exemplo de direitos sociais previstos em Constituições pelo mundo. Portanto, compreendemos que seria importante considerar o referido direito social para efeitos de análise de adjudicação.

O capítulo seguinte trata dos valores dos tribunais diante das alternativas. O início trata dos benefícios da “accountability”<sup>1</sup> legal e constitucional como instrumento para proteger os direitos sociais, para amparar o ordenamento jurídico e prevenir o abuso de poder. As vantagens obtidas com esse mecanismo teriam a capacidade de assegurar maior transparência e flexibilidade nas decisões judiciais, reparações individuais, racionalidade e consistência nas sentenças e controlar desvios dos poderes Executivo e Legislativo (KING, 2012, p. 59-60).

O autor identifica características positivas nos papéis dos tribunais no processo de adjudicação dos direitos sociais: trabalham a partir do princípio da razoabilidade, o que permite que a interpretação de regras e de argumentos para que a resolução de conflitos seja explícita; possuem autoridade constitucional, sendo que isso pode induzir ações legislativas e executivas em termos de flexibilidade quando se decide os conflitos; são independentes e imparciais, em comparação com outros ramos do governo que são mais permeáveis a interesses políticos; são espaços nos quais se adotam procedimentos justos como regra, independentemente do conteúdo das decisões; podem promover a participação de reclamantes permitindo que diversos atores sejam ouvidos em público, possibilitando a apresentação de variadas perspectivas; podem cumprir papel educacional

---

<sup>1</sup> No texto, não foi feita a tradução da palavra “accountability em razão da dificuldade em se identificar uma palavra correspondente na língua portuguesa com a capacidade de expressar o seu significado.

relevante ao trazer ao debate público questões políticas importantes (KING, 2012, p. 60-63).

Jeff King entende que os tribunais podem promover mudanças sociais significativas, apesar de estudos mostrarem resultados diferentes ao estudarem casos que tratam de direitos civis<sup>2</sup>. Coloca-se que as mudanças não precisam ser revolucionárias e que a adjudicação de direitos sociais tem condições de produzir impactos positivos para os cidadãos<sup>3</sup> (KING, 2012, p. 63-85).

Questiona-se se esperar a promoção de mudanças sociais pelos tribunais para os pobres seria uma “esperança vazia”. Para que a análise seja feita com lastro na realidade, aponta-se a importância de verificar como os países lidam com a adjudicação de direitos sociais constitucionais. A partir dos estudos de caso apresentados, menciona-se que os tribunais tomaram medidas em favor dos pobres na África, Índia e América Latina, especialmente no sentido de prover mais dignidade à vida daqueles em condições de privação. Contudo, ao analisar o caso latino-americano na área de saúde – com o Brasil sendo nominalmente citado -, menciona-se que os juízes determinam a execução de reivindicações sem levar em consideração as implicações nos recursos públicos, o que afeta substancialmente o orçamento (KING, 2012, p. 63-85).

A postura do Poder Judiciário brasileiro é alvo de inúmeras críticas de variados autores. Como exemplo, mencionamos a análise de José Rodrigo Rodriguez. O autor identifica, no caso do direito à saúde, a prevalência do direito individual em face da lógica econômico-orçamentária. Aponta que, ainda que no caso concreto faça sentido a decisão judicial que determina a aquisição de medicamentos em prol do cidadão, as políticas públicas não podem ser construídas e implementadas individualmente. Também, menciona que a efetividade dos direitos sociais está diretamente vinculada aos recursos disponíveis para a execução de políticas públicas, ao controle orçamentário, às determinações relacionadas à disponibilidade de capital presentes em um país periférico e aos problemas ligados à má distribuição de renda no país (RODRIGUEZ, 2013, P. 35-36).

---

<sup>2</sup> Analisa-se o estudo de Rosenberg e Klarman sobre os casos *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Walde*.

<sup>3</sup> Aponta-se como exemplo os casos no Canadá e Reino Unido.

Para avançar na análise do tipo de mudança que os direitos sociais teriam condições de promover na vida da população pobre e as condutas que o Poder Judiciário adota em face da adjudicação de determinadas espécies de direito, como no caso da saúde no Brasil, seria interessante verificar o perfil das pessoas que ajuízam as ações, com o intuito de identificar os beneficiários dessa situação. A título de ilustração, menciona-se pesquisa realizada pelo Professor João Biehl, denominada “Judicialização de Base: Perfil dos Demandantes do Direito a Medicamentos e Lições para as Políticas Públicas de Saúde no Brasil”, a partir de dados colhidos no Rio Grande do Sul, que apontou que 94% dos pedidos liminares foram atendidos, 56% das ações foram promovidas pela Defensoria Pública e 35% por advogados particulares (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Nesse particular, conclui-se que embora os tribunais tenham condições de ter um papel relevante para implementar mudanças, não se deve esperar que os juízes alterem as destinações de valores para questões de bem-estar social ou que garantam o mínimo social para todos. Ainda, destaca-se que esse tema é empírico e deve ser reanalisado de tempos em tempos. De qualquer forma, uma das principais contribuições de Jeff King é apontar que há a necessidade de analisar meios para implementar direitos sociais como direitos de fato, da mesma forma que ocorre com outros tipos de direitos.

Em relação aos capítulos 2 e 3, destacamos que, apesar de o autor tratar da proteção multi-institucional que pode ser conferida aos direitos sociais, o viés adotado vai no sentido de dar efetividade aos dispositivos previstos em textos legais e de exigir dos entes públicos responsáveis a implementação de políticas públicas que atendam à população. Ações nesse sentido são de grande relevância, mas resolvem somente em parte a viabilização dos direitos sociais, tendo em vista as frequentes tentativas de rever o pacto social em relação à consagração desses direitos no ordenamento jurídico.

As mencionadas formas de proteção aos direitos sociais, seja por meio da adjudicação desses, seja por meio da sua previsão no texto constitucional e da maior densidade normativa que advém desse fato, não tratam de situações de retirada ou diminuição dos direitos sociais. Não é feito debate sobre a possibilidade de os tribunais terem papel nessas situações e, se tiverem, como devem atuar e de que forma isso pode ocorrer.

Considerando que o questionamento dos direitos sociais ocorre com maior frequência e intensidade dos que acontecem em face dos direitos civis e políticos, a discussão sobre a dimensão das funções dos tribunais nesse contexto é relevante. Isso ganha maior importância em momentos de crise econômica, em que determinados setores sociais pleiteiam com maior ênfase a revisão normativa dos direitos sociais como um suposto mecanismo para reequilibrar as contas públicas, sendo os exemplos recentes do Brasil (SOUTO MAIOR, 2015) e de Portugal (BOTELHO, 2015, p. 259-294) emblemáticos nesse sentido.

Finalmente, corroborando o destaque que merece o debate sobre o papel dos tribunais em face de movimentos realizados para restringir direitos sociais previstos na Constituição, menciona-se que a última palavra dada em determinados países sobre a compatibilidade de uma norma com o texto constitucional é proferida pelos tribunais constitucionais. Portanto, ainda que o Poder Executivo e Poder Legislativo adotem medidas para rebaixar os direitos sociais, o Poder Judiciário pode ser essencial para preservar o mínimo existencial aos cidadãos.

O último capítulo da primeira parte do livro trata de como se deve basear a abordagem interpretativa básica para os direitos sociais constitucionais.

Em relação à estrutura dos direitos, o autor entende que, quando gerais, devem ser abstratos com quaisquer informações adicionais que auxiliem a destacar os importantes mecanismos institucionais da jurisdição ou a delimitar o escopo dos interesses e os casos que podem ser analisados à luz desse direito. No tocante ao conteúdo dos direitos sociais presentes nas Constituições, defende especificar de forma explícita obrigações qualificadas em relação a direitos ou interesses previstos de forma geral ou ampla. A interpretação judicial desses direitos envolve a análise de conceitos vagos, em que se avalia a implementação e execução de obrigações qualificadas pelo Estado e a tomada de decisões que tratam de direitos humanos, em um contexto no qual a disponibilidade de recursos é um dado relevante a ser considerado (KING, 2012, p. 97-118).

Jeff King aponta que há uma grande objeção em relação à existência de normas vagas e revisão constitucional com base nesses parâmetros. Desta forma, menciona que há necessidade de tratar com uma abordagem distinta para a restrição judicial e aponta-se alguns exemplos de interpretações que podem ser adotadas para revisão judicial que trate

de direitos sociais, sendo essa um mecanismo institucional crucial para resolver problemas (KING, 2012, p. 97-118).

Considerando que os tribunais lidam com normas vagas, quando há adjudicação de direitos sociais, os juízes devem se preocupar em verificar se as justificativas do Estado na construção da política pública são aceitáveis e não se a política, em si, é boa. Em que pese todas as ponderações feitas sobre as possíveis abordagens interpretativas dos direitos sociais, Jeff King entende que há necessidade de uma teoria distinta de restrição judicial, o que é objeto da parte dois do livro (KING, 2012, p. 97-118).

O primeiro capítulo da segunda parte disserta sobre abordagens institucionais da restrição judicial. Há enfoque em métodos comparativos e nos inconvenientes do processo judicial como mecanismos institucionais para resolver problemas. O autor entende que a abordagem institucional possui põe relevo no papel incrementalista, casuístico e modesto dos tribunais em temas de adjudicação que envolvem o direito público (KING, 2012, p. 121-151).

Inicialmente, Jeff King aponta que há três modelos de restrição judicial com base em uma formalista separação de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, a partir de distinções entre lei e política, princípios e políticas públicas e justiciabilidade e não-justiciabilidade. Aponta-se que há propensão lidar com a problemas familiares, como uma falsa pretensa objetividade e uma rigidez que resiste a revisões das consequências decisórias (KING, 2012, p. 121-151).

Ao tratar das abordagens institucionais, menciona que o seu surgimento decorreu do conhecimento do não-doutrinalismo (em que se deve confiar no bom senso do juiz para aplicar a restrição em cada caso analisado) e do formalismo (no qual se aplicam categorias abstratas para distribuir funções decisórias no governo). As principais características desse tipo de abordagem são as seguintes: aceitação da incerteza e da falibilidade judicial, preocupação com as consequências e os efeitos no sistema, consideração dos direitos como reivindicações “prima facie” sujeitos a equilíbrio, colaboração interinstitucional e incrementalismo (KING, 2012, p. 121-151).

Em relação às abordagens institucionalistas, apontam-se duas formas de compreendê-la. O primeiro é o institucionalismo contextual, em que os juízes deveriam contextualizar cada tema que lhes são apresentados e considerar fatores institucionais

quando levam em consideração a visão de outros oficiais ou a ameaça da incerteza. Acreditam que a discricção judicial pode ser formada pelo uso dos princípios da restrição judicial e que os juízes podem equilibrar considerações sub-representadas no curso da adjudicação. Ainda, acreditam na força das ideias, colocam ênfase na argumentação racional dos tribunais e que isso pode capacitá-los a apresentar resultados previsíveis (KING, 2012, p. 121-151).

O institucionalismo restritivo enfatiza a questão da incerteza e da falibilidade judicial, o que leva a uma restrição do papel dos tribunais sempre que possível. Não enfocam a ideia de colaboração interinstitucional, optando pela supremacia das legislaturas, que seriam mais legítimas (KING, 2012, p. 121-151).

O autor defende que se deve mensurar o sucesso das abordagens institucionais a partir da seguinte pergunta: pode ser usada para trabalhar? A partir daí, entende que a avaliação tem de considerar o registro histórico e empírico dos julgamentos, a coerência analítica e o valor instrumental das proposições doutrinárias, a cultura pública que prevalece e como isso impacta os julgados e as atividades judiciais (KING, 2012, p. 121-151).

Jeff King destaca que o principal problema com essa abordagem é a ampla jurisdição reconhecida aos juízes sobre questões de interesse público. Um instrumento para ser aplicado nessas situações são os princípios da restrição, os quais permitem estruturar o exercício da discricionariedade judicial (ou do julgamento) e permite estabelecer uma diferença da abordagem não-doutrinalista. Há uma série de elementos que devem ser ponderados: o raciocínio com princípios e fatores, a escolha de princípios, a existência de conflitos (e a busca pelo equilíbrio), a complexidade de algumas determinantes e o tratamento da falibilidade judicial (KING, 2012, p. 121-151).

A abordagem institucional deve ser utilizada pelos juízes a partir de duas perspectivas. Quando os princípios de restrição são relevantes, em situações nas quais há potencial para impactar significativamente além das partes litigantes ou quando há incerteza quanto a um fato relevante ou a um princípio moral. Quando os princípios não são relevantes, as partes aceitam a aplicação de determinada norma como parte do trabalho do juiz, sendo que qualquer ponderação sobre competência institucional pode parecer mal colocada. Finalmente, aponta-se que deveria haver uma doutrina da

deferência, em que se estabeleceria uma lista ou um teste que os juízes deveriam observar no ato de julgar (KING, 2012, p. 121-151).

O autor defende que a abordagem institucionalista contextual apresenta a ideia que os juízes podem ter uma ampla visão sobre o que pode ser judicializado, desde que estejam preparados para utilizar a restrição nas circunstâncias devidas. Os princípios relacionados à restrição judicial e que podem ser utilizados são quatro: legitimidade democrática, policentrismo, expertise e flexibilidade, que são objeto de análise dos capítulos seguintes da segunda parte do livro (KING, 2012, p. 121-151).

A existência de uma democracia justa demanda que direitos sociais básicos sejam respeitados se se entende que a legitimação do sistema de governo advém da igualdade política. Contudo, isso não significa que a revisão judicial da legislação não sofra fortes objeções. O autor entende que algumas contestações são exageradas, uma vez que ninguém ajuíza ações para controlar o orçamento, assim como os juízes não acham que detém essa atribuição. Por outro lado, algumas decisões tomadas pelos tribunais acabaram por ir nessa direção. De qualquer forma, os juízes defendem que possuem legitimidade democrática para apreciar casos embasados no texto constitucional (KING, 2012, p. 121-151).

Jeff King coloca dois argumentos em relação ao princípio da legitimidade democrática. O primeiro é que a legislação adotada em uma democracia, com as condições políticas necessárias para adoção do incrementalismo, deve prever forte autoridade para a tomada de decisões. Isso supõe, em relação à legislação, o enfoque nas questões de direitos e na consideração dos grupos politicamente marginalizados, o que inclui os pobres. O segundo é que a revisão judicial constitucional tem condições de apresentar uma resposta funcional e proporcional para problemas oriundos da implementação de direitos, especialmente nos casos que há necessidade de assegurar as demandas dos grupos marginalizados (KING, 2012, p. 152-188).

Um Estado de bem-estar social forte direciona suas ações necessariamente para a regulação do comércio e para um viés redistributivo do uso de impostos e dos gastos em políticas públicas. Entretanto, esse ponto de vista desse tipo de Estado sofre grande oposição de determinados grupos sociais, como os ricos e, portanto, será alvo de disputa

na sociedade e no Parlamento. Então, embora a redistribuição seja uma premissa crucial do Estado de bem-estar social, não é algo consolidado consensualmente na sociedade, o que cria obstáculos ao processo democrático legislativo orientado para atender as necessidades de grupos vulneráveis (KING, 2012, p. 152-188).

O princípio da legitimidade democrática faz deferência à legislação e estimula os juízes a dar efetividade a obrigações constitucionais, a reforçar a participação democrática e a proteger os grupos vulneráveis, como exposto acima. Uma democracia justa, com respeito aos direitos humanos sociais, concretizada por meio de legislação de direitos sociais, administrada por um Executivo responsável e respaldada pela existência de uma “accountability” legal, tem como complemento a revisão judicial constitucional (KING, 2012, p. 152-188).

No tocante ao princípio do policentrismo, como forma de resolver os problemas colocados pela implementação dos direitos sociais, Jeff King o considera como uma característica geral da adjudicação. Trata-se de princípio que se coloca como uma rede interconectada de relações em que qualquer decisão a respeito de um determinado aspecto produz consequências desconhecidas ou imprevistas em outros assuntos (KING, 2012, p. 189-210).

O autor afirma que é crítico da ideia usada como referência sobre o tema, de Lon Fuller, e menciona três elementos que permitem o refinamento da questão, de forma a admitir a sua aplicação na adjudicação dos direitos sociais. Esses elementos, por um lado, apontam a importância do policentrismo, e de outro, a sua inconclusividade. Assim, esse princípio deve ser compreendido: como algo relacionado a questões legais e não como mecanismo para tomada de decisões, como planejamento ou alocação de recursos; dotada de relevância quando o tribunal é demandado para analisar casos que envolvam interesses heterogêneos e substanciais de pessoas não representadas; e para apontar e enumerar os fatores que atenuam o peso que deve ser dado na adjudicação (KING, 2012, p. 189-210).

Nesse particular, aponta como fatores atenuantes: grau de policentrismo, acesso à informação, competência judicial comparativa, a flexibilidade dos remédios judiciais, a possibilidade de revisitação, dentre outros. A exploração desses fatores permite verificar com clareza a função do policentrismo na adjudicação dos direitos sociais constitucionais (KING, 2012, p. 189-210).



Jeff King trata da expertise administrativa, indicando que o conceito possui papel na adjudicação de direitos sociais e que isso não diminui a atribuição dos tribunais. É destacado o debate sobre a ausência de competência para os juízes tratarem de demandas complexas no Estado de bem-estar social moderno, indicando que isso é parcialmente falso e parcialmente verdadeiro. É falso no sentido que a adjudicação se relaciona profundamente com o Estado de bem-estar social. É verdadeiro no sentido que administradores possuem uma vantagem para resolver situações complexas sob condições de incerteza. O que importa é entender a lógica e as limitações da expertise para, então, compreender a dimensão desse princípio na adjudicação dos direitos sociais (KING, 2012, p. 211-249).

O autor apresenta três ideias centrais sobre o princípio da expertise administrativa: é reconhecida a ideia de uma troca entre expertise e “accountability”, em que se admite a existência de um déficit de expertise como uma troca para “accountability”; é relevante considerar os diferentes tipos de expertise quando se analisa o papel dos tribunais no direito público, sendo que o autor aborda quatro, a saber: linha de frente, gerencial, profissional e adjudicativa especializada; o direito público deve reconhecer as falhas da expertise, o que é discernível de três maneiras: a falha para aplicar a expertise, a falha evidente devido a fatos distintos registrados e quando a ação estatal contradiz uma maioria substancial e clara sobre uma evidência da ciência social relacionada a algum problema (KING, 2012, p. 211-249).

Completando os princípios relacionados à teoria da restrição judicial, Jeff King trata da flexibilidade, aqui entendida como a capacidade de adaptação a circunstâncias imprevistas, sendo relevante quando as condições mudam ou quando se toma uma decisão com base em um pressuposto que se mostra falso (KING, 2012, p. 250-286).

Inicialmente, o autor trata das formas de inflexibilidade impostas pelos tribunais ou pela adjudicação. As formas legais são o controle de agenda (em que se limita a maneira pela qual o responsável por tomar decisões pode resolver um problema), atraso (em que se retarda a implementação de uma política pública, com a possibilidade de produzir efeitos em cadeia) e custo (com a necessidade de direcionamento de recursos por conta de uma decisão judicial). As formas políticas e burocráticas são relacionadas: à

consciência (por meio da ideologia, estereótipo e impedimento); e à racionalidade limitada, dependência de padrões e heurística (KING, 2012, p. 250-286).

A flexibilidade é importante para se adequar a circunstâncias imprevistas, em que quanto maior a incerteza, maior a sua relevância. É possível promover a flexibilidade por meio de direitos relativos a procedimentos e processos, de considerações não impeditivas e obrigatórias (em que o Estado com discricionariedade administrativa não pode adotar regras que o impeça de analisar o mérito de casos individuais) (KING, 2012, p. 250-286).

Com o objetivo de fazer a flexibilidade ser respeitada, pode-se empregar determinadas medidas. O autor aponta algumas: evitar a Constituição (por meio do seu sopesamento diante das incertezas para promover a adaptação ao imprevisto), padrões legais vagos e o uso do silêncio (para evitar distorções ou controle de agenda) (KING, 2012, p. 250-286).

A aplicação da flexibilidade tem condições de quebrar a inércia advinda da rotineira análise das demandas judiciais e de conceder voz a determinados grupos em processos de tomada de decisões sobre políticas públicas (KING, 2012, p. 250-286).

Um dos grandes desafios colocados é a necessidade de equilibrar a intervenção com a prudência, em um contexto de Estado de bem-estar social complexo no qual os tribunais devem buscar uma atuação discreta. A dificuldade reside em identificar a medida correta do uso de cada um desses instrumentos para cada caso, sendo o princípio da flexibilidade uma medida importante para se atingir esse objetivo (KING, 2012, p. 250-286).

Finalmente, a terceira e última parte do livro possui somente um capítulo, que trata do incrementalismo como tema geral.

A aplicação desse princípio permite que se responda duas demandas distintas. A primeira é de ordem gerencial/prática, na medida em que se deve analisar uma grande quantidade de informações complexas de forma fragmentada ao invés de maneira holística. A segunda é que a adjudicação de direitos sociais pelos tribunais não impede que os demais órgãos governamentais implementem políticas públicas nessa área. As cortes, a priori, não devem agir em oposição à implementação de políticas públicas quando iniciadas por outros órgãos (KING, 2012, p. 289-325).

O autor afirma que existem técnicas específicas que podem ser utilizadas para implementar o incrementalismo e que, se devidamente manuseadas, inserem benefícios da “accountability” legal na tomada de decisões, de forma a respeitar os limites da adjudicação, das funções democráticas e das possibilidades de atuação das outras instituições. As técnicas mais adequadas para esse intento, tendo em vista que algumas foram mencionadas na análise dos outros princípios, seriam: particularização (com o uso de padrões estreitos e restritos para decisão de casos), ser cauteloso no uso da analogia expansiva e também no emprego padrões legais vagos, conhecimento dos direitos de procedimento e processuais, evitar a Constituição, remédios não intrusivos e revisitação. Os juízes devem atuar de forma comedida na adjudicação dos direitos sociais, seja por meio da referida particularização, seja por meio da consideração dos amplos interesses envolvidos na demanda, de forma a permitir que a tomada de decisão tenha espaço para posterior adaptação (KING, 2012, p. 289-325).

Jeff King também apresenta respostas incrementalista para problemas familiares sobre direitos sociais. Em relação à implementação de obrigações positivas, esse princípio fornece um conjunto de técnicas que permite administrar a expansão, por meio do controle, previsão e estabilização dessas obrigações, permitindo a sustentabilidade dos direitos sociais que já foram implementados. Na análise da alocação de recursos, defende que os juízes: apliquem os princípios substantivos, como justiça e igualdade; usem experiências comparadas e acumulem os saberes de decisões proferidas nessa área; e – o mais importante - desenvolvam intuição sobre as implicações orçamentárias que a administração pública suporta (KING, 2012, p. 289-325).

O incrementalismo desempenha um papel relevante na teoria da restrição judicial, na medida em que oferece um conjunto útil de técnicas direcionadas a diversas situações em que há incerteza na aplicação dos princípios relacionados à restrição (KING, 2012, p. 289-325).

### **3. Conclusões**

Em suma, Jeff King apresenta três grandes pontos em seu livro. O primeiro é que os direitos sociais devem ser constitucionalizados porque são semelhantes e tão importantes quanto os direitos civis e políticos, não sendo admissível o tratamento

diferenciado entre essas categorias. Em segundo, há necessidade de uma teoria da restrição para os tribunais que lidam com adjudicação de direitos sociais, de forma a permitir a sua efetivação da melhor maneira. E, em terceiro lugar, o caminho para se atingir a restrição adequada deve-se utilizar procedimentos baseados no incrementalismo.

Para finalizar a análise do livro, tratemos de um último assunto: os desafios dos juízes adotarem os termos expostos por Jeff King em face da formação dos bacharéis de direito.

No Brasil, o direito, tanto no ensino como na prática, possui como característica estrutural a falta de apreço pela capacidade de reflexão e de argumentação para a reprodução do seu conteúdo. A operação do direito brasileiro não requer sofisticação ou conhecimento de teorias complexas e avançadas: é suficiente desenvolver a argumentação com habilidade e transitar entre os textos de lei e súmulas com familiaridade (RODRIGUEZ, 2013, p. 48-100).

José Rodrigo Rodriguez, ao partir dessa constatação, afirma que, no Brasil, dá-se pouca importância à argumentação, sendo que os tribunais, quando decidem, fazem-na por maioria de votos, dando enfoque no resultado e não no conteúdo que levou àquele posicionamento de cada membro da corte. Todos os tribunais do país, do Supremo Tribunal Federal aos tribunais de justiça estaduais, proferem decisões por meio de votos por maioria, não adequando os argumentos colocados em um voto vencedor para que seja apresentada a decisão vencedora e, conseqüentemente, as opiniões existentes naquela corte (RODRIGUEZ, 2013, p. 48-100).

A crítica que é feita ao modo de operação do direito nos tribunais brasileiros é que cada juiz pode argumentar sem qualquer uniformidade de entendimento entre os membros da corte. Há necessidade apenas e tão somente de consenso em relação ao resultado. Como cada juiz raciocinou e argumentou para chegar no resultado é desimportante. Ou seja, é possível ter um posicionamento consensual a partir de razões completamente distintas (RODRIGUEZ, 2013, p. 48-100).

Ora, diante de uma teoria de restrição judicial para a adjudicação de direitos sociais, em que se mostra de grande importância lidar com conceitos e termos complexos e que não são necessariamente jurídicos, cabe o questionamento da capacidade de juízes formados em um ambiente que não acolhe elementos que

extrapolam o jurídico terem condições de manipular esses elementos extrajurídicos para se obter uma solução boa.

Portanto, é possível apontar que a teoria colocada por Jeff King nesse livro pode ser comprometida, ao menos em parte, pela própria conformação que o direito assume, ao dar pouca importância ao desenvolvimento da argumentação e, conseqüentemente, às conseqüências que determinada decisão pode ter no mundo real – isso considerando o espaço amostral brasileiro.

#### **4. Bibliografia**

BARBOSA, Rafaela Aparecida Emetério Ferreira. *Sindicalismo no setor público brasileiro e a liberdade sindical: avanços e retrocessos* (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – São Paulo: USP, 2013.

BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 75, v. I/II, jan/jul 2015, p. 259-294.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Em oito anos, Justiça do RS defere 94% das ações relacionadas ao Direito à Saúde. Junho, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59923-em-sete-anos-justica-do-rs-defere-94-das-acoes-relacionadas-ao-direito-a-saude>. Acesso em 21 jun 2016.

FATORELLI, Maria Lucia; ÁVILA, Rodrigo. Gastos com a dívida pública em 2014 superaram 45% do orçamento federal executado. Fevereiro, 2015. Disponível em: <http://www.auditoriacidada.org.br/blog/2013/06/20/e-por-direitos-auditoria-da-divida-ja-confirma-o-grafico-do-orcamento-de-2012/>. Acesso em 21 jun 2016.

KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito* (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. MP 664 e 665: tragédias anunciadas. Fevereiro, 2015. Disponível em: [http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/mps\\_664\\_e\\_665\\_-\\_tragédias\\_anunciadas.pdf](http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/mps_664_e_665_-_tragédias_anunciadas.pdf). Acesso em 23 jun 2016.