

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

SANDRA REGINA MARTINI

LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

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

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sandra Regina Martini; Leonardo Rabelo de Matos Silva; Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-570-

6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

Os Direitos Sociais e as Políticas Públicas tratam-se de uns dos temas mais instigantes da atual conjuntura do debate jurídico brasileiro. A efetividade dos direitos sociais se revelou, nos últimos anos, um dos maiores desafios de um Brasil reconstitucionalizado, desde a década de 1990, mas com um enorme passivo social, ainda não equacionado. Passada a fase inicial, de otimismo com a Constituição Cidadã, verificou-se que, mais que um texto constitucional capaz de sustentar, potencialmente, um Estado Social e Democrático de Direito, é preciso a construção de um arcabouço de políticas públicas voltadas à efetiva promoção dos direitos sociais, condição determinante não só da justiça social, mas da própria qualidade da democracia.

Isto posto, o GT Direitos Sociais e Políticas Públicas, já tradicional nos Encontros e Congressos do Conpedi, se consolida a cada edição como um importante lugar de debate sobre a regulação e a implementação de políticas públicas no país. Cada vez mais, o foco do GT é superar o debate meramente opinativo, ou ideologicamente enviesado, acerca dessas polêmicas questões, por um debate de qualidade, focado em evidências científicas e análises aprofundadas.

Veja-se, assim, os textos oriundos desta edição:

Os pesquisadores Rodrigo Schwarz e Anna Piccoli, apresentaram trabalho em perspectiva crítica sobre a não-regressividade e progressividade dos direitos sociais. O trabalho partir da reflexão sobre a indissociabilidade entre direitos sociais e garantias fundamentais (direitos civis) criticar o avanço da aplicação da cláusula da reserva do possível no contexto atual de crise econômica. Buscou-se, ademais, testar a crítica realizada, frente a estudos de caso referentes à questão. Mais que falar dos custos dos direitos, se buscou evidenciar os custos na não-efetivação desses direitos.

O trabalho das pesquisadoras Kenia Oliveira e Fernanda Soares enfrenta a questão da participação social no desenho de políticas públicas e respectivos Programas. O trabalho abordou de modo crítico a aplicação dos institutos voltados para esse fim (com destaque para as audiências públicas e conselhos participativos), buscando ressaltar que tais ferramentas devem funcionar de forma alinhada com a busca por uma efetiva transparência no desenho de políticas públicas.

Os problemas derivados da intercessão das políticas públicas para a educação e das políticas públicas para a pessoa com deficiência se encontram abordados no trabalho de Fadia Mauro e Raimundo Raiol sobre educação inclusiva da pessoa com deficiência. Realizou-se um estudo teórico sobre as realidades de exclusão deste grupo populacional, seguidas por esforços históricos de integração e, numa busca por superação, os atuais esforços por inclusão. O trabalho enfoca o atendimento educacional especializado como um dos instrumentos capazes de produzir a superação do paradigma da integração, para o paradigma da inclusão, na questão do direito à educação.

O trabalho dos pesquisadores Ricardo Alonso e de Lucas Dantas aborda as contradições e precariedades quanto à situação jurídica da pessoa com deficiência no Brasil, numa problematização da inefetividade das políticas públicas para a pessoa com deficiência, denunciando a relação inversamente proporcional entre a profusão legislativa a respeito e a efetividade, precária, das políticas ali reguladas, num estado de coisa inconstitucional que merece ser devidamente problematizado.

O trabalho dos irmãos Renata e Tiago César aborda a questão do desenho de políticas públicas de saúde para minorias quanto ao direito sanitário. Abordam a definição de minorias em âmbito sanitário, a partir do conceito médico de grupo específico, em saúde. Procurou-se, nesse trabalho, entender como a construção de políticas específicas para tais minorias de dá, bem como evidenciar as várias lacunas quanto a políticas públicas quanto a diferentes grupos específicos minoritários para os quais não há previsão regulamentar de respectivos tratamentos. O trabalho constata a inevitabilidade da judicialização dessas questões, frente à ausência dessas regulações.

O trabalho das pesquisadoras Janaína Sturza e Sandra Martini, avalia o caráter integrador do direito à saúde, em vista de sua correlação com outros direitos. Aborda o tema a partir da concepção do direito à saúde como bem da comunidade e problematiza a questão a partir do referencial teórico da meta-teoria do direito fraterno, tendo em vista as questões transfronteiriças das questões de saúde e da mundialidade de algumas dessas questões; assim como a questão da autoresponsabilidade quanto ao direito à saúde. Nessa perspectiva, aborda-se a questão do direito à alimentação saudável como direito fundamental fraterno indispensável para que se possa falar em atenção à saúde.

O trabalho das pesquisadoras Tauã Rangel e Durcilania Soares aborda o problema da efetivação do direito fundamental à alimentação na perspectiva de Amartya Sen, com foco na percepção da inclusão social como aquisição de capacidades. A partir dessa ótica realiza

uma crítica da insuficiência de modelos de fornecimento imediato da alimentação por meio de ações de serviço social.

O trabalho do pesquisador Samuel Kzam analisa a atuação do Comitê Estadual de Saúde do Estado do Maranhão, traçando as bases para a mensuração da qualidade dessa atuação quanto ao monitoramento das demandas de assistência à saúde no Estado. Busca-se em última instância, avaliar os resultados obtidos pelo Comitê no assessoramento técnico ao judiciário em casos relativos a políticas públicas de saúde. Concluiu-se, quanto ao período analisado, que o Comitê, em seus primeiros anos de atuação, ainda não se consolidou como um núcleo técnico efetivamente utilizado para o suporte a essas demandas judiciais.

Já Ana Maria Viola e Rodolfo Aquino, analisam o fenômeno que identificam como cultura da exclusão social e suas repercussões na perpetuação da violência contra as pessoas idosas, estabelecendo uma relação entre desigualdade social e vulnerabilização do idoso. Segundo o trabalho, a situação de idoso em si não gera tanto a sua vulnerabilização, quando a situação de exclusão econômica e social na qual possa estar inserido esse idoso. Ou seja, a exclusão social é determinante e crucial nas realidades de violência sofrida por idosos.

De outra parte, Carolina Galib e Jorge Mialhe abordaram questões relativas ao ACNUR, com respeito à inclusão local de refugiados, especificamente quanto à inclusão no ambiente de ensino, frente ao direito fundamental à educação e a toda a relação desse direito com a inclusão. O trabalho enfocou a consequente necessidade de desenvolvimento de uma política de ações afirmativas para refugiados nas universidades brasileiras.

Nessa esteia, Cristiane Araújo de Souza e Dorinethe Bantes abordam as diferentes medidas no campo do Direito e das Políticas Públicas que, a partir de 2010, visaram a permitir e fixação de haitianos em seu país para reduzir a necessidade de imigração de refugiados para o Brasil, notadamente no Estado do Amazonas. O trabalho destacou o engajamento do governo no investimento na reconstrução do país e na formação profissional dos haitianos, para o caso da oportunização da permanência no Haiti.

Por outra parte, Daniel Pastre e Juscelino Castardo busca abordar a literatura atual sobre programas de transferência de renda, como o bolsa família. O texto foca no diálogo com a obra de Robert Nozick a este respeito sobretudo sobre os efeitos políticos do programa nas dinâmicas eleitorais. Busca demonstrar, dentre outros resultados, que, ao contrário do que teoricamente se imaginava, a implementação do programa não aumentou o interesse dos grupos beneficiados pela participação nas eleições presidenciais, mostrando que o programa não tem influência sobre questões eleitorais, na intensidade que se costuma propugnar.

O Trabalho de Herta Baracho e Soraya Dantas realiza uma análise da efetividade do Programa Bolsa Família, a partir de uma avaliação crítica dos dados divulgados pelo IBGE e outros institutos que produziram relatórios sobre o referido Programa. O trabalho busca apresentar o estado da arte dos estudos sobre o impacto do Programa quanto à redução

No trabalho dos pesquisadores Pedro Franco e Miguel Kfoury, são problematizadas as relações entre desigualdade e democracia, numa perspectiva teórica, com foco na evidencição da centralidade de elites econômicas na definição de políticas públicas e os problemas daí advindos.

Por fim, Carla Daniela Leite aborda em seu trabalho o desenho das políticas públicas para a agricultura familiar, tomando como referencial teórico a perspectiva da razão indolente, notadamente, nessa, a experiência da razão metonímica. A partir dessa visão, analisa lógicas de exclusão da agricultura familiar, em razão da não priorização da mesma nas últimas décadas. Pese a isso, estuda algumas iniciativas de retomada dessa política nos últimos anos, na busca por evidenciar suas virtudes para a promoção da sustentabilidade.

Boa leitura!

Prof. Dr. Saulo De Oliveira Pinto Coelho - UFG

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER\UFRGS

Prof. Dr. Leonardo Rabelo de Matos Silva - UVA/RJ

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS SOCIAIS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: OS PRINCÍPIOS DE NÃO-REGRESSIVIDADE E DE PROGRESSIVIDADE FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL E A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

SOCIAL RIGHTS AND FUNDAMENTAL GUARANTEES: THE PROGRESSIVITY AND NON-REGRESSION PRINCIPLES AGAINST THE RESERVATION OF THE POSSIBLE AND THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS

Rodrigo Garcia Schwarz ¹
Anna Leticia Piccoli ²

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de investigar, a partir da perspectiva das dimensões materiais e eficaciais dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, as questões relacionadas aos princípios de não-regressividade e de progressividade frente à reserva do possível. O tema insere-se no âmbito investigativo das garantias judiciais dos direitos sociais. O procedimento investigativo é descritivo-explicativo do tipo documental-bibliográfico. A pesquisa conclui que a escassez de recursos (a reserva do possível) não pode ser oposta, por si só, como argumento para o afastamento dos deveres de concretização gradual e progressiva dos direitos sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais, Judicialização, Não-regressividade, Progressividade, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to investigate, from the perspective of the material and effective dimensions of social rights as fundamental human rights, some issues related to the progressivity and non-regression principles against the reservation of the possible. The research theme is part of the traditional research of judicial guarantees of social rights. The research is descriptive and explanatory, documentary-bibliographical. The research concludes that that the budgetary shortage (the reserve of the possible), by itself, can not be used as a sufficiently strong argument for moving away from the imperative of gradual and progressive implementation of social rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Judicialization, Non-regression, Progressivity, Reservation of the possible

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo com pós-doutorados, Professor do PPGD - Mestrado - da Universidade do Oeste de Santa Catarina

² Mestranda, Aluna do PPGD - Mestrado - da Universidade do Oeste de Santa Catarina

1 INTRODUÇÃO

Se pensarmos na supremacia absoluta da vida humana, vida que, para ser entendida como tal, deve ser vivida com dignidade, temos que pensar na vida sob um aspecto material e, portanto, em um enfoque privilegiado para os direitos fundamentais sociais, pois estes estão relacionados a questões básicas para a vida e a dignidade humana: a materialidade da dignidade humana - “mínimo existencial” - está, assim, intrinsecamente relacionada aos direitos sociais, e, por isso, o reconhecimento dos direitos sociais não pode corresponder a um mero catálogo de “boas intenções” por parte dos Estados. Os direitos sociais são, portanto, direitos humanos fundamentais, exigidos em nome de todos e para todos os homens e imprescindíveis para a vida e a dignidade humana. Daí emerge a imensa importância dos deveres de não-regressividade e de progressividade em matéria de direitos fundamentais sociais, consolidados no âmbito do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Nesse contexto, de acordo com a ideia de que a efetividade dos direitos humanos fundamentais não é possível sem a garantia do mínimo existencial à pessoa, o presente artigo tem como objetivo investigar, a partir da perspectiva das dimensões materiais e eficaciais dos direitos sociais, algumas questões relacionadas com os direitos sociais, sua determinabilidade e sua tutela. Promovendo o aprofundamento investigativo por meio de pesquisa descritiva-explicativa do tipo documental-bibliográfica, o presente artigo dedica-se, assim, a problemas analíticos-conceituais das teorias dos direitos fundamentais, para concluir que a escassez orçamentária - “reserva do possível” -, por si só, não pode ser arguida como óbice ao cumprimento dos deveres de não-regressividade e de progressividade em matéria de direitos sociais. Embora os recursos sejam limitados, o Estado deve atribuir recursos específicos para a efetivação dos direitos sociais na medida do possível, mas sempre colocando o máximo de esforço na promoção das garantias dos direitos fundamentais sociais e também demonstrando a razoabilidade e a proporcionalidade de uma ação ou de um programa *prima facie* regressivo.

Portanto, os tribunais podem e devem controlar a razoabilidade das respostas dos poderes públicos às demandas sociais, respeitando o princípio da divisão das funções do Estado e prestando atenção às consequências de suas decisões, contudo sempre sem se afastarem do dever de dar efetividade aos direitos humanos fundamentais. Nesse contexto, as práticas de ativismo judicial, mesmo que moderadamente exercidas pelos tribunais, se convertem em uma necessidade institucional quando os demais órgãos dos poderes públicos deixam de cumprir ou retardam a sua atuação ou atuam de forma regressiva, sem demonstrar de forma clara e racional a razoabilidade e proporcionalidade de sua ação.

2 DIGNIDADE HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL, EIXOS FUNDAMENTAIS DOS DIREITOS SOCIAIS

Se pensarmos a vida sob um aspecto material, ou seja, se pensarmos a vida humana com um conteúdo propriamente material (pois a vida é, sobretudo, biológica), resta muito claro que o núcleo do princípio da dignidade humana não pode ser reduzido à garantia, à pessoa, de forma genérica e abstrata, de um tratamento que não seja degradante, pois a vida não pode ser reduzida a uma simples ideia, a uma abstração, dada a sua essência concreta, biológica (MATURANA e VARELLA, 2007). Nessa dimensão, não é possível reduzir a uma fórmula genérica e abstrata o núcleo do princípio da dignidade humana, de forma que a discussão acerca do conteúdo do princípio da dignidade humana e da delimitação do seu conteúdo essencial só pode ser levada a cabo concretamente, diante das necessidades vitais de cada ser humano. Nesse aspecto, nos parece claro que a materialidade do princípio da dignidade humana está assentada no que se categoriza como “mínimo existencial”, um conjunto de situações materiais indispensáveis para a existência humana digna (HÄBERLE, 2016). Assim, está claro que a materialidade da dignidade humana está fundada no “mínimo existencial”, núcleo duro dos direitos fundamentais sociais (SCHWARZ, 2011b); ou, de outra forma, que o mínimo existencial e o núcleo material da dignidade humana correspondem ao mesmo fenômeno (BARCELLOS, 2002).

Assim, há uma estreita vinculação entre o núcleo material da dignidade humana, o “mínimo existencial” e a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Os direitos sociais (econômicos, sociais e culturais) se referem frequentemente a questões relacionadas com expectativas básicas para a dignidade humana - satisfação das necessidades básicas da pessoa - e, em consequência, se apresentam como autênticos direitos humanos fundamentais¹, imprescindíveis para a promoção do desenvolvimento humano e para a liberdade, a democracia, a justiça e a paz no mundo, pois se apresentam como direitos que atuam também como concomitantes premissas e consequências do exercício de outros direitos também considerados

¹ Quando falamos em direitos fundamentais, mantemos uma concepção funcional do caráter basilar dos direitos, sugerindo que determinados direitos – fundamentais – têm um papel funcional específico no ordenamento de um Estado democrático de direito, além de assumir um conteúdo substancial de direitos humanos. Não por acaso, a expressão “direitos humanos” é geralmente empregada no senso comum no sentido de “direitos fundamentais” e vice-versa: é evidente o grau de incerteza com que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são utilizadas, inclusive na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem. No entanto, se a expressão “direitos humanos” é absoluta, ou seja, concerne ao homem, independentemente de qualquer contexto e de outra qualquer especificação, a expressão “direitos fundamentais” costuma ser, em contrapartida, aberta e relativa. Dizer quais são os direitos fundamentais, do ponto de vista de seu conteúdo, é obviamente uma decisão, sobretudo, ética: para um conjunto de direitos, se pode (ou deve) dizer quais são os fundamentais. Se para os direitos humanos se assume a inviolabilidade absoluta em qualquer Estado ou cultura, também para os chamados direitos fundamentais se deveria pretender tal inviolabilidade, mas só no âmbito em que são “fundamentais”. Para maiores considerações sobre a distinção entre direitos “humanos” e direitos “fundamentais”, v. Ferrajoli et al. (2005) e Marshall e Bottomore (1998).

fundamentais, mais imediatamente relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa, como os direitos civis.

Os direitos sociais estão associados aos sistemas de proteção social que se constituem e consolidam na Europa e em muitos países latino-americanos entre o último terço do século XIX e a fase posterior à segunda guerra mundial, no contexto do *Welfare State* (ESPING-ANDERSEN, 1998), e, segundo Abramovich e Courtis (2006), são fruto da tentativa de traduzir em expectativas (individuais ou coletivas) apoiadas legalmente o potencial acesso de certos bens configurados em consonância com a lógica deste modelo. Uma característica comum da regulação jurídica desses âmbitos seria a utilização do poder estatal com o propósito de reequilibrar situações de desigualdade material a partir da tentativa de garantir por normas a vida digna, ou oportunidades a grupos sociais marginalizados, ou compensar as diferenças de poder nas relações entre particulares, ou excluir um bem do livre comércio (CARBONELL, PARCERO e VÁZQUEZ, 2001). Assim, são compreendidos como direitos sociais os direitos a trabalhar (em condições de trabalhos equitativas e satisfatórias), ao ócio, à educação, à saúde, à habitação, à seguridade (incluindo a seguridade social), à proteção à maternidade e à infância, à assistência social, etc.

Entretanto, além disso, os direitos sociais, desde as últimas décadas do século passado, passaram a ser objeto de novas reivindicações, vinculadas não apenas à distribuição de recursos materiais relacionados ao mínimo existencial, mas também às chamadas demandas de reconhecimento. São reivindicações coletivas por meio das quais setores habitualmente discriminados no âmbito social reclamam a remoção de barreiras políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais que impedem ou impõem limites de fato à participação desses atores em processos políticos e/ou que impedem ou impõem limites ao acesso dessas classes sociais à educação, ao trabalho, à habitação, etc. Essas demandas de reconhecimento têm por objetivo, sobretudo, tornar audíveis e visíveis os atores sociais, com o reconhecimento de suas diferenças específicas e a remoção das pautas supostamente neutras que, na verdade, estão ideologicamente vinculadas a interesses de grupos sociais dominantes/hegemônicos e que, por isso, impõem obstáculos ao acesso desses setores discriminados (FRASER, 1997; THOMÉ, 2012).

Há, portanto, uma estreita vinculação entre os direitos sociais e a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu preâmbulo, reconhece que, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se pode realizar o ideal do ser humano livre, liberado do temor e da miséria, sem que se criem as condições mínimas que permitam a cada pessoa gozar de seus

direitos econômicos, sociais e culturais tanto quanto de seus direitos civis e políticos. E os direitos sociais estão reconhecidos como fundamentais nesse Pacto, que dispõe, em seu art. 2º, que cada um dos Estados parte do PIDESC se compromete a adotar medidas, isoladamente e também mediante cooperação internacional, até o máximo de recursos disponíveis, para lograr progressivamente, e por todos os meios disponíveis e apropriados (inclusive a adoção de medidas legislativas), a plena efetividade dos direitos sociais, compromisso que em si mesmo não está condicionado nem limitado por nenhuma outra consideração.

O progressivo reconhecimento das expectativas relacionadas aos direitos sociais no plano constitucional e em tratados internacionais (e sua integração na ordem jurídica interna de cada país) impõe, portanto, obrigações, positivas e negativas, aos poderes públicos, e também, em maior ou menor escala, aos particulares², concernentes à satisfação de tais expectativas e, assim, a efetiva promoção do desenvolvimento humano. No entanto, apesar da extraordinária expansão das atuações internacionais dedicadas ao desenvolvimento, com o estabelecimento de amplos sistemas de compensação e de inclusão no decorrer do último terço do século XIX e, sobretudo, nos dois primeiros terços do século XX sob a égide do chamado *Welfare State*, a realidade delineada desde os movimentos da contrarreforma neoliberal empreendidos nos anos setenta, a partir da grande crise do modelo hegemônico que havia garantido o crescimento de todos os países capitalistas centrais no período de pós-guerra (1945-1973), cujos efeitos se prolongam até o presente, tornou comum o ponto de vista segundo o qual as políticas públicas (e, portanto, a utilização do poder do Estado com o propósito de reequilibrar situações de desigualdade material ou excluir determinados bens do livre comércio) seriam uma inevitável fonte indesejáveis burocratizações, e os direitos a elas relacionadas, onerosos, verdadeiras “armadilhas” que tendem a invadir a eficácia econômica, as liberdades pessoais, liberdades de mercados, ou direitos meramente programáticos, impondo uma nova *lex mercatoria*, cada vez mais global, que enfraquece a eficácia vinculante dos direitos sociais e, com isso, o alcance real do princípio democrático e de atuação social do tradicional Estado de direito (PISARELLO, 2007).

O discurso contemporâneo a respeito do caráter normativo, e não apenas político, das Constituições modernas não se estende suficientemente, assim, ao âmbito dos direitos sociais. A exigibilidade destes ainda permanece relegada a um segundo plano, em relação a outros direitos, como os civis, sobretudo se relacionados a direitos patrimoniais, como propriedade e liberdade de iniciativa econômica (PISARELLO, 2003). Assim, mesmo as garantias

² Sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, v. Castro (1988), Martinez (1988) e Reis (2005).

institucionais dos direitos sociais (legislativas e administrativas) têm se demonstrado frágeis diante dos robustos mecanismos de tutela dos direitos patrimoniais e as instâncias jurisdicionais ainda têm feito pouco para o afastamento dessa tendência (MARTÍN, 2006). A insistente vigência, entre os operadores jurídicos mais conservadores, das teses segundo as quais os direitos sociais trazem consigo meros princípios orientadores ou simples cláusulas programáticas, ou a ideia de que os órgãos jurisdicionais nada podem, nem devem fazer para garanti-los, ou, sobretudo, a ideia recorrente da “reserva do possível”, são algumas evidências dessa (nova) *lex mercatoria* (IBÁÑEZ, 1996).

Desta forma, o Estado democrático tradicional, longe de se tornar um autêntico Estado social constitucional, tem operado frequentemente de forma residual e como Estado legislativo e administrativo, com prestações limitadas à correção de ações dos mercados e orientadas a disciplinar a pobreza e a assegurar, sobretudo a serviço do mercado, a ordem e a segurança públicas. Com poucas exceções, o núcleo duro das políticas sociais que vêm sendo adotadas depois da crise, nos anos setenta, do tradicional *Welfare State* ainda não está relacionado com a garantia de direitos sociais generalizados, ou seja, de expectativas estáveis subtraídas da conjuntura política e, portanto, indisponíveis para as mudanças de poder: as políticas públicas têm sido pautadas por intervenções relacionadas com a capacidade de reclamação de certos segmentos que, além de igualar os desiguais, tendem a operar como concessões discricionárias e, portanto, revogáveis, quando não como autênticas medidas de controle dos pobres³.

Apesar de sua apelação ao discurso técnico, essa percepção desvalorizada dos direitos sociais assenta, sobretudo, os mitos forjados por preconceitos ideológicos (SCHWARZ, 2011A). O que defendemos, em síntese, é que não se pode falar em efetividade dos direitos fundamentais, incluindo os próprios direitos civis e políticos, sem a garantia do mínimo existencial à pessoa: não se pode garantir direitos sociais a partir de uma prévia e necessária realização de direitos civis (individuais) e políticos, exclusivamente, nem tampouco o contrário: em síntese, o ideal de ser humano livre, liberado do temor e da miséria, não pode se realizar a menos que se criem as condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais tanto quanto de seus direitos civis e políticos: falar de direitos humanos fundamentais, pois, é falar de fazer acessíveis os direitos sociais a grupos humanos que habitualmente não têm acesso efetivo a eles.

³ Violo et al. (2004), analisando as políticas de combate contra a pobreza na Argentina e em outras regiões da América Latina, afirma que as atuais políticas “contra” a pobreza são tão pobres quanto os seus destinatários. Na realidade, são políticas “da” pobreza, cujo objetivo é administrar e gerir os pobres, mantendo-os em uma posição socialmente estática para que não alterem o funcionamento do resto da sociedade.

3 A DETERMINABILIDADE E TUTELABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

É comum a percepção de que os direitos sociais se diferenciam estruturalmente dos direitos civis e políticos, diferença estrutural que incide, sobretudo, sobre as concepções de possibilidade de tutela dos direitos sociais. Neste contexto, os direitos civis e políticos são tradicionalmente identificados como direitos negativos, não onerosos, exigíveis e, ademais, de fácil tutela, ao passo que os direitos sociais seriam direitos positivos, onerosos, indeterminados e de eficácia mediata, condicionados, em sua concretização, por critérios de razoabilidade e de disponibilidade - “reserva do possível” -, ou seja, a contingências, sobretudo econômicas⁴. No entanto, tal percepção não se sustenta, pois nem os direitos civis e políticos podem ser caracterizados como direitos apenas negativos, de abstenção, nem os direitos sociais podem ser caracterizados somente como direitos positivos, de intervenção.

Os direitos civis e políticos são, também, direitos positivos, que demandam prestações. O direito de propriedade, por exemplo, não demanda, como habitualmente se aponta no pensamento liberal clássico, apenas a ausência de interferências arbitrais, mas um amplo número de prestações públicas onerosas que vão desde a criação e manutenção de diversos tipos de registros (de propriedade de veículos, imobiliária ou industrial, por exemplo) até a criação e manutenção de forças de segurança e órgãos jurisdicionais que possam garantir o cumprimento dos contratos. O direito político de voto contém, também, uma ampla e onerosa infraestrutura. Todos os direitos civis e políticos, em síntese, comportam, da mesma forma que os sociais, uma dimensão distributiva cuja satisfação demanda recursos financeiros e humanos. Em síntese, não apenas os direitos sociais implicam custos para o Estado; os direitos civis e políticos, tanto quanto exigem uma abstenção do Estado e/ou dos particulares, ou seja, a não intervenção na esfera de autonomia e liberdade dos indivíduos, dependem de uma onerosa estrutura estatal para se tornar realidade. O que está em jogo, portanto, não é como garantir direitos “caros”, mas decidir como e com que prioridade serão destinados os recursos que todos os direitos, civis, políticos e sociais, exigem para sua satisfação⁵.

Além disso, os direitos sociais também comportam deveres de abstenção. Assim, o direito à habitação diz respeito não somente a políticas que permitam o acesso à habitação, mas também ao direito de não ser arbitrariamente despejado e de não se incluírem cláusulas abusivas nos contratos imobiliários. Também o direito ao trabalho está fundamentalmente relacionado com a proteção frente a demissões arbitrárias, o que se supõe um dever de abstenção. Pode-se

⁴ Sobre as diferentes variações dessa formulação, v. Abramovich e Courtis (2002).

⁵ A ideia de que todos os direitos têm um custo constitui o argumento central de Holmes e Sunstein (2000).

afirmar, em síntese, que todos os direitos, civis, políticos e sociais, de uma forma ou de outra, comportam obrigações exigíveis, negativas, de abstenção ou respeito, e positivas, de intervenção ou satisfação, dos poderes públicos e, ademais, obrigações concernentes à sua tutela diante das ações ou omissões de particulares⁶.

Por outro lado, uma das principais obrigações que os direitos sociais geram para os poderes públicos implica em um dever negativo, fundamentado no princípio de não-regressividade, que, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, obriga os poderes públicos a que não adotem políticas e, em consequência, não sancionem normas que venham a depreciar, sem razão justificada, a situação dos direitos sociais no país. Esse mesmo princípio, de irreversibilidade das conquistas sociais, foi articulado constitucionalmente, na Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn (1949)⁷, como corolário da força normativa da Constituição e do conteúdo mínimo ou essencial dos direitos nela reconhecidos, e se estendeu a diversos ordenamentos jurídicos, como o português⁸, o espanhol⁹, o colombiano¹⁰, o brasileiro¹¹ e o francês¹².

A ideia de não-regressividade não retira do Estado a possibilidade de promover certas reformas no âmbito de suas políticas sociais, *prima facie* regressivas, por exemplo para redistribuir os recursos necessários à inclusão social de determinados grupos em situação de maior vulnerabilidade. Mas os poderes públicos têm que demonstrar sempre, aos cidadãos, que as alterações que pretendem promover levam, ao final, a uma melhor proteção dos direitos sociais. Assim, de acordo com o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, “qualquer medida deliberadamente regressiva (...) requererá a mais cuidadosa consideração e deverá ser justificada plenamente de acordo com a totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto de aproveitamento máximo de recursos disponíveis” (COURTIS, 2006, p. 79).

Ademais, observando-se determinados critérios, a razoabilidade ou a proporcionalidade de um programa ou de uma ação aparentemente regressiva, em matéria de direitos sociais, pode

⁶ Shue (1980, p. 52-53) distingue a ampla gama de obrigações consequências de todos os direitos civis, políticos e sociais para os poderes públicos, concentrando as obrigações, sobretudo em três: evitar privações, proteger e ajudar: *to avoid, to protect, to aid*.

⁷ Sobre o caso alemão, v. Alexy (1994).

⁸ Em Portugal, Canotilho (2016, p. 449) aponta a existência de cláusulas constitucionais implícitas que proíbem uma “evolução reacionária” ou o “retrocesso social”.

⁹ Na Espanha, o tema da irreversibilidade dos direitos sociais foi tratado por Marín (1996).

¹⁰ V., nesse sentido, Arango (2001).

¹¹ V., nesse sentido, Sarlett (2002).

¹² Segundo Roman (2002, p. 280), o Conselho Constitucional francês fez uso, ainda que de forma irregular, do chamado *cliquet anti-retour*.

ser contrastada, de modo a permitir ao Estado justificar o programa ou política, sem prejuízo do reconhecimento de um núcleo mínimo absolutamente protegido (ALEXY, 1994), contra o qual não cabe limitação alguma, ainda que “proporcional”¹³.

Há, assim, elementos básicos que integram a “prova” de proporcionalidade em alguns ordenamentos contemporâneos, como o alemão, ao qual podemos recorrer. Esses critérios incluiriam: a) a *legitimidade* da matéria em pauta, ou seja, a sua vinculação ao ordenamento e, sobretudo, aos fins prescritos; b) a *adequação* da medida em pauta, ou seja, o seu caráter realmente adequado à proteção dos fins prescritos; c) a *necessidade* da medida em pauta, ou seja, o seu caráter imprescindível e, antes de mais nada, a inexistência de meios menos onerosos para os resultados afetados; e d) a *proporcionalidade*, em sentido estrito, da medida em pauta, ou seja, se dela derivam mais benefícios ou vantagens de interesse geral em relação a outros bens e valores em conflito¹⁴.

O dever de não-regressividade em matéria de direitos sociais está relacionado com um dever de progressividade. Esse princípio autoriza os Estados a adotarem programas e políticas de desenvolvimento de direitos sociais de maneira gradual, na medida em que existam recursos disponíveis (a reserva do possível), mas desautoriza a postergação indefinida da satisfação dos direitos sociais. Pelo contrato, demanda ações concretas, começando por demonstrar que estão realizando o máximo de esforços e aplicando o máximo de recursos disponíveis (humanos, financeiros, tecnológicos, etc.) para a satisfação, ao menos, do conteúdo essencial dos direitos sociais e para dar soluções, prioritariamente, aos grupos em situação de maior vulnerabilidade social.

Em síntese, se a ideia da reserva do possível pode ser utilizada como argumento pelos governos, no sentido de justificar a falta de materialização de determinados direitos sociais, se todos os direitos, civis, políticos e sociais, são, em maior ou menor grau, onerosos, e se o que está em jogo, na realidade, é decidir como e com que prioridade serão os recursos que os direitos, civis, políticos e sociais, exigem para sua satisfação, o poder político, ao invocar a reserva do possível, deve demonstrar sempre que está fazendo o máximo possível (em todos os campos; financeiro, tecnológico, etc.) e que está dando efetiva prioridade aos grupos mais vulneráveis¹⁵.

¹³ Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, esse dever de não-regressividade se impõe em tempos de crises econômicas (Observação Geral nº 4, 1991).

¹⁴ Para mais formulações nesse sentido, v. Pulido (2003).

¹⁵ Aqui, como assinala Schwarz (2011a), observamos um mandado claro dirigido ao poder político: se há um grupo mais vulnerável e os recursos são limitados, as políticas devem ser prioritariamente dirigidas às necessidades desses grupos mais vulneráveis. Nesse contexto, a justificação da *reserva do possível* encerra um julgamento comparativo entre o que *não se poder fazer* e o que *se está fazendo*, e demanda sempre a demonstração do empenho

Por outro lado, os direitos sociais também são habitualmente caracterizados como direitos “vagos” ou indeterminados. Assim, expressões como “direito ao trabalho” diriam muito pouco a respeito do efetivo conteúdo do direito em questão, assim como das obrigações correspondentes, razão pela qual os direitos sociais, classicamente, comportariam algumas obrigações de resultado, deixando indeterminados, contudo, os instrumentos concretos de ação para alcançá-lo. Mas tais argumentos não se sustentam. Certo grau de indeterminação, inclusive em termos semânticos, é inerente não apenas à linguagem jurídica, mas também à própria linguagem natural. No caso dos direitos humanos e/ou fundamentais, consagrados em tratados internacionais ou nas Constituições, essa indeterminação pode advir mesmo de uma exigência derivada do pluralismo jurídico, uma vez que uma regulação excessiva do conteúdo e das obrigações consequentes de um direito poderia cercear o espaço democrático do diálogo social a respeito do seu alcance¹⁶.

Termos associados a direitos civis clássicos, como honra, propriedade e liberdade de expressão, não são menos obscuros que os comumente encontrados no âmbito dos direitos sociais. Todos os direitos possuem um “núcleo de certeza” (HART, 2012), delineado por convenções linguísticas e práticas hermenêuticas que não são absolutamente estáticas, senão dinâmicas, e que, por isso, contemplam inclusive, em qualquer tempo, a possibilidade de desenvolvimento interpretativo, e de “áreas cinzentas”. Nesse contexto, se os esforços da atividade legislativa, jurisdicional e doutrinária estão dedicados preponderantemente aos direitos civis e políticos, isso não corresponde a uma maior obscuridade estrutural dos direitos sociais, mas a uma opção deliberada e ideológica (ALEXY, 1994; MELLO, 2009).

Nada impede, portanto, o desenvolvimento de critérios ou indicadores que delimitem o significado mais adequado de um determinado direito social. Pois bem, o estabelecimento destes parâmetros ou indicadores é, mais do que desejável, imprescindível para o controle do cumprimento das obrigações do Estado em matéria de direitos sociais, inclusive para distinguir, por exemplo, se o descumprimento de um dever decorre de uma falta de capacidade ou de uma falta de vontade política; ou para verificar-se, em um determinado ordenamento jurídico, se uma situação de regressão, estancamento ou progressão em matéria de direitos sociais se produziu em um certo período de tempo.

Muitos desses critérios são o que chamamos de *soft law*, ou seja, constituem diretrizes meramente interpretativas que, apesar da sua estrutura jurídica, não têm caráter obrigatório.

do máximo de recurso: se há *superávit* fiscal, por exemplo, não se justifica a exposição das pessoas a condições de vida indigna sob o recurso à reserva do possível.

¹⁶ Neste sentido, v. o informe de M. Daly para o Comitê Europeu para a Coesão Social (Daly, 2003).

No entanto, sua invocação pelos destinatários dos direitos e sua consideração pelos poderes públicos poderia ajudar, de forma eficiente, para a definição mais precisa do conteúdo de cada um dos direitos sociais e das obrigações que deles são provenientes.

Assim, por exemplo, diversos tribunais têm reconhecido as teses da existência de marcos mínimos ou essenciais em matéria de direitos sociais, obrigatórios tanto para os poderes públicos quanto para os setores privados, a partir do direito internacional ou dos marcos consagrados nos próprios ordenamentos constitucionais. Assim, como descreve Alexy (1994), o Tribunal Constitucional alemão entendeu que, apesar de os direitos sociais não estarem consagrados de forma explícita na Lei Fundamental de Bonn, é possível derivar dela o direito a um mínimo vital existencial, vinculado ao princípio da dignidade¹⁷, da igualdade material¹⁸ ou do Estado Social¹⁹. E a Corte Constitucional colombiana tem extraído, do texto constitucional, o direito a um “mínimo vital”, integrado por aqueles bens e serviços necessários para uma vida digna, sobretudo em situações de urgência²⁰, estendendo o alcance desse “mínimo” à definição de direitos relativos à saúde, à habitação e à seguridade social.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Apesar da existência de diversos argumentos que desmentem as teses segundo as quais os direitos sociais são direitos estruturalmente diferentes dos direitos civis e políticos, essa caracterização tem um forte impacto desde o ponto de vista dogmático sobre a questão da tutela dos direitos sociais (sobre sua judicialização, sobretudo).

Inicialmente, e sobretudo em um plano axiológico, o que caracteriza um direito fundamental é, especialmente, a sua pretensão de tutela de interesses ou necessidades básicas, ligadas ao princípio da igualdade real. É o caráter generalizável desses interesses, para todas as pessoas, que, em síntese, converte em inalienável e indisponível um direito, de forma que direitos fundamentais, direitos humanos e direitos das pessoas têm, nessa perspectiva, significados análogos.

Desde um ponto de vista dogmático, contudo, a situação se apresenta um pouco mais complexa. Em linhas gerais, os chamados “direitos fundamentais” são aqueles a que se atribui maior relevância em determinado ordenamento jurídico, relevância que pode ser medida a partir

¹⁷ Artigo 1: “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”.

¹⁸ Artigo 2.2: “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”.

¹⁹ Artigo 20.1: “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”.

²⁰ Esta vinculação entre o conceito do mínimo vital e as situações de urgência constitucional foi analisada pela Corte, por exemplo, em sua Sentença T-1150 de 2000, sobre migrações forçadas. Nesse sentido, v. Ávila (2002).

da inclusão desses direitos em normas de maior valor no âmbito do ordenamento interno, como as constitucionais, ou mesmo em tratados e convenções internacionais (FREIRE, 1997). Mas não são, de fato, as garantias concretas de determinado direito o que permite classificá-lo como fundamental. Ao contrário, é precisamente a inclusão de um direito no ordenamento como fundamental que obriga os operadores jurídicos a maximizarem os mecanismos necessários para a sua garantia e proteção. Portanto, se, desde uma perspectiva axiológica, podemos dizer que existe certa equivalência entre as expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos das pessoas”, desde uma perspectiva dogmática podemos dizer que também há certa equivalência entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos constitucionais”²¹.

Nos ordenamentos atuais, o reconhecimento de um direito como fundamental, por si só, implica a atribuição ao mesmo de um conteúdo mínimo e, com isso, a imposição de certas obrigações elementares para os poderes públicos, incluindo (ou principalmente) obrigações de não discriminação, não regressividade e progressividade. Isso não impede, por certo, que o alcance de determinados direitos dependa do que os próprios ordenamentos venham a estipular. Há constituições que desenvolvem de maneira bastante minuciosa o conteúdo dos direitos sociais²²; outras somente oferecem regulações mínimas dos direitos sociais, ou regram esses direitos no âmbito dos direitos meramente implícitos²³. Algumas constituições estipulam com detalhe as obrigações que a consagração de um direito comporta para os poderes públicos e, ainda, para os atores privados, enquanto outras apenas fazem menção a essas obrigações.

Se a inserção no texto constitucional indica o caráter fundamental de um direito social, esse não é, entretanto, um requisito de imprescindibilidade, dado o princípio da indivisibilidade e da interdependência de todos os direitos, uma vez que qualquer constituição que inclua o princípio da igualdade em matéria de direitos civis e políticos básicos conteria, no fundo, um mandado de generalização que obrigaria à inclusão, ao menos de forma indireta, de todos os direitos sociais a eles vinculados. Isso ocorre, atualmente, em diversos ordenamentos que não reconhecem explicitamente os direitos sociais ou que não os elencam, expressamente. Assim,

²¹ Dessa forma, a eventual ausência de garantias legislativas ou jurisdicionais para um direito constitucional, seja civil, político ou social, não leva à conclusão de que não se trata de um direito fundamental, mas, pelo contrário, demonstra a falta de cumprimento, ou o cumprimento insuficiente, do mandado implícito de atuação contido em uma norma por parte dos operadores políticos e jurídicos. Não é o direito que não é fundamental, mas o poder político que incorre em uma atuação desvirtuada ou omissa, o que deslegitima essa atuação. Nesse sentido, v. Ferrajoli et al. (2005).

²² Por exemplo, as Constituições da Itália, de 1947, de Portugal, de 1976, e do Brasil, de 1988. A Constituição da África do Sul, de 1996, incorpora direitos sociais emergentes, que vão além dos tradicionais, como o direito à água.

²³ Por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos.

por exemplo, nesses ordenamentos, o direito à habitação digna tem sido deduzido de outros direitos, como a inviolabilidade de domicílio, a intimidade ou a vida privada e familiar²⁴.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm o dever de assegurar, em todo momento e inclusive em épocas de crises ou de dificuldades fáticas, econômicas e políticas, ao menos os conteúdos essenciais dos direitos fundamentais. Ademais, diferentes ordenamentos consagram o dever dos Estados de respeito ao conteúdo mínimo ou existencial dos direitos reconhecidos em Constituições ou convenções ou tratados internacionais²⁵, conteúdo que está condicionado pelo contexto em que se aplica o direito e que admite uma permanente atualização histórica.

De qualquer forma, esse mínimo será sempre uma barreira que não pode transpassar, que obriga a uma permanente delimitação que demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e legisladores. O reconhecimento constitucional dos direitos determina, sob quaisquer circunstâncias, e inclusive em tempos de crises econômicas, um núcleo indisponível, mínimo, que não pode deixar de ser reconhecido e tutelado.

Quando falamos da judiciabilidade dos direitos sociais, contudo, habitualmente verificamos a existência de um argumento que tende a refutar a plenitude da atuação dos órgãos jurisdicionais: a falta de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais²⁶. Segundo o argumento da falta de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais, admitir a exigibilidade judicial dos direitos sociais introduziria um inadmissível elemento antidemocrático nos sistemas participativos de representação popular. Ademais, esse controle desvirtuaria a função que as constituições desempenham nas complexas sociedades plurais contemporâneas: com a intervenção em certas políticas públicas, os órgãos do Poder Judiciário estariam, na realidade, “constitucionalizando” de maneira indireta um certo modelo econômico de desenvolvimento, de modo que a Constituição deixaria, assim, de conter um mandado aberto e pluralista, no qual cabem doutrinas políticas diversas. E, também, tais intervenções tenderiam

²⁴ No caso *López Ostra contra Espanha* (1994), o Tribunal Europeu dos direitos Humanos (TEDH) considerou que a ausência de controle dos poderes públicos sobre uma indústria poluente que afetava a saúde e a segurança das pessoas que viviam em seus arredores constituía uma violação do direito à vida privada e familiar. Nesse caso estão implícitos os direitos ao meio ambiente, à saúde e à habitação de forma inter-relacionada. Nesse sentido, v. Schwarz (2011a).

²⁵ Por exemplo, o art. 19 da Lei Fundamental de Bonn (1949): “1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. 2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”.

²⁶ Sobre a carência democrática do Poder Judiciário, a propósito da Corte Suprema dos Estados Unidos, v. Bickel (1986).

a desconhecer restrições de ordem orçamentária e, assim, a ser irresponsáveis do ponto de vista do respectivo impacto financeiro²⁷.

Essas críticas não são, em realidade, totalmente infundadas. No entanto, desde uma perspectiva que pretende valorar todas as vias possíveis de garantias de direitos sociais, não podemos considerá-las conclusivas. A falta de legitimidade democrática dos juízes, na maioria das vezes, não se revela expressiva, tampouco verdadeira; os tribunais, quando atuam na tutela dos direitos sociais, controlando ações ou omissões violadoras de direitos, não só atuam de acordo com o princípio democrático, mas inclusive podem reforçá-lo, assegurando o cumprimento das leis e, sobretudo, das próprias previsões constitucionais, protegendo-as de atuações desviadas ou arbitrárias. Assim, a atuação dos tribunais tem se demonstrado legítima e democrática em múltiplas situações.

Por exemplo, no caso *Himachal Pradesh State v. Sharma* (1986), o Tribunal Supremo da Índia ordenou ao governo a construção de uma estrada acerca da qual já existia uma decisão administrativa, corroborando a tese de que o governo (Poder Executivo) assume compromissos prestacionais pelo fato de não poder atuar contra os seus próprios atos (*venire contra factum proprium non valet*). Em 1997, o Tribunal Supremo da Finlândia confirmou a decisão de outro tribunal que condenou certo governo municipal a indenizar uma pessoa desempregada por não ter conseguido uma colocação em seis meses, como havia prometido. No Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou ao governo que realizasse o desdobramento de uma estrada no estado de Santa Catarina, no Sul do país, ante a responsabilidade do Estado pelas mortes e mutilações, consequência de frequentes acidentes de trânsito nessa estrada, mantida pela União; por outro lado, determinou que o Estado passasse a exigir no rótulo de todas as bebidas alcoólicas a expressão “o álcool pode causar dependência e seu excesso é prejudicial à saúde”, baseando-se no Código de Defesa do Consumidor²⁸.

A extensão do controle jurisdicional, realidade incontestável, longe de pautar-se na falta de legitimação democrática, vem, ao contrário, fazer efetivo o paradigma democrático, superando a chamada “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, 1986). Assim, ao menos conjuntamente, a tutela dos direitos fundamentais e de princípios relacionados com o próprio Estado social e democrático de direito em uma verdadeira democracia representativa não pode ficar restrita a órgãos legislativos, naturalmente sensíveis às pressões majoritárias (da maioria)

²⁷ Sobre essa provável “fetichização” do uso dos direitos, v. Brown e Williams (2003).

²⁸ Sobre algumas dessas decisões, v. Pisarello (2007) e Broliani (2005).

e escassamente sensíveis às demandas que não determinam, em si, possíveis benefícios eleitorais imediatos, incluindo aquelas demandas que escapam a certa “lógica de partido”.

Nesse contexto, é exatamente o suposto elemento apontado como “antidemocrático” (a falta de responsabilidade política dos juízes e a independência que dela emana) que converte o Poder Judiciário em um instrumento “idôneo” (ainda que não o único, nem necessariamente o principal) para exercer certo controle sobre os demais poderes, especialmente no que se refere aos interesses politicamente pouco visíveis ou audíveis das “minorias” sub-representadas nos canais tradicionais²⁹. É o caso, por exemplo, dos indígenas, dos presos e dos imigrantes, que não poucas vezes encontram no âmbito dos tribunais a proteção que os órgãos políticos e administrativos lhes negam (UPRIMNY, 2001). O controle jurisdicional sobre as políticas econômicas e sociais não se revela, portanto, como uma expressão restritiva da democracia; ao contrário, é verdadeira condição para sua manutenção no tempo e para a adequação da ação dos poderes políticos aos princípios do próprio Estado social.

Se rompe, assim, com a ideia de que a imunidade dos poderes discricionários no campo das políticas públicas: pela releitura contemporânea da separação de poderes, hoje muito mais uma separação constitucional de funções, e pela emergência do conceito material de democracia, não se sustenta uma independência em que o Poder Executivo tenha imunidade absoluta, tampouco se pode falar apenas de controle democrático formal, pelas urnas, acerca da legitimidade de suas decisões. A plenitude da normatividade constitucional exige uma multiplicação de controles, externos e internos, sobre a atividade dos poderes estatais, não como uma fiscalização do político e do administrador pelo juiz, mas a partir do reconhecimento de que a este compete constitucionalmente velar pelo direito (GARCIA DE ENTERRÍA, 1983).

Por outro lado, a introdução de controles jurisdicionais sobre as maiorias legislativas conjunturais, com vistas à tutela dos direitos sociais em favor das minorias em situações de vulnerabilidade, ou verdadeiras maiorias marginalizadas, não debilitaria o caráter “aberto” das constituições, nem o pluralismo político, tampouco o próprio princípio democrático. Ao contrário, esses controles somente iriam fomentar a sua maior possibilidade real de concretização, de forma adequada ao princípio do Estado social³⁰.

²⁹ O processo de definição de políticas públicas para uma sociedade reflete os conflitos de interesses, os arranjos feitos nas esferas de poder, que passam pelas instituições do Estado e da sociedade. Nesse sentido, v. Barcellos (2005).

³⁰ Segundo Canotilho (2016) a “abertura” constitucional não equivale a neutralidade. Assim, segundo Uprimny (2001), as maiorias legislativas não podem, por exemplo, invocar o princípio democrático para justificar uma estratégia de atuação contra o crime baseada na tortura sistemática e no desconhecimento massivo dos direitos dos cidadãos, do mesmo modo que não podem fazê-lo para justificar a eliminação do direito à greve ou a regressão deliberada em direitos sociais.

Ademais, o impacto financeiro e orçamentário das atuações do Poder Judiciário na tutela dos direitos humanos fundamentais, civis, políticos ou sociais, é inevitável se aceitarmos as condições que, ao menos no plano formal, caracterizam uma democracia constitucional. A existência de certos interesses básicos, indisponíveis para os poderes de turno, implica a existência de um limite indisponível para a livre configuração dos gastos públicos. Ademais, a limitação da livre configuração dos gastos públicos é um corolário do respeito ao conteúdo mínimo ou essencial dos direitos (ARANGO, 2001).

Nos parece claro, entretanto, que o fato de que a livre configuração dos custos públicos não seja absoluta não queira dizer que as intervenções judiciais nunca devam ter em conta as consequências não somente orçamentárias e financeiras, mas também políticas e sociais de suas ações. No entanto, uma certa sensibilidade sobre as consequências da sua própria atuação não pode ser confundida com ideias pragmáticas segundo as quais toda intervenção do Poder Judiciário com repercussões econômicas seria ilegítima. Na prática, ademais, os tribunais têm dirigido as suas ações, nesse contexto, através da busca de uma possível mediação entre a garantia dos direitos civis, políticos e sociais básicos, a divisão de funções e equilíbrio orçamentário (LANGFORD, 2005).

O argumento da falta de recursos e da reserva do possível não pode ser considerado como um argumento absoluto e definitivo para afastar o controle jurisdicional. Pelo contrário, em muitas ocasiões os tribunais têm demonstrado que a atuação pública requerida não era tão complexa ou onerosa como sustentam os órgãos políticos, apurando números e dados alternativos que demonstram a falácia de certas impossibilidades, ou incluindo nesses números e dados, por exemplo, custos deliberadamente excluídos, como os que a postergação de uma determinada política pode supor para o futuro.

Nesse sentido, Langford (2005) cita o caso *Auton*, de 2000. Nesse caso, o governo da Columbia Britânica, no Canadá, valeu-se do argumento da reserva do possível para não financiar um programa de tratamento a crianças autistas. O Tribunal Supremo provincial rejeitou o argumento, considerando a vulnerabilidade do direito básico de não ser discriminado, das pessoas afetadas pelo autismo. Para justificar a sua decisão, contudo, o tribunal se serviu de critérios que tinham em conta orçamento público e o custo dos direitos: sustentou que os custos demandados pelo programa para assistência de menores em idade de desenvolvimento educacional e social seriam consideravelmente inferiores aos necessários para seu tratamento a longo prazo, se referido programa não fosse implantado.

5 PARA ALGUMAS CONCLUSÕES: ESCASSEZ DE RECURSOS E TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS

A ideia da reserva do possível vem acompanhada de três falácias levadas a efeito pelo pensamento liberal-conservador com vistas a negar a possibilidade de tutela dos direitos sociais fundamentais.

A primeira dessas falácias se apoia no argumento de que os direitos sociais seriam direitos de segunda ordem. A ela se contrapõe o fato de que os direitos sociais não se justificam simplesmente para compensar desigualdades sociais, mas que se correspondem a núcleos integradores e legitimadores do bem comum, porque será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade das sociedades humanas.

A segunda falácia se relaciona com o argumento de que a exigibilidade dos direitos sociais fundamentais está condicionada ao vigor econômico estatal. No entanto, o certo é que a existência de recursos públicos para possibilitar os direitos está associada às opções políticas que definiram a destinação dos recursos por meio de políticas públicas. Assim, o argumento da necessidade de uma economia forte não é necessariamente verdadeiro; bastaria algo de vontade política para destinar os recursos necessários de acordo com o tamanho da economia e com as prioridades reais da sociedade.

A terceira falácia está mais relacionada com o argumento da reserva do possível. Não se pode, no entanto, vincular a realização dos direitos sociais à existência de recursos ignorando que os custos são inerentes à materialização de todos os direitos, de modo que o estabelecimento de uma relação entre a escassez de recursos e a afirmação de direitos acabe resultando em uma ameaça a todos os direitos. Ademais, a reserva do possível não é uma espécie normativa (não determina um estado de coisas a ser alcançado), tampouco é um mandado de otimização. Em verdade, nem sequer pode ser identificada como um princípio. O que se pondera não é a reserva do possível, ademais, mas a escassez de recursos que ela suporia.

Existe uma diferença substancial entre a inexistência de recursos e a eleição de prioridades na distribuição dos recursos existentes. Existe, pois, a necessidade de diferenciar o que não é possível porque não existem meios suficientes, incluindo a observância das normas constitucionais que determinam a alocação de recursos em certas áreas sensíveis, como a educação e a saúde, e o que não é possível porque os meios disponíveis foram alocados a outras prioridades (KRELL, 2002). Na medida, portanto, em que todos os direitos dependem, em maior ou menor grau, de recursos financeiros para a sua materialização, a questão da alocação dos mesmos, ou seja, de determinar que bens jurídicos serão prioritariamente promovidos, mostra-se relevante. Assim, impõe-se distinguir o argumento relacionado com a inexistência de

recursos necessários para materialização de um dever constitucional de alocação de recursos, efetuada contrariamente às disposições constitucionais.

Um dos mecanismos de que vêm se utilizando os tribunais para realizar esse tipo de controle é o recurso ao princípio de proporcionalidade, que permite indagar se certa política pública está de acordo com as finalidades constitucionais legítimas, se é adequada ou não para alcançar esses fins e se se vale de meios possíveis, além razoáveis e menos onerosos para os direitos que afeta. Esse controle de proporcionalidade está, na realidade, estritamente associado ao controle de razoabilidade (a razoabilidade ponderativa³¹), mediante o qual alguns tribunais chegaram a incluir um dever de prioridade dos mais vulneráveis; ou seja, o dever de que a política pública analisada ofereça respostas, se não para toda a sociedade, pelo menos para os grupos mais vulneráveis, com necessidades mais urgentes (SUSTEIN, 2001).

Em síntese, os poderes públicos não podem, de fato, ser levados a fazer o impossível. Contudo, o que é possível (ou impossível) na esfera econômica, social e cultural deve ser provado, e não somente presumido. Assim, os órgãos políticos devem demonstrar sempre que estão empenhando o máximo de seus esforços e o máximo de seus recursos para satisfazer os direitos em questão, que estão divulgando informação suficiente e clara, e que escutam os destinatários dos direitos em questão, que se estão esforçando para controlar e monitorar o efetivo cumprimento das políticas e programas já existentes, além do planejamento para o futuro; e que, no núcleo das políticas e programas que estão sendo planejados ou executados, está a solução, a curto, médio ou longo prazo, para os problemas que afetam a sociedade; principalmente os grupos mais necessitados.

Os tribunais, em consequência, podem e devem controlar a razoabilidade das respostas dos poderes públicos às demandas sociais, respeitando o princípio da divisão de poderes (funções) e prestando atenção às consequências de suas decisões, mas sempre sem afastar-se de seu dever de garantir a efetividade dos direitos civis, políticos e sociais reconhecidos pela Constituição³². Nesse contexto, as práticas de ativismo judicial, moderadamente exercidas pelos

³¹ Segundo Ferraz Junior (2007), a razoabilidade de um ato, de uma sentença ou de uma lei deve ser vista por três aspectos: a razoabilidade significa uma subsunção adequada; adequada *essencialmente* quando se dá em virtude da norma jurídica, adequada *existencialmente* quando se dá em virtude de um *padrão* de comportamento jurídico, e adequada *verdadeiramente* quando se dá em virtude de um critério de justiça englobado pelo ordenamento. A valoração da razoabilidade em termos ponderativos se dá pela comparação, em uma norma ou opção dada, de fato antecedente e de prestação da consequência. Já a valoração da razoabilidade eletiva exige a comparação, pelo menos, das normas ou opções e do modo como, nelas, a certos fatos são atribuídas determinadas consequências e a outros não. Para apreciar a razoabilidade ponderativa, é necessário entender como atuam em uma valoração técnico-social ou política que dá suporte à valoração jurídica.

³² A Corte Constitucional Colombiana, por exemplo, desenvolveu o conceito de *Estado de coisas inconstitucional* para descrever aquelas situações de violação dos direitos fundamentais que tenham um caráter geral, pois afetam muitas pessoas, e cujas causas sejam de natureza estrutural; é dizer, que, geralmente, não se originam de maneira

tribunais, se convertem em uma necessidade institucional quando os demais órgãos dos poderes públicos se omitem ou atrasam a sua atuação.

Essa compreensão constitucionalmente adequada do ativismo judicial no Estado democrático de direito procede, logicamente, das seguintes conclusões: a) os direitos sociais dependem, para sua efetividade, da articulação entre direito e política, uma vez que é por meio da implementação de políticas públicas emancipadoras que é possível transformar as premissas consubstanciadas nas Constituições e nos tratados sobre direitos humanos em realidade; b) a formulação e a implementação das políticas públicas devem estar fundadas em procedimentos que garantam a formação discursiva da vontade e da opinião pública; c) os aspectos normativos definidores de políticas públicas e de sua implementação prática devem observar os parâmetros definidos pelos compromissos assumidos pelos Estados nos tratados de direitos humanos ou, pelo menos, pelo direito constitucional, razão pela qual são suscetíveis de controle pelo Poder Judiciário; d) os direitos sociais fundamentais não são normas pragmáticas dedicadas ao futuro, mas normas eficazes, suscetíveis, portanto, de arguição ante o Poder Judiciário; e) as Constituições contemporâneas estabelecem uma série de mecanismos para a garantia da efetividade dos direitos sociais no caso de omissão dos poderes públicos, sendo que compete ao Poder Judiciário, desde uma argumentação de princípio, garantir os direitos sociais no caso concreto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

_____. *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: Bomarzo, 2006.

ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 2.ed. Berlin: Suhrkamp, 1994.

ARANGO, R. *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Baden-Baden: Momos, 2001.

ÁVILA, J. T. *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Cinep-Diakonia, 2002.

BARCELLOS, A. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, Rio de Janeiro, 2005.

BICKEL, A. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New York: Yale University, 1986.

exclusiva na autoridade demandada, e cuja solução exige a ação conjunta de distintas entidades (Sentença T-153, 1988).

- BROLIANI, J. N. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 21, Belo Horizonte, 2005.
- BROWN, W.; WILLIAMS, P. *La crítica de los derechos*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2003.
- CANOTILHO, J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2016.
- CARBONELL, M.; PARCERO, J.; VÁZQUEZ, R. *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 2.ed. México: Porrúa-UNAM, 2001.
- CASTRO, J. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- COURTIS, C. (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: CELS, 2006.
- DALY, M. *Acesso aos direitos sociais na Europa: relatório do Conselho da Europa*. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2003.
- ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University, 1998.
- FERRAJOLI, L. et al. (Org.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.
- FRASER, N. *Justice interruptus: critical reflections on the postsocialist condition*. New York: Routledge, 1997.
- FREIRE, A. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1983.
- HÄBERLE, P. *Vergleichende verfassungstheorie und verfassungspraxis*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.
- HART, H. *The concept of law*. 3.ed. Oxford: Oxford University, 2012.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.
- IBÁÑEZ, P. A. *Corrupción y Estado de derecho*. Madrid: Trotta, 1996.
- KRELL, A. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LANGFORD, M. Judging resource availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney: UNSW, 2005.
- MARÍN, A. *Estado social y crisis económica*. Madrid: Complutense, 1996.
- MARSHALL, T.; BOTTOMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998.
- MARTÍN, C. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MARTÍNEZ, G. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.
- MATURANA, H.; VARELA, F. *El árbol del conocimiento*. Santiago: Universitaria, 2007.

- MELLO, C. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- PISARELLO, G. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (Org.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.
- _____. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.
- PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- REIS, J. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, R.; REIS, J. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- ROMAN, D. *Le droit public face à la pauvreté*. Paris: LGDJ, 2002.
- SARLETT, I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SCHWARZ, R. *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011a.
- _____. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales*. México: Porrúa, 2011b.
- SHUE, H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. New Jersey: Princeton University, 1980.
- SUNSTEIN, C. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University, 2001.
- THOMÉ, C. *O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2012.
- UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, n. 12, Bogotá, 2001.
- VUOLO, R. et al. *La pobreza... de la política contra la pobreza*. Buenos Aires: CIEPP, 2004.