

OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

SOCIAL RIGHTS AS FUNDAMENTAL RIGHTS AND JUDICIALIZATION OF POLITICS: SOME CONSIDERATIONS

Rodrigo Garcia Schwarz¹

Professor do PPGD (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; direitos fundamentais; direitos sociais.

RESUMO: O efetivo reconhecimento constitucional dos direitos sociais, por si só, determina, em qualquer circunstância, e mesmo em tempos de crise econômica, um núcleo “duro”, indisponível para os diversos agentes e poderes públicos e/ou políticos (inclusive os órgãos jurisdicionais) em matéria de atendimento às demandas sociais, de forma que esse mínimo constituirá, na ação desses diversos agentes e poderes, inclusive no âmbito da ação da Administração Públi-

ca, uma barreira intransponível que obriga a uma permanente delimitação e demanda certa integração entre justiça e política, entre magistrados, legisladores e administradores. O Judiciário, no entanto, deve pautar a sua ação pela busca da mediação possível entre a garantia dos direitos, o princípio da divisão dos poderes e o equilíbrio orçamentário.

PALAVRAS-CHAVE: controle; direitos sociais; judicialização de políticas; políticas públicas.

ABSTRACT: *The constitutional recognition of social rights entails, under any circumstances and even in times of*

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha e Doutor em História pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com pós-doutoramentos na Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano – Universidad de Manizales (Colômbia), no Centro de Estudos Avançados da Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) e no *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Juiz do Trabalho. E-mail: rgschwarz@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7357769919051902>.

economic crisis, an untouchable core by the existing authorities, even for jurisdictional bodies; as a result, none of those powers can fail to recognise them and, therefore, all persons must be assured of them, especially those who find themselves in more vulnerable positions. In any case, that minimum will always be a barrier that cannot be crossed, which requires a permanent delineation demanding real integration between justice and politics, and between judges and legislators. The Judiciary, however, should guide their action by the search for possible middle ground between the guarantee of rights, the principle of separation of powers and the budgetary balance.

KEYWORDS: *control; judicialization of politics; public policy; social rights.*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Os direitos sociais como direitos fundamentais; 2 Crítica da percepção conservadora acerca dos direitos sociais; 3 A crítica à justiciabilidade dos direitos sociais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Initial considerations; 1 Social rights as fundamental rights; 2 Criticism of the conservative perception of social rights; 3 Criticism of the judicialization; Final considerations; References.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A rapidez com que se alteram os cenários político e econômico, aliada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, tem exigido um profundo redimensionamento do papel do Direito e das instituições jurídicas no corpo social. Aquele modelo jurídico de cunho marcadamente conservador, no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo *direito a ter direitos*, ineficaz a mecanismos de tutela e controle jurisdicional no que diz respeito aos atos da Administração Pública e de seus agentes, sobretudo no âmbito do delineamento e da efetivação das políticas públicas, vem sendo paulatinamente superado por um (novo) modelo de Estado inclusivo, marcadamente social, que assume obrigações onerosas (de efetiva intervenção) perante os cidadãos e que, ao buscar efetivá-las, dialoga com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais, concertando-os. Nesse contexto, admite-se a existência de um *continuum* entre uns e outros direitos, inclusive entre direitos civis, políticos e sociais, sem que nem as obrigações que eles contêm, nem o caráter da sua formulação possa convertê-los em direitos de livre configuração legislativa, tampouco em direitos cuja efetividade fica adstrita à esfera discricionária do gestor público.

1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, inclusive em épocas de crise ou de dificuldades fáticas, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos sociais, inclusive impondo aos Estados nacionais e às diversas esferas da Administração Pública um dever de *não regressividade* em matéria de direitos sociais². Da mesma forma, diferentes ordenamentos consagram a obrigação dos Estados, de respeito ao conteúdo mínimo ou essencial dos direitos reconhecidos em constituições ou convenções e tratados internacionais (inclusive direitos categorizados como sociais, ou seja, econômicos, sociais e culturais), conteúdo que está condicionado pelo contexto em que se aplica o direito e que admite permanente atualização histórica, que não pode ser delegada, todavia, ao alvedrio dos agentes de turno. De qualquer forma, esse mínimo será, sempre, uma barreira intransponível, que obriga a uma permanente delimitação e demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e legisladores e administradores.

Os direitos sociais são, assim, direitos exigíveis, conquanto para a sua eficácia plena seja imprescindível, de uma forma ou de outra, a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive mediante a gestão e a implantação de políticas públicas. São direitos jurisdicionáveis, portanto, ou seja, direitos que podem, em tese, ser exigidos diante de um tribunal e tutelados por ele, de forma que a sua vulneração não pode permanecer impune, estabelecendo-se algum mecanismo que, de alguma forma, obrigue os órgãos legislativos e/ou administrativos a justificar publicamente as razões de seu descumprimento, e, assim, a sua legitimidade/ilegitimidade.

Nesse contexto, destaca-se o fenômeno conhecido por “surto de juridificação” (*Verrechtlichungsschub*), que, tal como o tratamos aqui, consiste na expansão, diversificação e sofisticação dos mecanismos pelos quais os poderes públicos, especialmente o Poder Judiciário, passaram a interferir nas relações

² Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, essa obrigação de não regressividade impõe-se mesmo em tempos de crises econômicas, de forma que “a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general de las condiciones de vida [...], que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto” (Observación General nº 4, 1991).

sociais, habitualmente concebidas como pertencentes ao domínio do mercado ou dos costumes, seus limites e suas implicações³.

A ideia que norteia este trabalho é a de que o efetivo reconhecimento constitucional dos direitos sociais, por si só, determina, em qualquer circunstância, e mesmo em tempos de crises econômicas, um núcleo indisponível para os diversos agentes e poderes públicos e/ou políticos, aqui incluídos os órgãos jurisdicionais. Sustentamos que os direitos sociais são direitos exigíveis e plenamente jurisdicionáveis, ou seja, são direitos que podem ser exigidos diante de um tribunal, e tutelados por ele, e, assim, que as políticas públicas, a par das críticas que habitualmente são utilizadas para refutar a atuação dos órgãos jurisdicionais, como a suposta falta de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais e a suposta incompetência técnica dos juízes para lidar com questões econômicas (críticas que não são inteiramente infundadas), podem e devem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, que deve, todavia, pautar a sua ação pela busca da mediação possível entre a garantia dos direitos civis, políticos e sociais, o princípio da divisão dos poderes – separação de funções e responsabilidades, na verdade – e o equilíbrio orçamentário.

A justiciabilidade de um direito e, em consequência, de uma política pública deve ser analisada, portanto, a partir de diversos aspectos, preventivos, sancionatórios ou de controle, ainda que todos eles tenham por objetivo evitar que a vulneração de um direito permaneça impune, estabelecendo algum mecanismo que, de uma forma ou de outra, obrigue os órgãos legislativos ou administrativos a justificar publicamente as razões de certo descumprimento, e, assim, a sua ilegitimidade. Em síntese, partimos da ideia de que os tribunais podem e devem controlar a razoabilidade das respostas dos poderes públicos às demandas sociais, respeitando, no entanto, o princípio da divisão dos poderes – separação de funções e responsabilidades, na verdade – e atentando para as consequências de suas decisões, inclusive atentando para o princípio da proporcionalidade, mas sempre sem afastar-se do seu dever de dar efetividade aos direitos civis, políticos e sociais reconhecidos pela Constituição.

³ A respeito desse “surto de juridificação” (*Verrechtlichungsschub*), v. SCHWARZ, R.; THOMÉ, C. Judicialização e administração pública no Brasil: notas a respeito da concretização dos direitos fundamentais sociais. *Sociedad y discurso*, Aalborg, n. 28, 2015.

2 CRÍTICA DA PERCEPÇÃO CONSERVADORA ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 O CUSTO E A DIMENSÃO PRESTACIONAL DOS DIREITOS

Enquanto os direitos civis e políticos são tradicionalmente identificados como direitos negativos, não onerosos, facilmente exigíveis e, ademais, de fácil proteção, os direitos sociais são habitualmente apontados como direitos positivos, onerosos, vagos, indeterminados e de eficácia mediata, condicionados, na sua concretização, por critérios de razoabilidade ou de disponibilidade, à reserva do possível, ou seja, a contingências, sobretudo a contingências econômico-financeiras, em um claro contexto de disputas alocativas. Em síntese, os direitos sociais trariam em si meros princípios reitores ou cláusulas programáticas, ficando relegados ao alvedrio legislativo e executivo, e, dada a sua dimensão coletiva, não seriam suscetíveis de certas formas de tutela perante os órgãos jurisdicionais, que, diante da reserva do possível, nada deveriam fazer para garanti-los⁴.

Muitas dessas percepções trazem, em si, argumentos históricos e axiológicos para a sua justificação. Mas a verdade é que os mesmos argumentos utilizados para endossar uma visão debilitada dos direitos sociais podem ser facilmente estendidos a todos os direitos, inclusive aos civis e políticos.

A alegação de que os direitos civis e políticos geram, tradicionalmente, obrigações negativas, de abstenção, e são direitos, por isso, “baratos” e de fácil tutela, em contraposição aos direitos sociais, positivos, de intervenção, que seriam, então, direitos “caros” e de difícil tutela, não se sustenta, pois nem os direitos civis e políticos podem ser caracterizados apenas como direitos negativos, de abstenção, nem os direitos sociais podem ser caracterizados apenas como direitos positivos, de intervenção.

Os direitos civis e políticos são, também, direitos positivos, de prestações. Assim, o direito de propriedade, por exemplo, não demanda, apenas, como habitualmente aponta o pensamento liberal clássico, a ausência de interferências arbitrárias por parte do Estado, mas um elevado número de prestações públicas manifestamente onerosas, que vão da criação e manutenção de diversos tipos de registros (de propriedade automotora, imobiliária ou industrial, por exemplo) à

⁴ A respeito de diferentes variações dessa formulação, v. ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 21 e ss.

criação e manutenção de forças de segurança e órgãos jurisdicionais que possam garantir o cumprimento dos contratos que envolvem a propriedade.

O direito político de voto envolve, igualmente, uma ampla e onerosa infraestrutura, que inclui desde questões mínimas, como urnas, cédulas eleitorais etc., a outras mais complexas, como escrutinadores, mecanismos de contagem, recontagem e registros, logística, órgãos jurisdicionais etc.

Todos os direitos civis e políticos, em síntese, comportam, da mesma forma que os direitos sociais, uma dimensão distributiva, cuja satisfação demanda múltiplos recursos, financeiros e humanos⁵. O que está em jogo, portanto, normalmente, não é como garantir direitos “caros”, mas, de fato, decidir *como e com que prioridade* serão alocados os recursos que todos os direitos, civis, políticos e sociais, exigem para a sua satisfação.

Da mesma forma, os direitos sociais, embora normalmente associados a prestações (direitos positivos), também comportam deveres de abstenção. Assim, o direito à moradia diz respeito não apenas a uma demanda por políticas que viabilizem o acesso à moradia, mas também ao direito de não ser arbitrariamente desalojado e de não ter incluídas, nos contratos de locação ou de aquisição do imóvel residencial, cláusulas abusivas. O direito ao trabalho está fundamentalmente relacionado à proteção em face de despedidas arbitrárias, o que importa um dever de abstenção por parte dos empregadores.

Essas obrigações negativas, embora relacionadas a direitos sociais, não dependem de grandes desembolsos, nem se inserem na chamada “reserva do possível”. Além disso, muitas obrigações positivas, relacionadas à satisfação de direitos em geral, sejam eles civis, políticos ou sociais, têm a ver não com prestações fáticas, mas com prestações normativas (leis, por exemplo), que, sem custos diretos, simplesmente inserem um marco regulatório, que os garante. Por outro lado, mesmo algumas prestações fáticas, ainda que centrais para a satisfação de certos direitos, não têm um custo exorbitante, como as que tendem a estabelecer mecanismos locais de consulta e participação popular.

Podemos afirmar, em síntese, que todos os direitos, civis, políticos e sociais, de uma forma ou de outra, consubstanciam obrigações exigíveis, negativas, de abstenção ou respeito, e positivas, de intervenção ou satisfação, dos poderes

⁵ A ideia de que todos os direitos têm um custo constitui o argumento central de HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

públicos, e ainda obrigações concernentes à sua proteção em face de vulnerações provenientes de ações ou omissões de particulares⁶.

2.2 OS DEVERES DE NÃO REGRESSIVIDADE E PROGRESSIVIDADE

Por outro lado, uma das principais obrigações que os direitos sociais geram para os poderes públicos diz respeito a um dever negativo, consubstanciado no princípio da não regressividade, que, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas⁷, obriga os poderes públicos a que não adotem políticas e, em consequência, não sancionem normas que venham a piorar, sem razoável justificativa, a situação dos direitos sociais no país⁸.

Esse mesmo princípio, de irreversibilidade das conquistas sociais, foi articulado constitucionalmente a partir da aprovação, na Alemanha, da Lei Fundamental de Bonn (1949), como corolário da força normativa da constituição e do conteúdo mínimo ou essencial dos direitos nela reconhecidos, e se irradiou

⁶ Shue distingue o amplo leque de obrigações decorrentes de todos os direitos, civis, políticos e sociais, para os poderes públicos, concentrando as obrigações, sobretudo, em três: de evitar privações, de proteger e de ajudar: *to avoid, to protect, to aid* (SHUE, H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. New Jersey: Princeton University, 1980. p. 52-3).

⁷ O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas é o organismo encarregado de supervisionar o cumprimento do PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

⁸ Nesse sentido, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas: “*The principal obligation of result reflected in article 2 is to take steps ‘with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized’ in the Covenant. The term ‘progressive realization’ is often used to describe the intent of this phrase. The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights. Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the raison d’être, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources*” (General Comment nº 3, 1990).

para diversos ordenamentos, como o português⁹, o espanhol, o colombiano, o brasileiro e o francês.

A ideia de não regressividade não retira, ao Estado, a possibilidade de promover certas reformas no âmbito das suas políticas sociais, *prima facie* regressivas, por exemplo, para (re)alocar os recursos necessários à inclusão social de determinados grupos, em situação de maior vulnerabilidade. Mas os poderes públicos deverão demonstrar, sempre, à cidadania, que as alterações que pretendem promover redundam em maior proteção dos direitos sociais.

Atentando para determinados critérios, a razoabilidade ou proporcionalidade de um programa ou de uma ação aparentemente regressiva, em matéria de direitos sociais, pode ser aferida, de modo a permitir ao Estado justificar o programa ou política, sem prejuízo do reconhecimento de um núcleo mínimo absolutamente protegido¹⁰, contra o qual não cabem quaisquer limitações, ainda que “proporcionais”. Há elementos básicos que integram o “teste” de proporcionalidade em alguns ordenamentos contemporâneos, como o alemão, a que podemos recorrer por meio do direito comparado. Esses critérios incluiriam: (a) a *legitimidade* da medida em pauta, ou seja, a sua vinculação ao ordenamento e, sobretudo, aos fins proscritos; (b) a *idoneidade* da medida em pauta, ou seja, o seu caráter realmente adequado à proteção dos fins proscritos; (c) a *necessidade* da medida em pauta, ou seja, seu caráter imprescindível e, antes de tudo, a inexistência de meios menos gravosos para os direitos afetados; e (d) a *proporcionalidade*, em sentido estrito, da medida em pauta, ou seja, se dela derivam mais benefícios e vantagens de interesse geral do que para outros bens e valores em conflito.

A obrigação de não regressividade em matéria de direitos sociais está relacionada a uma obrigação de progressividade. Esse princípio autoriza os poderes públicos 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 aos Estados a postergação indefinida da satisfação dos direitos em pauta. Pelo contrário, demanda ações concretas, começando pela de demonstrar, de fato, que estão realizando o máximo

⁹ Em Portugal, Canotilho aponta para a existência de cláusulas constitucionais implícitas que proíbem uma “evolução reacionária” ou o “retrocesso social” (CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 449).

¹⁰ Sobre as chamadas “teorias absolutas” do conteúdo essencial dos direitos, v. ALEXYY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 288 e ss.

de esforços, e até o máximo de recursos disponíveis – humanos, financeiros, tecnológicos etc. –, para a satisfação, ao menos, do conteúdo essencial dos direitos sociais e para dar soluções, de forma prioritária, aos grupos em situação de maior vulnerabilidade.

2.3 A RESERVA DO POSSÍVEL

A escassez orçamentária, por si só, não pode ser vista como argumento suficientemente sólido para o afastamento do imperativo de implementação dos direitos fundamentais sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, o Estado deve alocar verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais, na medida do possível, mas sempre se impondo o máximo esforço na persecução das garantias dos direitos sociais.

Em síntese, se a ideia da reserva do possível pode ser utilizada como argumento à cidadania, pelos governos, em um contexto de disputas alocativas, no sentido de justificar a falta de efetivação 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 alocados os recursos que os direitos, civis, políticos ou sociais, exigem para a sua satisfação, o poder político, ao invocar a reserva do possível, deve, sempre, demonstrar que está fazendo o máximo de força (em todos os campos: financeiro, pessoal, tecnológico etc.), até o máximo possível, e que está priorizando os grupos mais vulneráveis.

Aqui, observamos um mandado claro, dirigido ao poder político: se há um grupo mais vulnerável e os recursos são, de fato, limitados, as políticas possíveis devem ser prioritariamente dirigidas às necessidades desses grupos mais vulneráveis. Nesse contexto, a justificação da *reserva do possível* encerra um juízo comparativo entre o que *não se pode fazer* e o que *se está fazendo*, e sempre demanda a demonstração do emprego do máximo recurso: se há *superávit* fiscal, por exemplo, não se justifica a exposição de pessoas a condições de vida indigna a partir do expediente da reserva do possível.

2.4 A DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO MÍNIMO DOS DIREITOS

Por outro lado, habitualmente os direitos sociais são caracterizados como direitos “vagos” ou indeterminados. Assim, fórmulas como “direito ao trabalho” diriam muito pouco a respeito do efetivo conteúdo do direito em questão, assim como das obrigações que decorrem dele, razão pela qual os direitos sociais, classicamente, comportariam algumas obrigações de resultado, deixando

indeterminados, todavia, os instrumentos concretos de ação para alcançá-las. Os direitos civis e políticos, ao contrário, não só estipulariam o resultado a ser perseguido, mas, ao menos, indicariam os meios necessários à sua não violação.

Novamente, os argumentos que apontam para uma percepção que leva à conclusão de que os direitos sociais são direitos de difícil proteção não se sustenta. Certo grau de indeterminação, inclusive em termos semânticos, é inerente não apenas à linguagem jurídica, mas à própria linguagem natural. No caso de direitos tidos por *fundamentais*, consagrados em tratados internacionais ou no plano constitucional, essa indeterminação pode decorrer, mesmo, de uma exigência derivada do pluralismo jurídico, pois uma regulação excessiva do conteúdo e das obrigações decorrentes de um direito poderia cercear o espaço democrático do diálogo social a respeito do seu alcance¹¹. Assim, nem a abertura relativa na formulação dos direitos sociais tem o efeito de torná-los ininteligíveis, tampouco a indeterminação supõe um limite insuperável.

Termos caros aos direitos civis clássicos, como honra, propriedade e liberdade de expressão, não são menos obscuros ou mais precisos do que aqueles usualmente encontrados no âmbito dos direitos sociais. Todos os direitos vêm envolvidos de um “núcleo de certeza”¹², delineado por convenções linguísticas e práticas hermenêuticas que absolutamente não são estáticas, mas dinâmicas, e que, por isso, inclusive, contemplam, a qualquer tempo, a possibilidade de desenvolvimento interpretativo, e de “zonas cinzentas”. Nesses contextos, se a maior parte dos esforços elucidativos da atividade legislativa, jurisdicional e doutrinária está voltada para os direitos civis e políticos, isso não corresponde a uma maior obscuridade estrutural dos direitos sociais, mas a uma opção deliberada e claramente ideológica¹³.

Nada impede, portanto, o desenvolvimento de critérios ou indicadores que delimitem o significado mais adequado a determinado direito social. Antes, o estabelecimento desses parâmetros ou indicadores é, mais do que desejável, imprescindível para o controle sobre o cumprimento das obrigações do Estado em matéria de direitos sociais, inclusive para distinguir, por exemplo,

¹¹ Nesse sentido, v. o informe preparado por Mary Daly para o Comitê Europeu para a coesão social (DALY, M. *Acesso aos direitos sociais na Europa*: relatório do Conselho da Europa. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2003).

¹² Nesse sentido, v. HART, H. *El concepto del derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

¹³ Cf. ALEXY, R. Op. cit., p. 490.

se o descumprimento de uma obrigação decorre de falta de capacidade ou de verdadeira falta de vontade política. Ou mesmo para verificar se, em um dado ordenamento jurídico concreto, foi produzida, em um certo período de tempo, uma situação de regressão, estancamento ou progressão em matéria de direitos sociais. Ademais, dados inexatos, incorretos ou mesmo falseados tendem a ser elementos determinantes em muitas violações de direitos sociais. A existência, ou não, de *recursos suficientes* para o financiamento de uma política pública, e a sustentação de critérios de elaboração, aplicação e avaliação de políticas, pautados por argumentos como *razoabilidade* e *adequação*, são questões sujeitas a comprovação, inclusive por meio de dados estatísticos, e a cujos argumentos sempre é possível opor outros.

Muitos desses critérios são o que denominamos *soft law*, ou seja, constituem pautas meramente interpretativas, que, apesar de possuírem estrutura jurídica, não têm caráter obrigatório. No entanto, sua invocação pelos destinatários do direito e a sua tomada em consideração pelos poderes públicos poderia contribuir, de forma eficiente, para a definição de um conteúdo dos direitos sociais e das obrigações que deles decorrem, quer para os poderes públicos, quer para os particulares.

Nesse sentido, por exemplo, diversos tribunais têm desenvolvido a tese da existência de marcos mínimos ou essenciais em matéria de direitos sociais, obrigatórios tanto para os poderes públicos quanto para os atores privados, a partir do direito internacional ou dos marcos consagrados nos próprios ordenamentos constitucionais. O Tribunal Constitucional alemão, assim, entendeu que, apesar de não estarem consagrados direitos sociais, de forma explícita, na Lei Fundamental de Bonn, é possível derivar dela o direito a um mínimo vital existencial, quer vinculado ao princípio da dignidade da pessoa¹⁴, quer vinculado ao princípio de igualdade material¹⁵, quer vinculado ao princípio do Estado social¹⁶. Da mesma forma, a Corte Constitucional colombiana

¹⁴ “1. Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt” (A dignidade da pessoa humana é intangível. Todos os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la).

¹⁵ “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” (Cada um tem o direito à vida e a integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. A limitação a tal direito não pode ser feita senão através da lei).

¹⁶ “20.1. Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat” (A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social).

deduziu, do texto constitucional, o direito a um “mínimo vital”, integrado por aqueles bens e serviços necessários a uma vida digna, sobretudo em situações de urgência¹⁷, estendendo o alcance deste “mínimo” à definição de direitos como à saúde, à moradia e à seguridade social. Assim, nem a determinação do conteúdo dos direitos sociais, nem a estipulação das ações que a sua satisfação exige, tampouco a identificação dos sujeitos obrigados são questões que se colocam fora do alcance dos órgãos jurisdicionais.

2.5 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES

Ressaltamos que os direitos sociais obrigam as autoridades estatais, sejam elas do Poder Executivo, do Legislativo ou do próprio Judiciário, mas também podem obrigar atores privados, como os empregadores, os prestadores de serviços na área da saúde ou da educação e os administradores de fundos de aposentadorias e pensões. Essa vinculação dos particulares a direitos fundamentais pode ser produto de um reconhecimento expresso do legislador constituinte¹⁸ ou, ainda, pode derivar de diferentes princípios jurídicos: desde a proibição de discriminação e as cláusulas de boa-fé até o princípio da tutela da parte contratual mais fraca ou da função social da propriedade.

Claro é que as obrigações pertinentes a direitos sociais não se projetam, da mesma forma, sobre todos os atores privados, mesmo porque nem todos os particulares encarregados de subministrarem bens e serviços encontram-se em uma mesma situação de poder e supremacia em face de terceiros. Assim, o grau de vinculação ao respeito e à satisfação de direitos sociais, para os particulares, está direta e proporcionalmente relacionado ao seu tamanho, influências e recursos¹⁹.

¹⁷ “Esta vinculación entre el concepto de mínimo vital y las situaciones de urgencia constitucional fue analizada por la Corte [Constitucional de Colombia], por ejemplo, en su Sentencia T-1150, de 2000, sobre desplazamiento forzoso.” (ÁVILA, J. *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Cinep-Diakonia, 2002. p. 163)

¹⁸ O art. 18.1 da Constituição de Portugal, por exemplo, estabelece que: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

¹⁹ Esse é, por exemplo, o critério de vinculação dos particulares estabelecido pela *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* (2000), lei sul-africana para a promoção da igualdade e a prevenção da discriminação injusta.

2.6 SÍNTESE: OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em síntese, todos os direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos ou sociais, têm uma compleição complexa, parte positiva, parte negativa, e todos os direitos são, de uma forma ou outra, onerosos, assim como todos os direitos são judicializáveis. Não negamos que, tratando casuisticamente de um determinado direito, certos elementos podem ter um efeito simbólico mais forte que outros, e que os direitos prestacionais, que exigem, de fato, maiores desembolsos financeiros, são mais difíceis de garantir que outros direitos, que não demandam maiores custos, seja por questões financeiras e orçamentárias, seja pelo caráter conflitivo de que se revestem os aportes e transferências de recursos em um quadro de disputas alocativas. No entanto, o que ressaltamos é que nenhum desses problemas diz respeito, apenas, aos direitos sociais, mas se encontram tais questões relacionadas a todos os direitos fundamentais na sua dimensão prestacional, sejam eles direitos civis, políticos ou sociais. Assim, se, por um lado, ninguém sustentaria, hoje, que a liberdade de expressão comporta, de fato, em um ambiente democrático, o acesso gratuito e incondicional de qualquer pessoa, em qualquer situação, a espaços de mídia, rádio e televisão, não podemos sustentar, por exemplo, que o direito à moradia ou à saúde comportaria o dever automático e incondicional dos poderes públicos de proporcionar uma casa ou medicamentos gratuitos a todas as pessoas e em qualquer circunstância.

Se o que está em jogo, todavia, não são simples concessões revogáveis, mas direitos fundamentais, os poderes de turno devem observar uma série de obrigações que não podem ser indefinidamente postergadas: desde a obrigação de não regressividade em matéria de direitos sociais até a de adotarem medidas de proteção dos direitos sociais em face de abusos dos atores privados em relações de poder, sem prejuízo do dever de garantir, de forma permanente, o conteúdo mínimo dos direitos sociais, relacionado com aquilo que é delineado, inclusive culturalmente, como o mínimo existencial.

Nessa ótica, a alocação de uma determinada expectativa da pessoa, de viver de maneira digna, de conservar a saúde ou de decidir de maneira autônoma sobre os planos de vida, ao catálogo dos direitos civis ou dos direitos sociais revela-se uma questão meramente ordenatória, ou quase semântica. Uma categorização rigorosa implicaria admitir a existência de um *continuum* entre uns e outros direitos, sem que nem as obrigações que eles contêm, nem o caráter mais ou menos indeterminado da sua formulação, possam converter-se em verdadeiros elementos de diferenciação categórica. O mais relevante, assim,

não seria opor os direitos civis e políticos aos direitos sociais, mas destacar a contraposição existente entre direitos generalizáveis e privilégios excludentes.

A par da existência de diversos argumentos que desmentem a tese segundo a qual os direitos sociais são direitos estruturalmente diferentes dos direitos civis e políticos, essa caracterização tem um forte impacto, do ponto de vista dogmático, sobre a questão da tutela dos direitos sociais, que tradicionalmente são vistos como direitos não fundamentais e, assim, de tutela debilitada, pois não contam com mecanismos de proteção e garantias similares aos que dizem respeito aos direitos civis e políticos.

Essa formulação implica, por um lado, que os direitos sociais apresentar-se-iam como direitos de livre configuração legislativa, ou seja, direitos cuja realização ficaria ao alvedrio dos poderes de turno, que decidiriam o que fazer com eles, sem que pudéssemos impor maiores limites ou vínculos a essa discricionariedade, e, por outro lado, que os direitos sociais não seriam direitos jurisdicionalizáveis, ou seja, não poderiam ser invocados perante um tribunal com o objetivo de que o órgão jurisdicional viesse a estabelecer medidas de reparação diante da sua violação por parte dos poderes políticos ou de atores privados.

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

Sobre um ponto de vista dogmático, todavia, a situação apresenta-se um pouco mais complexa. Em linhas gerais, temos que, habitualmente, os direitos ditos fundamentais são aqueles a que se atribui maior relevância dentro de um determinado ordenamento jurídico, relevância que pode ser medida a partir da inclusão do direito em normas de maior valor no âmbito do ordenamento interno, como as constitucionais, ou mesmo em tratados e convenções internacionais²⁰.

É possível, assim, que determinados direitos, que poderiam ser considerados fundamentais desde um ponto de vista axiológico, também o sejam a partir de uma perspectiva dogmática. Mas nem sempre há essa conexão, de forma que os ordenamentos podem incorporar, em si, como fundamentais,

²⁰ Nesse sentido, v. FREIRE, A. *La garantía en el Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997. p. 1120.

interesses e necessidades discriminatórias ou excludentes, sempre criticáveis do ponto de vista axiológico²¹.

De qualquer forma, contra a tese segundo a qual os direitos sociais são direitos de tutela frágil, debilitada, afirmamos que não são, de fato, as garantias concretas de determinado direito que lhe permitem categorizar como fundamental. Ao contrário, é precisamente a inclusão de um direito, no ordenamento positivo, como fundamental que obriga os operadores jurídicos a maximizarem os mecanismos necessários à sua garantia e proteção. Portanto, se, a partir de uma perspectiva axiológica, podemos dizer que há certa equivalência entre as expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos das pessoas”, a partir de uma perspectiva dogmática, podemos dizer que há certa equivalência entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos constitucionais”. Dessa forma, a eventual ausência de garantias, legislativas ou jurisdicionais, para um direito constitucional, seja ele civil, político ou social, não leva à conclusão de não se tratar de um direito fundamental, mas, ao contrário, demonstra a falta de cumprimento, ou o cumprimento insuficiente, do mandado implícito de atuação contido na norma, por parte dos operadores políticos e jurídicos. Não é o direito que não é fundamental, mas o poder político é que incorre em uma atuação desvirtuada ou omissa, que deslegitima essa atuação²².

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, inclusive (ou principalmente) obrigações de não discriminação, não regressividade e progressividade. Isso não obsta, por certo, que o alcance concreto de determinados direitos dependa do que os próprios ordenamentos vierem a estipular. Há constituições, como a brasileira de 1988, que desenvolvem, de maneira bastante minuciosa, o conteúdo dos direitos sociais²³; outras, somente oferecem regulações mínimas dos direitos sociais, ou relegam esses direitos ao

²¹ Assim, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos consagra, como *fundamental*, o direito ao porte de armas, enquanto o Tratado Constitucional Europeu (2004) estabelece uma clara prioridade das liberdades de mercado sobre os direitos sociais.

²² Nesse sentido, v. FERRAJOLI, L. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001. p. 45.

²³ Nesse sentido, também, as Constituições da Itália, de 1947, e de Portugal, de 1976. A Constituição da África do Sul, de 1996, incorpora direitos sociais *emergentes*, que vão além dos tradicionais, como o direito à água.

âmbito dos direitos meramente implícitos²⁴. Há constituições que estipulam, com detalhes, as obrigações que a consagração de um direito comporta para os poderes públicos e mesmos para os atores privados, enquanto outras apenas fazem menção a essas obrigações²⁵.

Se a inserção, no texto constitucional, indica o caráter fundamental de um direito social, isso não é, todavia, um requisito imprescindível, dado o princípio da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos, pois qualquer constituição que inclua o princípio da igualdade em matéria de direitos civis e políticos básicos estaria portando, no fundo, um mandado de generalização que obrigaria à inclusão, ao menos de forma indireta, dos direitos sociais a eles vinculados. Isso ocorre, atualmente, em diversos ordenamentos que não reconhecem, explicitamente, os direitos sociais, ou não outorgam a esses direitos o estatuto de direitos fundamentais. Assim, por exemplo, nesses ordenamentos, o direito à moradia digna tem sido deduzido de outros direitos, como o da inviolabilidade de domicílio, à intimidade ou à vida privada e familiar²⁶.

Quando afirmamos que os direitos sociais são direitos de configuração legislativa, as ideias que nos vêm são a de que, a par do seu reconhecimento constitucional, esses direitos apenas se tornam exigíveis a partir do momento em que sejam desenvolvidos pelo legislador, e a de que o legislador, como representante da vontade expressa nas urnas, tem uma margem discricionária quase ilimitada para proceder ou não a esse desenvolvimento. Essas ideias, no entanto, não se sustentam.

Todos os direitos, e não apenas os direitos sociais, tampouco os direitos políticos, de participação, são direitos de configuração legislativa, no sentido de que, para a sua eficácia plena, é imprescindível – de uma forma ou de outra – a intervenção legislativa. A lei, tanto pela legitimidade formal dos órgãos de que provém quanto pelo seu alcance potencialmente generalizável, é uma fonte

²⁴ Por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos.

²⁵ A Constituição do Equador (1996), por exemplo, estipula, no seu art. 96, que: “*En el presupuesto se destinará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes del gobierno central para la educación y la erradicación del analfabetismo*”.

²⁶ No caso *López Ostra contra España* (1994), o Tribunal Europeu de 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 nas suas imediações constituía uma violação do direito à vida privada e familiar. No caso, estão envolvidos direitos ao meio ambiente, à saúde, à moradia, de forma inter-relacionada.

privilegiada de produção jurídica nos ordenamentos modernos e constitui uma garantia primária da satisfação de qualquer direito.

Todos os direitos fundamentais, civis, políticos ou sociais, exigem prestações legislativas (assim, por exemplo, a eficácia do direito à saúde pressupõe leis que evitem as discriminações no acesso aos serviços sanitários básicos ou que intervenham no mercado para assegurar medicamentos básicos a baixo custo), que podem, é claro, ter diferentes alcances. A maior ou menor regulação, por certo, poderá reforçar ou debilitar as possibilidades de exigibilidade judicial dos direitos em questão, mas não impede, por si só, que esses direitos tenham, ao menos, um conteúdo mínimo, indisponível aos poderes de turno e suscetível, por isso mesmo, de algum tipo de tutela jurisdicional, mesmo à falta de regulação legislativa.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, inclusive em épocas de crise ou de dificuldades fáticas, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos²⁷. Da mesma forma, diferentes ordenamentos consagram a obrigação dos Estados, de respeito ao conteúdo mínimo ou essencial dos direitos reconhecidos em constituições ou convenções e tratados internacionais²⁸, conteúdo que está condicionado pelo contexto em que se aplica o direito, e que admite uma permanente atualização histórica – o conteúdo essencial desses direitos não comporta uma concepção abstrata ou transcendente: a fronteira entre aquilo que podemos considerar

²⁷ Nesse sentido, v. Observación General nº 4 (1991).

²⁸ 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” (Quando, de acordo com a presente lei fundamental, um direito fundamental puder ser restringido por uma lei ou em virtude de uma lei, esta deve valer de forma geral, e não somente para um caso específico. O direito fundamental, além disso, deve estar enunciado na lei, com a indicação do artigo referido. Não deve, todavia, em caso algum, importar em infração à substância de um direito fundamental), bem como o art. 18 da Constituição portuguesa (1976): “(1) Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. (2) A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (3) As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

essencial, ou básico, e aquilo que podemos caracterizar como adicional, ou não essencial, é sempre móvel, histórica e aberta.

De qualquer forma, esse mínimo será, sempre, uma barreira intransponível, que obriga a uma permanente delimitação que demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e legisladores. O que sustentamos é que o reconhecimento constitucional dos direitos sociais, por si só, determina, em qualquer circunstância, e mesmo em tempos de crises econômicas, um núcleo indisponível para os poderes de turno, inclusive para os órgãos jurisdicionais, razão pela qual nenhum desses poderes pode deixar de reconhecê-los e, assim, de assegurá-los a todas as pessoas, sobretudo para aquelas que se encontram em posição mais vulnerável²⁹.

Em síntese, ou todos os direitos, civis, políticos e sociais são, estruturalmente ou por razões de conveniência política, direitos de livre configuração legislativa, que ficam com a sua efetividade vinculada à discricionariedade dos poderes de turno, ou são, como afirmamos, todos, direitos cujos limites, positivos ou negativos, são indisponíveis aos poderes de turno, inclusive às maiorias legislativas ou aos órgãos jurisdicionais. Assumimos, assim, o ideal normativo da democracia constitucional, ou de uma democracia em que a satisfação ou não de um direito a que se vincula a segurança material e a autonomia da pessoa não esteja alienada à discricionariedade de nenhum poder.

3 A CRÍTICA À JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Por fim, refutamos a ideia dos direitos sociais como direitos não jurisdicionáveis, ou seja, como direitos que não poderiam ser exigidos diante de um tribunal, nem tutelados por ele. A questão de ser um direito jurisdicionável, ou não, não é absoluta – sim ou não –, mas encerra um conceito gradual. A justiciabilidade de um direito deve, sobretudo, ser analisada sob diversos aspectos, preventivos, sancionatórios ou de controle, ainda que todos eles tenham por objetivo evitar que a vulneração de um direito permaneça impune, estabelecendo algum mecanismo que, de uma forma ou de outra, obriga os órgãos legislativos ou administrativos a justificar publicamente as razões de certo descumprimento, e, assim, a sua ilegitimidade.

²⁹ Nesse sentido, segundo Pisarello: *“No sólo existiría, en suma, un contenido mínimo o esencial atribuible a cada derecho civil, político o social, de manera aislada, sino también un mínimo de población, la integrada por los colectivos en mayor situación de vulnerabilidad, que, sobre todo en épocas de crisis, debería gozar de la protección prioritaria de los poderes públicos”* (PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007. p. 86).

Quando falamos em justiciabilidade de direitos, todavia, habitualmente verificamos a existência de dois argumentos centrais que tendem a refutar a atuação dos órgãos jurisdicionais: por um lado, a falta de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais³⁰, e, por outro, a incompetência técnica dos juízes para lidar com questões econômicas³¹.

3.1 O ARGUMENTO DA FALTA DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS JUÍZES

Segundo o argumento da falta de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais, admitir a exigibilidade judicial dos direitos sociais introduziria, nos sistemas participativos de representação popular, um inadmissível elemento antidemocrático. Os representantes eleitos, nesse contexto, veriam as suas ações suplantadas, no âmbito das políticas públicas, por funcionários que não têm responsabilidade política, no sentido de que não prestam contas ao eleitorado, e que, em última análise, dão a palavra final sobre essas questões. Além disso, esse controle desvirtuaria a função que as constituições desempenham nas complexas sociedades pluralistas contemporâneas: ao intervir em certas políticas sociais públicas, os órgãos jurisdicionais estariam, na realidade, “constitucionalizando”, de maneira indireta, certo modelo econômico de desenvolvimento concreto, de modo que a constituição deixaria, assim, de conter um mandado aberto e pluralista³², no qual cabem doutrinas políticas diversas, para converter-se, de fato, na expressão das doutrinas que contariam com a simpatia dos magistrados.

3.2 O ARGUMENTO DA FALTA DE COMPETÊNCIA TÉCNICA DOS JUÍZES

Por outro lado, segundo o argumento da falta de competência técnica dos juízes para lidar com questões econômicas, seria verdadeiramente perigoso deixar que os juízes viessem a intervir em questões complexas, dada a falta de conhecimento sobre questões específicas em matéria econômica e social. Além disso, tais intervenções tenderiam a desconhecer restrições de ordem orçamentária e a ser irresponsáveis do ponto de vista do respectivo impacto

³⁰ Sobre a carência democrática do Poder Judiciário, a propósito da Suprema Corte dos Estados Unidos, v. BICKEL, A. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New York: Yale University, 1986.

³¹ Cf. FABRE, C. *Social rights under the Constitution*. Oxford: Clarendon, 2000. p. 128.

³² Sobre a ideia de “Constituição aberta”, v. REVORIO, F. *La Constitución como orden abierto*. Madrid: Mac Graw-Hill, 1997. p. 3.

financeiro, levando a uma espécie de “populismo” judicial, contexto em que a própria participação popular resultaria debilitada, pois levaria os cidadãos a abandonar ou, ao menos, menosprezar as disputas eleitorais e as diversas formas de mobilização social, privilegiando a interposição de ações judiciais³³. E, por fim, os tribunais ainda careceriam de ferramentas e mecanismos processuais adequados para que pudessem efetivar uma tutela como a que os direitos sociais normalmente exigem.

Essas críticas não são, na realidade, infundadas. No entanto, a partir de uma perspectiva que pretende valorizar todas as vias possíveis de garantia dos direitos sociais, não podemos considerá-las conclusivas. A falta de legitimidade democrática dos juízes, no mais das vezes, não se revela expressiva; antes, os tribunais, quando atuam na tutela dos direitos sociais, controlando ações ou omissões dos demais poderes públicos ou mesmo de atores privados, vulneradoras de direitos, não apenas atuam de acordo com o princípio democrático, mas podem vir a 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 demonstra-se legítima em múltiplas situações³⁴.

3.3 A JUDICIALIZAÇÃO COMO CONCRETIZAÇÃO DO PARADIGMA DEMOCRÁTICO

De fato, não podemos ignorar, aqui, o fenômeno a que se convencionou chamar de “surto de juridificação” (*Verrechtlichungsschub*). É necessário atentar para a circunstância de que esse fenômeno, embora tenha se intensificado no curso da expansão do *Welfare State* europeu, e possa ser visto como seu subproduto necessário, faz-se presente em toda a experiência jurídica contemporânea.

Ora, a extensão do controle jurisdicional, realidade irrefutável, longe de pautar-se pela falta de legitimação democrática, vem, ao contrário, efetivar o

³³ Sobre esta possível “fetichização” do uso dos direitos, v. BROWN, W.; WILLIAMS, P. *La crítica de los derechos*. Trad. Isabel Jaramillo. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2003.

³⁴ Por exemplo, no caso *Himachal Pradesh State v. Sharma* (1986), o Tribunal Supremo da Índia ordenou ao governo a construção de uma estrada a respeito 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 muito tempo, por não haver lhe conseguido um emprego por seis meses, como havia se comprometido. Sobre essas decisões, v. PISARELLO, G. Op. cit., p. 91.

paradigma democrático, superando a chamada dificuldade contramajoritária. Assim, ao menos conjunturalmente, na verdadeira democracia representativa, a tutela dos direitos fundamentais e dos princípios relacionados ao próprio Estado Social e Democrático de Direito não pode estar adstrita, apenas, a órgãos legislativos, naturalmente sensíveis às pressões majoritárias (da maioria) e escassamente sensíveis a demandas que não veiculam, em si, possíveis benefícios eleitorais imediatos, ou ainda aquelas demandas que escapam à pauta das prioridades políticas estabelecidas por certa “lógica de partido”.

Nesse contexto, é exatamente o suposto elemento antidemocrático (a falta de responsabilidade política e a relativa independência que daí advém) que torna o Poder Judiciário instrumento “idôneo” (se bem que não o único, tampouco necessariamente o principal) a certo controle sobre os demais poderes, politicamente sensíveis, em matéria de direitos civis, políticos e sociais, especialmente no que diz respeito aos interesses politicamente pouco visíveis e audíveis das “minorias” (às vezes, verdadeiras majorias) marginalizadas à luz dos canais representativos tradicionais. É o caso, por exemplo, dos presos e dos imigrantes, que não poucas vezes encontram no âmbito dos tribunais a proteção que os órgãos políticos lhes denegam³⁵.

O controle jurisdicional sobre as políticas econômicas e sociais não se revela, portanto, uma expressão restritiva à democracia; ao contrário, revela-se uma verdadeira condição para a sua manutenção no tempo e para a adequação da ação dos poderes políticos aos princípios do próprio Estado social. O controle de constitucionalidade, sobretudo, apresenta-se, assim, como um paradoxal instrumento de desbloqueio das instâncias representativas de tomadas de decisões, garantindo o correto funcionamento dos procedimentos democráticos e evitando a submissão das obrigações políticas em termos de direitos civis, políticos e sociais à tecnocracia ou ao partidarismo – é claro, todavia, que uma justificação desse tipo para a intervenção jurisdicional sobre as políticas econômicas e sociais não pode ser vista como uma justificação *tout court* para as intervenções jurisdicionais. Tratamos, aqui, apenas de oferecer cobertura àquelas

³⁵ “Refiriéndose a estos supuestos en Estados Unidos, el juez Brennan, miembro del Tribunal supremo, constataba que ‘las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar las condiciones inhumanas’. E intentando explicar las razones de ese papel, argumentaba: ‘Aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las cuestiones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo.’” (UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, Bogotá, n. 12, p. 164-5, 2001.)

intervenções dirigidas à efetivação normativa dos direitos que estão na base dos procedimentos democráticos, inclusive os direitos sociais básicos, refutando outras, que tendem, com frequência, a restringir o alcance desses direitos.

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 de verdadeiras maiorias marginalizadas, não fragilizaria o caráter “aberto” da Constituição, nem o pluralismo político, tampouco o próprio princípio democrático. Ao contrário, esses controles apenas assentariam sua maior possibilidade real de concretização, de forma adequada ao princípio do Estado social³⁶.

Quanto à falta de competência técnica dos juízes para lidar com questões econômicas, também não é, de fato, uma razão apta ao afastamento da justiciabilidade dos direitos sociais.

Os tribunais se veem, habitualmente, chamados a resolver lides que envolvem expressivas questões econômicas – assim, as soluções jurisdicionais em matéria de direito do trabalho, direito tributário, direito das sucessões, direito econômico e direito empresarial e falimentar, por exemplo, contêm muitas questões que envolvem a gestão de bens, a estipulação de danos e prejuízos, cálculos de interesses e de lucros cessantes e outras questões de irrefutável complexidade, que, na sua maioria, demandam certo conhecimento técnico e que, nem por isso, estão imunes à intervenção jurisdicional. Na resolução de certas questões complexas, ademais, o juiz pode valer-se de peritos, ainda que, ordinariamente, não esteja adstrito às suas conclusões.

Da mesma forma, ressaltamos que eventuais impactos das decisões jurisdicionais em matéria de direitos sociais, em questões financeiras e orçamentárias, não podem ser usados como obstáculo absoluto à justiciabilidade

³⁶ Segundo Canotilho (1995, p. 9 e ss.), a “abertura” constitucional não equivale à neutralidade, e se queremos prolongá-la no tempo temos que ser capazes de preservar as bases materiais que sustentam os processos de democratização: uma Constituição que reconhece direitos sociais ou que, em nome do princípio do Estado social, impõe deveres, positivos e negativos, aos poderes públicos e ao mercado não pode ser “neutra” em termos econômicos, do mesmo modo que uma Constituição que proíbe a tortura e garante o devido processo não é “neutra” em matéria de política criminal (CANOTILHO, J. J. G. Revisar/la o romper con la Constitución dirigente? *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 43, p. 9, 1995.). Assim, segundo Uprimny, 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 de greve ou a regressão deliberada em matéria de direitos sociais (UPRIMNY, R. Op. cit., p. 190).

dos direitos sociais. Por um lado, como já tratamos de expor, muitas das atuações jurisdicionais relacionadas à tutela de direitos sociais não têm, por si só, maiores repercussões financeiras ou orçamentárias: podem consistir, assim, em medidas cautelares contra despejos ou em mandamentos direcionados ao legislador ou à Administração Pública, no sentido de que completem o marco regulatório de algum direito social. Por outro lado, se é inevitável que muitas das decisões jurisdicionais pertinentes a direitos sociais tenham repercussões financeiras e orçamentárias, a verdade é que isso também acontece em relação à tutela de outros direitos, civis e políticos, inclusive na tutela dos tradicionais direitos patrimoniais, tutela que por vezes inclui compensações monetárias e desembolsos não previstos no orçamento³⁷.

Na realidade, é inevitável o impacto financeiro e orçamentário das atuações do Poder Judiciário na tutela dos direitos civis, políticos e sociais se aceitamos 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 intransponível 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 direitos³⁸.

Parece-nos claro, todavia, que o fato de que a livre configuração dos gastos públicos não seja absoluta não queira dizer que as intervenções jurisdicionais nunca devam levar em conta as consequências não apenas orçamentárias e financeiras, mas também políticas e sociais de suas ações. Mas certa sensibilidade em face das consequências de sua própria atuação não pode ser confundida com o ideário pragmático segundo o qual toda a intervenção do Poder Judiciário com repercussões econômicas põe em perigo, naturalmente, o equilíbrio orçamentário, ou constitui uma intervenção ilegítima em um campo reservado à política. Na prática, ademais, os tribunais têm pautado a sua ação, nesse contexto, pela busca da mediação possível entre a garantia dos direitos civis, políticos e sociais básicos e o princípio da divisão dos poderes e o equilíbrio orçamentário.

³⁷ Cf. 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. p. 91.

³⁸ Cf. ARANGO, R. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El otro derecho*, Bogotá, n. 28, 2002. p. 118 e ss.

O argumento da falta de recursos e da reserva do possível não pode ser considerado um argumento absoluto e definitivo a afastar o controle jurisdicional. Ao contrário, em muitas oportunidades os tribunais têm demonstrado que a atuação pública requerida não era tão complexa ou onerosa como sustentavam os órgãos políticos, têm se utilizado de números e dados alternativos, que demonstram a falácia de certas impossibilidades, ou têm incluído nesses números e dados, por exemplo, custos deliberadamente excluídos, como os custos que a postergação de determinada política pode gerar para o futuro³⁹.

Por outro lado, muitas vezes as decisões em questão não são unilaterais, dos tribunais, mas têm sido entabuladas a partir de um diálogo não necessariamente condescendente com os demais poderes públicos, instando-os à reparação de ações e omissões inconstitucionais, relacionadas aos direitos sociais⁴⁰. Assim, os tribunais têm emitido, em alguns países, como no Brasil e em Portugal, declarações pelas quais afirmam que uma política tem elementos inconstitucionais, mas, para evitar consequências econômicas ou sociais indesejadas, deixam de anulá-la de imediato, determinando ao legislador ou à Administração Pública, em um tempo razoável, a sua adequação ao ditado constitucional⁴¹.

Por vezes, a tradicional atuação dos tribunais frente a graves vulnerações de direitos tem dado lugar a sentenças não meramente declaratórias da inconstitucionalidade, mas a verdadeiras *structural injunctions*, decisões que determinam as medidas concretas a serem adotadas pelos poderes públicos, fixam um cronograma de implementação e determinando outras medidas que

³⁹ Nesse sentido, Langford cita o caso *Auton*, de 2000. Nesse caso, o governo da Columbia Britânica, no Canadá, utilizou-se do argumento da *reserva do possível* para não financiar um programa de tratamento de crianças autistas. O tribunal supremo provincial rechaçou o argumento, considerando a vulneração do direito básico de não ser discriminado das pessoas afetadas pelo autismo. Para justificar sua decisão, o tribunal valeu-se de dois critérios que levavam em conta o orçamento público. Por um lado, sustentou que os gastos demandados pelo programa, para a assistência de menores em idade de desenvolvimento educacional e social, seriam consideravelmente menores do que aqueles necessários ao seu tratamento a longo prazo, se o referido programa não fosse implantado. Por outro, opôs à argumentação do governo provincial o fato de que outras regiões do território canadense haviam implantado programas semelhantes, enfraquecendo o argumento de que o valor científico do programa não justificava um gasto semelhante (LANGFORD, M. Op. cit., p. 94).

⁴⁰ Sobre a experiência europeia, v. AJA, E. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

⁴¹ No Brasil e em Portugal, essas declarações ou reenvios permitiram o surgimento do controle sobre situações de inconstitucionalidade oriundas de omissões legislativas.

asseguem a efetividade das próprias decisões⁴². Nesses casos, a gravidade e a complexidade da situação justifica, inclusive, um amplo diálogo entre os tribunais, os poderes públicos e os próprios sujeitos afetados, que se prolonga também à fase de execução da sentença⁴³.

Um dos mecanismos de que se vêm utilizando os tribunais para realizar esse tipo de controle é o emprego do princípio da proporcionalidade, que lhes permite indagar se certa política pública diz respeito a fins constitucionalmente legítimos, se é adequada ou não para o atingimento desses fins e se essa política se vale dos meios possíveis, menos onerosos, para os direitos que afeta. Esse controle de proporcionalidade está, na realidade, estreitamente associado ao controle de razoabilidade, mediante o qual alguns tribunais, como o sul-africano, chegaram a incluir um “dever de prioridade dos mais vulneráveis”, ou seja, a obrigação de que a política pública analisada ofereça respostas de curto, médio e longo prazo, se não para toda a sociedade, ao menos para um setor considerável dos grupos mais vulneráveis, com necessidades mais urgentes⁴⁴.

Nesse contexto, a resolução procedimentalizada de conflitos redistributivos é de fácil colocação em uma justificação substancialmente democrática da função jurisdicional, que lhe pretende atribuir não apenas, e por si só, a última palavra em questões pertinentes aos direitos sociais e às suas garantias, mas a função de preservar a qualidade deliberativa do próprio processo legislativo e da sua própria execução. A partir daí, uma das principais obrigações dos órgãos políticos, sujeitos ao controle jurisdicional sobre a sua atuação, seria proporcionar informações adequadas sobre as questões relevantes de cada caso, ouvir os sujeitos afetados por certa política pública, centrando a sua atenção, sobretudo, nos grupos mais vulneráveis, e oferecer à opinião pública, claramente, as razões de suas ações ou omissões a respeito da matéria.

⁴² Segundo Fiss, as *structural injunctions* têm uma larga tradição nos Estados Unidos, onde foram utilizadas, por exemplo, para introduzir reformas penitenciárias e políticas de erradicação de discriminação racial nas escolas (FISS, O. *The law and it could be*. New York: New York University, 2003).

⁴³ A corte constitucional colombiana, por exemplo, desenvolveu o conceito de *estado de cosas inconstitucional* para descrever “*aquellas situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas – y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir, que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades*” (Sentencia T-153, 1988).

⁴⁴ Cf. SUNSTEIN, C. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University, 2001. p. 221.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, os poderes públicos não podem, de fato, ser levados a fazer o impossível. No entanto, o que é possível (ou impossível) na esfera econômica, social e cultural deve ser provado, e não apenas presumido. Assim como já ressaltamos, os órgãos políticos devem sempre demonstrar que estão empregando o máximo de seus esforços, até o máximo de seus recursos, para satisfazer os direitos em questão; que estão divulgando informações suficientes e claras, e ouvindo os destinatários dos direitos em questão; que estão esforçando-se para controlar e monitorar o efetivo cumprimento das políticas e programas já existentes, além de planejar para o futuro; e que, no cerne das políticas e programas que estão sendo planejados ou executados, está a solução, a curto, médio ou longo prazo, para os problemas que afetam, sobretudo, os grupos em situação de maior vulnerabilidade, 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 dos poderes e atentando para as consequências de suas decisões, mas sempre sem afastar-se do seu dever de dar efetividade aos direitos civis, políticos e sociais reconhecidos pela Constituição.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- AJA, E. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ARANGO, R. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El otro derecho*, Bogotá, n. 28, 2002.
- ÁVILA, J. *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Cinep-Diakonia, 2002.
- BICKEL, A. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New York: Yale University, 1986.
- BROWN, W.; WILLIAMS, P. *La crítica de los derechos*. Trad. Isabel Jaramillo. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. Revisar/la o romper con la Constitución dirigente? *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 43, 1995.

DALY, M. *Acesso aos direitos sociais na Europa: relatório do Conselho da Europa*. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2003.

FABRE, C. *Social rights under the Constitution*. Oxford: Clarendon, 2000.

FERRAJOLI, L. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

FISS, O. *The law and it could be*. New York: New York University, 2003.

FREIRE, A. *La garantía en el Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.

HART, H. *El concepto del derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

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.

NACIONES Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2001. Disponível em: <http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs25_sp.htm>. Acesso em: 13 ago. 2016.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

REVORIO, F. *La Constitución como orden abierto*. Madrid: Mac Graw-Hill, 1997.

SCHWARZ, R.; THOMÉ, C. Judicialização e administração pública no Brasil: notas a respeito da concretização dos direitos fundamentais sociais. *Sociedad y discurso*, Aalborg, n. 28, 2015.

SHUE, H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. New Jersey: Princeton University, 1980.

SUNSTEIN, C. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University, 2001.

UNITEDNations.EconomicandSocialCouncil.GeneralCommentnº3.1990.Disponívelem:<https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3>. Acesso em: 13 ago. 2016.

UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía.
Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes, Bogotá, n. 12, 2001.

Submissão em: 03.01.2016

Avaliado em: 04.11.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 10.11.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 02.01.2017