

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva

Liana Cirne Lins

Sumário

1. Introdução: o tripé denegatório da justiciabilidade das normas de direito social e a concretização constitucional seletiva. 2. A vinculação dos direitos sociais: formalmente reconhecida e veladamente negada. 3. Densidade normativa e exigibilidade dos direitos sociais. 3.1. Desideologizando a densidade normativa. 3.2. As normas de direito social já foram densificadas. 4. Os custos dos direitos sociais e a reserva do possível. 4.1. Todos os direitos são positivos. 4.2. A reserva do possível: da mística à técnica. 5. A separação de poderes como óbice à aplicação judicial dos direitos sociais. 5.1. A separação de poderes no marco do Estado Constitucional Democrático. 5.2. Por um ativismo judicial democraticamente responsável.

"E em primeiro lugar é evidente que a lei, em geral, não é um conselho, mas uma ordem."
Thomas Hobbes. *Leviatã*, p. 226.

1. Introdução: o tripé denegatório da justiciabilidade das normas de direito social e a concretização constitucional seletiva

À exigibilidade das normas de direitos fundamentais sociais opõem-se, em especial, três obstáculos, razão pela qual são aqui chamados de *tripé denegatório*, que se constitui pela sua suposta baixa densidade normativa, pela reserva do financeiramente possível e, finalmente, pelas reservas do legislador e do administrador.

Liana Cirne Lins é Doutora em Direito Público/UFPE e mestra em Direito/UFSC, advogada, diretora acadêmica da SAPERE AUDE, professora de Direito Processual Civil da Faculdade Damas e dos Cursos de Pós-Graduação da Sapere Aude, ASCES e da Escola da Magistratura de Pernambuco.

O objeto do presente trabalho é promover discussão acerca da vinculação dessas normas no ordenamento constitucional pátrio e uma avaliação crítica dos argumentos configuradores do tripé desabonador do que seria a consequência jurídica da vinculação: sua justiciabilidade.

Essa avaliação crítica implicará também comparar a estrutura jurídica das normas de direito social com as de liberdade. Essa metodologia comparativa visa identificar as razões que justificariam – ou não – a discrepância quanto à justiciabilidade de umas e de outras.

Partimos, desde logo, da constatação de que aos direitos de liberdade reconhece-se uma muito maior eficácia e aplicabilidade, o que já levou a se falar em nominalidade dos direitos sociais em contraposição à normatividade dos direitos de liberdade (Cf. CLÈVE, 1999, p. 210).

Obviamente, não se pretende, por qualquer modo, oferecer ameaça à normatividade consagrada aos direitos de liberdade, mas, em vez disso, contribuir para tornar plena a concretização constitucional que, em nossa análise, em razão do *deficit* de normatividade que marca os direitos sociais e do contraste de eficácia entre uns e outros, configura um inaceitável quadro de *concretização constitucional seletiva*.

Impõe-se, ainda, a seguinte anotação metodológica: este artigo decorre de tese de doutoramento cujo norte foi o processo constitucional¹. Estamos convencidos de que os direitos fundamentais sociais, pensados fora do processo, assumem di-

¹ A tese, intitulada “Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela processual coletiva das omissões administrativas”, foi apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco em março de 2007, tendo sido agraciada com a distinção. A tese foi dividida em duas partes. Na primeira, estudou-se o regime jurídico dos direitos fundamentais sociais sob o aspecto material constitucional, em que se desenvolveu, inclusive, a presente avaliação crítica ao tripé denegatório da sua exigibilidade. Na segunda parte, desenvolveu-se estudo do Direito Processual Constitucional e do tratamento processual dos direitos sociais.

menção utópica e os esforços voltados à sua realização, dimensão abstrata. Pensar os direitos sociais em um processo, em juízo, força-nos inclusive a melhor delimitá-los no plano material. De qualquer sorte, falar em justiciabilidade dos direitos sociais sem se fazer acompanhar por uma teoria processual representaria descaso com seu acesso à justiça, já tão restrito. Embora o tema aqui estudado *tenha foco material*, será possível verificar uma contínua preocupação sobre como devem ser tratados os direitos sociais processualmente.

2. A vinculação dos direitos sociais: formalmente reconhecida e veladamente negada

É crucial iniciar esta avaliação pela constatação, *pacífica*, tendo em vista os contornos normativos da Constituição brasileira, da fundamentalidade dos direitos sociais, uma vez que o constituinte os consagrou expressamente como fundamentais, reconhecendo-lhes eficácia vinculante em relação ao Poder Público (Cf. MENDES, 1999, p. 46).

Por isso, o reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais “com todas as conseqüências dessa natureza” (KRELL, 2002, p. 49) implica compreender quais são essas conseqüências. Concordando com as teses de Borowski (2003, p. 148) e Alexy (1997, p. 484-500), afirma-se que somente pode ser considerada norma de direito fundamental a posição que estiver protegida por uma norma vinculante. Assim, uma norma só pode ser chamada de vinculante quando for possível que a *sua lesão seja conhecida pelos tribunais*, ou seja, que seja justiciável².

² É essa, aliás, a razão que nos leva a falar em justiciabilidade e não em exigibilidade. A despeito de as duas expressões serem comumente apresentadas como sinônimas, acreditamos que *justiciabilidade* seria espécie de que a exigibilidade é gênero. Ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas as esferas e mesmo privadas) pelas mais

Porém, ao tratarmos da vinculatividade dos direitos fundamentais em sua dimensão social, surge a necessidade de retomar o significado da chamada “programaticidade” das normas de direito social, uma vez que, não raro, as duas categorias são tidas pelo senso comum jurídico como antípodas e excludentes entre si. É certo que a qualificação das normas sociais como programáticas correspondeu à recepção doutrinária e jurisprudencial duvidosa quanto à sua eficácia, espelhando o ciclo de baixa normatividade que lhe foi consignada (Cf. BONAVIDES, 2006, p. 564).

Reconhecer que os direitos sociais apoiam-se na programaticidade constitucional, significando isso dizer que eles vinculam o legislador infraconstitucional ao futuro e estabelecem uma dimensão visível de um projeto de justo comum e de direção justa (Cf. CANOTILHO, 2001, p. 21-22), pode parecer insuficiente para deles extrair-se qualquer exigibilidade digna de nota e, em especial, qualquer exigibilidade passível de articular-se em juízo³.

distintas formas, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade *em juízo*. Uma vez que admitimos que é essencial à fundamentalidade dos direitos a possibilidade de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais, então necessariamente fazemos referência à sua justiciabilidade.

³ Mediante uma estratégia hermenêutica astuta, alguns intérpretes apressaram-se em atestar o âmbito da Constituição dirigente quando da publicação de *Direito constitucional e teoria da constituição* (CANOTILHO, 1999). Embora ao leitor atento essa conclusão seja totalmente desautorizada, remete-se também à leitura do elucidativo *Canotilho e a constituição dirigente*, colóquio entre o Professor de Coimbra e destacados juristas pátrios, organizado pelo Prof. Jacinto Coutinho (2003), para que se possa entender em que contexto [global] a Constituição dirigente “morreu” e em que contexto ela ainda dirige (por fugir ao objeto deste tópico), resumidamente dir-se-á que as revisões elaboradas por Canotilho dizem respeito, em especial, à complexidade da integração das nações, sobretudo da União Europeia – na qual se inclui Portugal, com todos os benefícios concernentes (da União Europeia, para os europeus) – e ao contexto da “dirigência” política e jurídica supranacional, no qual a Constituição de um Estado-nação não pode mais, evidentemente, dirigir de forma isolada). Aliás, por ocasião da publicação de *Brançosos e Interconstitucionalidade* (que

A vinculatividade e a exigibilidade das normas de direito social devem ser articuladas e compreendidas na dimensão de sua programaticidade. Uma leitura conservadora do sentido da programaticidade nos conduziria a não retirar nenhuma justiciabilidade imediata daquelas normas; entretanto, não é essa a leitura que se quer propor.

Como bem afirma Canotilho (1999, p. 1101 e ss.), as normas constitucionais programáticas – sejam elas princípios constitucionais impositivos, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado ou regras constitucionais impositivas⁴ (apresentadas em ordem crescente de densidade normativa) – “valem como lei”, pois o “direito constitucional é direito positivo” e porque a Constituição utiliza termos e meios do direito para instrumentalizar o governo, garantir direitos fundamentais e individualizar fins e tarefas.

Por essa razão, pode-se dizer que seu valor jurídico de modo algum é menor que o do *ius cogens* vigente (Cf. HÄBERLE, 2002, p. 165). Mormente quando lhes é reconheci-

traz entre seus textos o entre nós já conhecido *Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*) (CANOTILHO, 2006), retoma-se a tese de que Canotilho matou suas ideias. Parece haver entre nós um certo fetiche em querer que esse autor rejeite as próprias teses, mas como disse Canotilho, “estes ideais não se enfeitam, porque os filhos não se abandonam” (CANOTILHO apud COUTINHO, 2003, p. 43).

⁴ Os *princípios constitucionais impositivos* são aqueles que compreendem todos os princípios que impõem a realização de fins e tarefas aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador. Eles traçam as linhas diretivas da atividade política e legislativa, sendo chamados também, por isso, de “normas programáticas”. As *regras determinadoras de fins e tarefas do Estado* associam-se aos princípios constitucionais impositivos e englobam os preceitos constitucionais que fixam, abstrata e globalmente, os fins e as tarefas prioritárias do Estado, relacionando-se, em alguns casos, com os direitos sociais. As *regras constitucionais impositivas* relacionam-se tanto com os princípios constitucionais impositivos como com as regras definidoras de fins e tarefas. Elas impõem um dever concreto e permanente, materialmente determinado, que, em caso de inadimplemento, origina uma omissão inconstitucional (CANOTILHO, 1999, p. 1092 e ss.).

da aplicabilidade imediata, fortalecendo a tendência de que os direitos sociais tornem-se tão exequíveis quanto os de liberdade (Cf. BONAVIDES, 2006, p. 565). E assim deve ser porque a Constituição não é simples ideário e nem as normas jurídicas são conselhos, mas sim a conversão desse ideário em regras impositivas para todos (Cf. MELLO, 1981, p. 236). Logo, se a *constituição vale como lei*, “às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político” (CANOTILHO, 1999, p. 1102).

É possível verificar, portanto, que a concepção de norma programática como mera exortação moral destituída de normatividade foi historicamente ultrapassada (Cf. BARROSO, 2002, p. 120).

Logo, pode-se afirmar que *toda norma, mesmo programática, é vinculante e possui carga eficaz*, restando analisar as condições de vinculação de cada norma em particular. A questão da vinculação dos direitos sociais é, parece, o ponto central do tema: toda a classificação dos direitos sociais consiste, no fundo, na discussão sobre se esses direitos podem ser exigidos judicialmente, por quem e em quais condições. Em sendo historicamente ultrapassado o entendimento da programaticidade como ausência de vinculação dessas normas, vive-se um paradoxo consistente no fato de que, *a despeito da suposta superação do entendimento de que as normas sociais são destituídas de juridicidade, esse entendimento persiste tanto na jurisprudência quanto na doutrina, o que nos leva a concluir que há uma negação mascarada da normatividade desses direitos, sobre os quais há um consenso velado de que “vinculam, mas não vinculam”*.

Chega-se a essa conclusão porque não são poucos os autores que iniciam seu estudo afirmando que todos os direitos

fundamentais, inclusive os sociais, são vinculantes, sendo inadmissível sua qualificação como “meras exortações morais”, mas finalizam opondo *obstáculos à sua justiciabilidade que são apresentados como intransponíveis*. Ora, se são justiciáveis os direitos sociais, que espécie de vinculatividade é essa que lhe é reconhecida? Bem se vê que, quando o tema é assim exposto, esse reconhecimento é meramente *nominal*, vez que não se podem retirar quaisquer consequências concretas da vinculação formalmente reconhecida, mas veladamente negada.

Como foi dito, os obstáculos comumente opostos à sua vinculação e que constituem o tripé denegatório de sua justiciabilidade consistiriam prioritariamente na sua baixa densidade normativa, nas reservas do financeiramente possível e na separação de poderes (reservas do legislador e do administrador). É do primeiro que se passa, a partir de agora, a tratar, verificando em que grau pode-se afirmar que a baixa densidade de uma norma de direito social enfraqueça ou retire a vinculatividade que lhe é nominalmente reconhecida.

3. Densidade normativa e exigibilidade dos direitos sociais

A densidade normativa corresponde à ideia de se definir, *em nível constitucional, com certo grau de precisão*, o objeto ou conteúdo principal da norma (Cf. SARLET, 2001, p. 269). Logo, considera-se densificada, em nível constitucional, a norma que fornece critérios claros e precisos para sua concretização.

Conforme seja maior ou menor o grau de precisão (ou determinação) do objeto da norma no próprio texto constitucional, diz-se que há maior ou menor densidade normativa, razão pela qual se diz que da densidade normativa têm-se reflexos quanto à vinculação, aplicabilidade e justiciabilidade.

Ora, sabe-se, entretanto, que os textos constitucionais caracterizam-se por sua

textura aberta, cujas normas são “rendas, malhas com pontos largos” (MÜLLER, 2000, p. 67), cuja interpretação dá-se nas “penumbras” (Cf. ANDRADE, 2004, p. 187). Porém, afirma-se que alguns preceitos constitucionais possuem maior densidade normativa do que outros.

Se a abertura textual é, como se disse, um *proprium* dos textos constitucionais, pode-se afirmar que essa sua característica potencializa-se em seara dos direitos fundamentais sociais, ou seja, que esses se caracterizam geralmente pela sua baixa densidade normativa. Assim, embora se reconheça aos direitos sociais força normativa, também, por outro lado, reconhece-se que ostentam caráter organizador, planejador, diretivo e dirigente, razão pela qual são menos densos que o *ius cogens*, em grande parte devido à necessária margem de elasticidade requerida para seu adimplemento pela Administração (Cf. HÄBERLE, 2002, p. 165).

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2001, p. 269) afirma que as normas programáticas caracterizam-se por reclamar interposição do legislador para que possam gerar a plenitude de seus efeitos, vez que possuem densidade normatividade insuficiente para permitir seja atingida sua plena eficácia⁵.

Assim, a realização dos direitos sociais é indissociável da política econômica e social de cada momento, sobretudo em um sistema pluralista, de modo a permitir *distintas concretizações*, de acordo com as escolhas

⁵ A ilustração do argumento é primorosa: “Com efeito, como poderiam, por exemplo, juízes e tribunais definir e regulamentar a forma da participação dos empregados nos lucros das empresas sem promover, além de uma análise de cunho técnico, um amplo e aberto debate envolvendo os segmentos interessados (entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores, etc.)? Que tipo de atividades, na esfera cultural, poderiam compulsoriamente ser impostas ao Estado, no sentido de gerar, em contrapartida, um direito subjetivo individual a uma prestação concreta (por exemplo, um direito de livre acesso aos espetáculos culturais para a população carente às expensas do Estado ou da entidade promotora)?” (SARLET, 2001, p. 271).

periódicas do eleitorado, apurando-se a projeção e o sentido essencial de cada direito na ordem constitucional (Cf. MIRANDA, 2000, p. 113). Isso significa que deva haver um *espaço de conformação normativo extenso* que preponderantemente seja determinado pelo legislador democraticamente eleito.

Há ainda que dizer que, entre as razões que justificam a interposição do legislador ordinário, sobressai-se a necessidade de ter uma *visão sistemática e geral não só dos custos, mas igualmente dos potenciais afetados pelo benefício* (Cf. PECES-BARBA, 2006, p. 164).

Disso resulta, muitas vezes, portanto, indispensável a interposição mediadora do legislador infraconstitucional, a fim de conferir àqueles preceitos constitucionais indeterminados ou pouco densos a normatividade necessária à configuração de sua plena eficácia e permitir que a intermediação do legislador infraconstitucional agregue valores políticos às escolhas que devem ser feitas na individualização das prestações que devem ser cumpridas. Esta necessidade justifica-se, portanto, não somente do ponto de vista técnico-jurídico, a fim de permitir que as consequências jurídicas dos preceitos constitucionais possam ser exaradas adequadamente, mas, especialmente, do ponto de vista da legitimação das escolhas e das opções pelas quais a concretização daqueles preceitos vai dar-se.

Por outro lado, com isso não se quer dizer ser democraticamente ilegítima a intervenção judicial nesta área, mas apenas que há preponderância da atuação do legislador. Se, de outra forma, há inércia do legislador, evidentemente outros órgãos do Estado apresentam-se legitimamente para garantir o cumprimento dos fins estatais.

Em linha oposta à que defendemos, porém, há quem afirme que os direitos sociais dependem da interposição legislativa para gerarem *qualquer exigibilidade ou justiciabilidade da prestação neles contida*, donde concluem serem direitos meramente derivados de que somente poderia decorrer

a exigibilidade do dever estatal de legislar (Cf. ANDRADE, 2004, 393 e ss.).

Somando-se a essa a ideia de que a inexistência de um direito em sentido estrito em nível constitucional teria por consequência a limitação de sua justiciabilidade, o que acabaria por impor a “autocontenção” dos juízes que, caso assumissem o papel de “defensores da Constituição”, “iriam suscitar o aparecimento de situações freqüentes de inconstitucionalidade, tendo em conta o caráter generoso do programa de longo prazo contido nos preceitos relativos aos direitos sociais” (ANDRADE, 2004, p. 397 e ss.), teremos a baixa densidade normativa como uma *prévia desautorização genérica* para que tais direitos possam ter a prestação social neles contida reclamados via judicial, deixando-os ao encargo exclusivo do juízo de conveniência e oportunidade do legislador que, embora obrigado, não estaria sujeito ao controle por outro órgão que se entenda competente.

Não é difícil inferir que esse tipo de argumentação leva às conclusões mais conservadoras, no sentido de uma leitura paralisante e estática quanto à realização do conteúdo dos direitos sociais. Nela está *implícita a negação do caráter vinculante* dos direitos sociais, bem como está pressuposto que “as situações frequentes de inconstitucionalidade” *não seriam antijurídicas* no “sentido estrito”, uma vez que, em relação a elas, devem os juízes abster-se de suscitá-las. E tudo isso com base em uma razão, ao que parece, *quantitativa* (fundada na frequência com que as situações de inconstitucionalidade surgiriam) e não qualitativa (vez que a inconstitucionalidade da omissão não pode ser descaracterizada pelo simples fato de que é comum que se deixe de cumprir a Constituição!).

Por outro lado, é necessário reconhecer também as dificuldades específicas que o adimplemento dos direitos sociais implica – e que, em relação à densidade normativa, faz sobressair a necessidade de que escolhas políticas democráticas informem

os critérios de seu adimplemento –, pois o objetivo de contribuir para a atribuição de maior eficácia aos direitos sociais não pode ser atingido por meio da *supremacia de pressupostos ideológicos em detrimento da estrutura técnico-jurídica* dos direitos em exame, sob pena de recair-se na mesma conduta que aqui se critica.

Isso impõe uma *dupla cautela*: (a) evitar as armadilhas de uma leitura que ignore as dificuldades inerentes à concretização dos direitos sociais e (b) evitar as armadilhas de uma leitura acrítica que não se aperceba de que algumas das dificuldades atribuídas à concretização dos direitos sociais são *fictícias*.

Assim, torna-se necessário “desideologizar”⁶ as leituras dos direitos sociais para então se compreender em que termos lhes podem ser atribuídos aplicabilidade e justiciabilidade.

3.1. *Desideologizando a densidade normativa*

A despeito de a densidade normativa de cada preceito constitucional em concreto ser determinante para verificação objetiva do grau de aplicabilidade direta que dele se pode inferir, afirmamos que a leitura dessa densidade normativa é ideologizada.

Mesmo que se reconheça a importância da mediação concretizadora do legislador infraconstitucional, inclusive para fins de manterem-se abertas as opções democráticas de realização dos direitos sociais, é necessário admitir que a vagueza e a fluidez textual nunca consistiram, por si só, em empecilho à concretização de quaisquer direitos, sendo mesmo inerentes ao labor jurídico.

Tomem-se, por exemplo, os conceitos de boa-fé, negligência, abusividade, dano irre-

⁶ Todo conhecimento está imbuído de condicionamentos políticos, sociais, culturais e econômicos (LÖWY, 1994). O reconhecimento desse condicionamento é o primeiro e indispensável passo rumo a maior objetividade possível que, em não sendo nunca a idealizada, é tanto maior quanto maior for o exercício de distanciamento crítico persistente e contínuo do intérprete.

parável, entre tantos outros. Por essa razão, afirma-se ser “puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluídos” (MELLO, 1981, p. 245).

Por outro lado, o grau de densidade normativa de um direito social, considerado suficiente a ensejar aplicabilidade direta da norma, é um dos pontos mais polêmicos quando se discute a eficácia dos direitos sociais.

De acordo com Alexy (1997, p. 494), a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que podem ser atribuídos a um indivíduo é definitivamente uma questão de ponderação entre princípios.

Assim, o modelo proposto por Alexy (1997, p. 484 e ss.) comporta oito níveis (ou graus) de exigibilidade diferentes, a partir da combinação dos elementos de vinculação e não vinculação das dimensões subjetivas e objetivas e da outorga de direitos definitivos ou *prima facie*. Por meio desse modelo, pode-se compreender, desde logo, que, em sede de interpretação de direitos fundamentais (como um todo), não se está diante de um método de interpretação por subsunção, de tudo ou nada, mas de um método de ponderação e de gradação, que torna sempre necessariamente mais complexa a tarefa de reconhecer o grau maior ou menor de determinação de uma norma (Cf. DWORKIN, 2002, p. 35 e ss.).

Porém, o aspecto de maior relevância que se quer destacar ao se fazer referência à ideologização da densidade normativa é o de que *dois preceitos constitucionais com mesma baixa densidade normativa são interpretados de forma diferenciada quanto à sua força normativa, vinculatividade e aplicabilidade, conforme se trate de um direito de liberdade ou de um direito social*.

Assim, se não se quer adotar uma postura marcada de uma cegueira inadmissível, recusando as dificuldades óbvias inerentes à concretização dos direitos sociais, tampouco pode ser admitida a postura

marcada de outra cegueira igualmente inadmissível: a que impede se veja o quanto a classificação dos direitos fundamentais, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, dispensa a *análise objetiva* da estrutura dos direitos fundamentais para atender uma classificação prévia, *já dada*, em que se encontram tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais.

Logo, a *classificação quanto aos efeitos dos direitos sociais* preexiste em relação à sua estrutura e é mesmo dela, em alguns casos, independente e calcada em critérios arbitrários.

Assim, usualmente atribui-se baixa densidade normativa aos direitos sociais quase sempre em comparação à estrutura normativa dos direitos de liberdade, indagando-se sobre se seria certo dotar os direitos sociais da mesma aplicabilidade que têm os direitos de liberdade, apesar de suas diferenças estruturais (Cf. BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 75).

Sugere-se aqui uma inversão desse questionamento: *quão diferentes, objetivamente, são as estruturas dos direitos sociais e de liberdade, que justifiquem o tratamento diferenciado quanto à sua aplicabilidade?*

Ora, a vagueza textual dos direitos de liberdade é frequentemente apontada pela doutrina, pois os direitos de liberdade também são marcados por formulações abertas e vagas, sem que deixem de ser diretamente aplicáveis pelo Judiciário, “mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – neste particular – de ofensa ao princípio da separação de poderes” (SARLET, 2001, p. 270). Assim, tal como os direitos sociais, também os direitos de liberdade englobam diferente conteúdo, variável estrutura e são, por isso, passíveis de *diversa concretização* (MIRANDA, 2000, p. 107).

Porém, apesar de reconhecida a abertura e vagueza textual também das normas dos direitos de liberdade, a esses uma muito *maior eficácia* é de plano reconhecida. O amplo reconhecimento doutrinário da vagueza e indeterminação textual dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos

de liberdade permite conduzir à conclusão de que seu tratamento díspar quanto à sua aplicabilidade provém, antes, do fato de os direitos de liberdade já terem ultrapassado seu momento histórico de afirmação, sendo hoje plenamente consagrados no *plano político*, e não propriamente em razão de sua estrutura *jurídica*.

Assim, é sua consagração política que lhe permite a dotação de um regime jurídico que consiste na sua plena eficácia imediata e que é tido pela doutrina tradicional como completamente distinto do regime jurídico dos direitos sociais (Cf. BARROSO, 2002, p. 106).

A respeito, tome-se um exemplo apto a ilustrar o que se tem dito:

“Ainda que todos os preceitos constitucionais se manifestem através de conceitos indeterminados: nos direitos, liberdades e garantias, trata-se de concretizar decisões constitucionais, de modo que o juiz pode definir os conceitos, *que devem considerar-se indiretamente determinados por remissão para um consenso pressuposto* (...) já se podem considerar direitos determinados os direitos concretos a prestações individualizadas, quando essas dependem de uma atuação legislativa que, além de obrigatória, é vinculada. Assim, pode haver um *direito dos indivíduos à protecção policial*, fundado na garantia do dever estadual de organizar uma polícia de segurança com determinadas características.” (ANDRADE, 2004, p. 194)

Há que se indagar, com esse exemplo, por que há um *consenso pressuposto* que permite ao juiz definir os conceitos indeterminados dos direitos de liberdade? Qual é a *diferença estrutural* que justifica transmutar um conceito indeterminado em conceito indiretamente determinado?

Igualmente: Por que tal pressuposto consensual não pode ser conferido aos direitos sociais, a fim de suprir-lhes a baixa densidade normativa?

Finalmente, por que se pode entender haver um direito individual à proteção policial e não se pode falar em um direito individual à educação, por exemplo? Qual é a significativa diferença, do ponto de vista da estrutura e densidade normativa, que justificaria a um ser exigível e ao outro, não?

Tudo indica que as respostas a essas perguntas teriam de desbordar do mero plano da densidade normativa e da abertura textual da norma para encontrar guarida em motivos outros que não os da estrutura normativa dos preceitos constitucionais de liberdade ou sociais. Aliás, é por essa singular razão que se tem de recorrer à ambígua categoria de um “consenso pressuposto”.

Disso resulta que a inoperância dos preceitos de direito social deva-se, muito mais, à incorreta compreensão de sua força normativa do que propriamente à pretensa debilidade jurídica que lhe é imputada, cujo propósito é a função dissimuladora da frustração que se lhe impõe. A *negação sutil* da vinculação dos direitos sociais ganha peso com o recurso à interpretação ideologizada da densidade normativa, permitindo que a prática judicial seja *conivente com sua sistemática violação*⁷.

Além disso, parece ter razão Ingo Sarlet (2001, p. 270) ao definir que a interposição legislativa somente é vista como indispensável não com base em motivos estruturais e normativos, mas antes pelo fato de que a realização dos direitos sociais demanda, em regra, elevados encargos financeiros (item 4).

⁷ “Em vez de tutelar o Executivo, condicionando suas políticas públicas, disciplinando seus gastos sociais e evitando distorções clientelísticas, tais declarações se limitam a propósitos meramente legitimadores. (...) Trata-se de uma *negação sutil*, que costuma se dar por via de uma ‘*interpretação dogmática*’ do direito, enfatizando-se, por exemplo, a *inexistência de leis complementares que regulamentem os direitos* e as prerrogativas assegurados pela Constituição. Sem a devida ‘*regulamentação*’ por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são materialmente ineficazes” (FARIA, 2002, p. 98-99, grifos do autor).

3.2. As normas de direito social já foram densificadas

Finalmente, a discussão em torno à densidade normativa dos direitos sociais requer análise sobre a produção normativa infraconstitucional no ordenamento jurídico pátrio. De fato, a necessidade de integração do texto constitucional, na época de sua promulgação, impôs ao legislador ordinário a tarefa de elaborar duzentas e quarenta e duas normas regulamentadoras (Cf. PIOVESAN, 2003, p. 121). Hoje, porém, a maior parte das normas constitucionais de cunho social já foi densificada, tendo sido “devidamente integradas na maior parte por legislação infraconstitucional” (FRISCHEISEN, 2000, p. 83)⁸.

Isso quer dizer que, em grande medida, o problema da densidade normativa *só subsiste no plano retórico* e não é mais um problema que se possa seriamente considerar um obstáculo à atividade jurisdicional. As escolhas do legislador democraticamente eleito já se realizaram, faltando apenas que tais escolhas sejam concretizadas.

Como conclusão, é preciso dizer que, longe de se negar as dificuldades inerentes

⁸ A maior parte das políticas públicas constitucionalmente estabelecidas foi implementada em nível infraconstitucional, “compreendendo disposições atinentes: a) à seguridade social: artigos 194/204 da Constituição Federal; saúde: Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90 (Sistema Único de Saúde); previdência social: Leis n. 8.212/90 e 8.213/90 (Custeio e Benefícios Previdenciários); assistência social: que contém disposições às pessoas portadoras de deficiência e idosos que não podem se manter por si e por suas famílias: Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) e Lei n. 8.909/94 (Lei das Filantrópicas); b) à educação: artigos 205/214 da Constituição Federal e Leis n. 9.394/96 (Diretrizes e Base), 9.424/96 (Fundo de valorização do magistério – FUNDEF); c) à cultura: artigos 215/215 – Lei 8.813/91 (dispõe sobre incentivos fiscais); d) ao desporto: artigo 217 – Lei n. 9.615/98; e) à ciência e tecnologia – artigos 218/219; f) à comunicação social – artigos 220/224 – Lei n. 9.472/97 e Lei n. 9.612/98; g) ao meio ambiente – artigo 225 – Lei n. 9.605/98; h) à família, criança, adolescente e idoso – artigos 226/230 – Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente) e Lei n. 8.842 (Política Nacional do Idoso); i) aos índios – artigos 231/232” (FRISCHEISEN, 2000, p. 81 e ss.).

à concretização das normas de direitos sociais, cuja vagueza da redação é manifesta – para além do reconhecimento de outros problemas inerentes à sua concretização, especialmente seus custos –, o que se está aqui a chamar atenção é que essas dificuldades são potencializadas quando se tratam dos direitos sociais e diminuídas, ou mesmo ignoradas, quando se tratam dos direitos de liberdade cuja redação seja marcada pelo mesmo grau de vagueza textual.

A densidade normativa das normas de direito social deve ser verificada *em concreto*, observando-se as peculiaridades de cada situação em particular e tendo-se em conta que a vagueza textual inerente a tais normas implica critério hermenêutico mais complexo do que as normas jurídicas enquadráveis no esquema tradicional da “subsunção”, impondo ao intérprete necessária ponderação dos valores em jogo.

Assim, recusar a fórmula de uma concretização constitucional seletiva requer a adoção de uma postura crítica e isenta, fundada na estrutura objetiva de *cada direito* e motivada pela pretensão de *imprimir eficácia aos direitos fundamentais como um todo*.

Disso resulta a negação da utilização do argumento da baixa densidade normativa – comum a todos os direitos fundamentais, de liberdade ou sociais, repita-se – como *desautorização genérica apriorística* da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.

O proposto exercício “desideologizador” das dificuldades inerentes à aplicação dos direitos sociais consiste, portanto, não na negação dessas dificuldades, mas na recusa de sua potencialização com base em critérios arbitrários.

4. Os custos dos direitos sociais e a reserva do possível

4.1. Todos os direitos são positivos

Há quem esgrima contra a exigibilidade dos direitos sociais o argumento liberal da neutralidade e não intervenção do direito e do Estado no domínio econômico. A

pretensa ingenuidade de acreditar que o direito seja, ou deva ser, neutro acerca da intervenção governamental na ordem econômica há muito vem sendo desmascarada, com pontos de vista os mais distintos, tendo em comum a observação de que Estado e direito, em relação à ordem econômica, podem ser tudo, menos neutros⁹⁻¹⁰.

Por outro lado, a ninguém é dado duvidar que a concretização dos direitos sociais envolve largo dispêndio financeiro, visto que exige implementação e manutenção de serviços públicos, nos quais consistem as prestações fáticas de cunho social. O conteúdo econômico desses direitos é, diz-se, a sua principal distinção em relação a outros direitos, que não envolvem alocação de recursos para sua implementação.

Com base no conteúdo econômico dos direitos prestacionais, parte significativa da doutrina fixou entendimento de que a eficácia desses direitos está condicionada à reserva do financeiramente possível, ou seja, à disponibilidade financeira do Estado para arcar com os custos da realização desses direitos. O princípio da reserva do possível permitiu a alguns juristas *negar categoricamente* a competência dos juízes, dado seu *deficit* de legitimidade democrática, para dispor acerca de políticas sociais que exijam gastos orçamentários (Cf. KRELL, 2002, p. 52).

Exemplo claro tem-se na afirmação de que “os direitos, aqui, se submetem ao natural condicionante de que não se pode conceder o

⁹ Eros Grau (2001, p. 28) é um dos que afirma que a implementação de políticas públicas pelo Estado “enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista”.

¹⁰ É pertinente relembrar a lição de Gramsci (1989, p. 96): “Em virtude do fato de que se atua essencialmente sobre forças econômicas, reorganiza-se e desenvolve-se o aparelho de produção econômica, inova-se a estrutura, não se deve concluir que os elementos da superestrutura devam ser abandonados a si mesmos, ao seu desenvolvimento espontâneo, a uma germinação casual e esporádica. O Estado, inclusive neste campo, é um instrumento de ‘racionalização’, de aceleração e de taylorização, atua segundo um plano, pressiona, incita, solicita e pune”.

que não se possui.(...) Os direitos a prestação peculiarizam-se, sem dúvida, por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento” (BRANCO, 2002, p. 146, grifos do autor).

Sem dúvida, como alerta Luís Roberto Barroso (2001, p. 107), a norma jurídica não tem o condão de, *per se*, conformar a realidade ao dever-ser por ela disposto, da mesma forma como “ignorar as dificuldades não impede que elas se produzam”.

Por outro lado, há que se considerar que os obstáculos financeiros à concretização dos direitos sociais, tal como a discussão acerca da densidade normativa, foi ideologizado ao extremo, impedindo a discussão objetiva dos problemas que o tema suscita.

Assim, se de um lado não se pode descurar dos obstáculos concretos que se impõem à concretização dos direitos sociais, também não se pode descurar do desenvolvimento da consciência jurídica sobre a real impositividade que os mesmos ensejam.

Certamente não há que cair nas armadilhas do “modelo teórico da utopia” de que fala Flavio Galdino (2002, p. 169-171) e que consiste na premissa da inesgotabilidade dos recursos públicos e na irrestrita separação entre o caráter jurídico e os pressupostos econômicos de realização dos direitos.

Porém, tomando-se como verdadeira a tese esgrimida por Robert Alexy (1997, p. 187-188) de que as relações jurídicas não são mais do que uma designação abreviada de um conjunto de direitos a algo, a liberdades e a competências, conclui-se que todos os direitos são positivos e implicam custos pagos pelos contribuintes.

O que vale dizer que nenhum direito se encerra em prestações negativas: todo e qualquer direito possui conteúdo econômico, razão pela qual a escassez de recursos não afeta apenas as premissas da justiça social, mas, da mesma forma, as liberdades.

Como demonstram Stephen Holmes e Cass Sunstein (2000, p. 35 e ss.), é errôneo pensar que um direito que implica tão-somente uma garantia contra invasão da seara estatal, por consistir em uma inação, não tem custos, ou seus custos são relativamente baixos. Ocorre, porém, que uma gama considerável de recursos estatais destina-se à proteção dessa sorte de direitos.

Em razão disso, Holmes e Sunstein (2000, p. 59 e ss.) afirmam peremptoriamente que todos os direitos são positivos e qualificam como fútil a dicotomia que classifica os direitos em negativos e positivos. Essa dicotomia não faz sentido, explicam, pois não há como pensar sistematicamente uma classe de direitos tão distintos entre si. A ideia de que os direitos negativos protegem a liberdade ao passo que os positivos promovem a igualdade também é prejudicada, pois todo e qualquer direito, inclusive aqueles acerca dos quais nos acostumamos a associar a uma inação estatal, requer uma complexa rede de atuação do Estado. Isso é demonstrado com a exemplificação do paradigmático direito de propriedade que, ao contrário do que se supõe, tem elevadíssimos custos para o Estado e isso apenas para fins de proteção/manutenção daquele direito na esfera jurídica e patrimonial de um indivíduo.

No mesmo sentido, Abramovich e Courtis (2003, p. 135 e ss.) afirmam não ser possível traçar uma distinção qualitativa entre o valor normativo de direitos de defesa e direitos sociais com base na suposta isenção de custos de uns e na alocação de significativos recursos de outros.

De fato, se os direitos sociais possuem marcado conteúdo econômico, o mesmo se diga em relação aos demais direitos de liberdade: imaginem-se os enormes custos requeridos para implementação do sistema eleitoral que assegura o direito ao voto ou mesmo o conteúdo econômico envolvido no asseguramento do direito à prestação (positiva) jurisdicional que viabiliza o direito (negativo) a que ninguém seja privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido

processo legal. Ou melhor, imaginemos tão-somente os custos decorrentes do princípio do duplo grau de jurisdição. O mesmo se dá em relação à garantia (negativa) de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e a manutenção (extremamente custosa) das esferas legislativas federal, estadual e municipal que tornam possível o princípio da legalidade. Ou nos custos de registro dos direitos autorais e da propriedade intelectual. Os exemplos são inacabáveis. Basta ler o rol de direitos assegurados pelo art. 5º da Constituição Federal e imaginar quantos deles subsistiriam sem custos diretos e indiretos relativos à sua observação pelo Estado.

No fim das contas, como afirma Canotilho (apud COUTINHO, 2003, p. 36), trata-se de “jogo de sombras”, pois um direito primordialmente prestacional, como o direito à jurisdição, não explica a razão pela qual é incluído entre os direitos, liberdades e garantias quando possui a mesma estrutura de outros direitos prestacionais.

Assim, a reflexão acerca dos custos dos direitos deve ser revista levando-se em consideração que a tradicional oposição entre direitos de liberdade e direitos sociais, quanto à intervenção estatal, cai por terra.

Sem dúvida, tais observações são imprescindíveis para compreensão do problema do conteúdo econômico dos direitos sociais e do quanto a alocação de recursos como óbice à realização dos direitos sociais tomou, mais uma vez, contornos ideológicos. Não é inoportuna a comparação entre a argumentação que afasta a normatividade dos direitos sociais pela ausência de reserva financeira àquela denunciada por Karl Marx, em *O Capital*, acerca também dos “embustes” que se impuseram aos direitos sociais, tocantes à regulamentação da jornada de trabalho de crianças, adolescentes e mulheres.

Tal como hoje se esgrime a inviabilidade financeira do Estado como óbice ao cumprimento da lei, àquela época esgrimia-se, do mesmo modo, a inviabilidade financeira

da indústria ao cumprimento da lei que impunha limites ao sistema de turnos de trabalho. Por essa razão, foram os inspetores fabris instruídos para “não interferirem contra os fabricantes por infração à letra da lei”, uma vez que não se admitia fossem “os grandes interesses industriais deste país ser tratados como coisa secundária” (MARX, 2001, p. 332, 320 e ss.). Passados cento e cinquenta anos, tem-se a impressão de que mudam os problemas, mas não as maneiras de combatê-los.

Mais uma vez, o tratamento díspar quanto às consequências dos custos envolvidos para concretização dos direitos fundamentais provém do fato de os direitos de liberdade terem sua legitimidade consagrada aprioristicamente, ao contrário dos direitos sociais que, em regra, *a priori*, têm contra si uma profunda desconfiança que culmina numa *desautorização prévia e genérica* em relação aos mesmos.

4.2. A reserva do possível: da mística à técnica

Somente conscientes desta potencialização, em nível ideológico, dos problemas relacionados aos custos dos direitos é que se pode, então, compreender o Princípio da Reserva do Possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*). Topos da jurisprudência constitucional alemã, segundo a qual os direitos sociais somente consistem em direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado quando houver disponibilidade de recursos financeiros para tanto, colocam a decisão acerca da disponibilidade de tais recursos no campo da discricionariedade governamental e parlamentar para composição dos orçamentos públicos, esvaziando o papel do Poder Judiciário a esse respeito (Cf. KRELL, 2002, p. 52).

É paradigmática a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha acerca do “*numerus clausus* de vagas nas Universidades (*numerus-clausus Entscheidung*), [que reconheceu] que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários

para o exercício de determinado direito estão submetidas à ‘reserva do possível’” (MENDES, 1999, p. 47-48).

Essa decisão ganhou enorme repercussão doutrinária no Brasil, nem sempre de forma responsável, o que fez com que Andreas Krell (2002, p. 51 e ss.) a ela se referisse como uma falácia da reserva do possível que é fruto de um direito constitucional comparado equivocadamente. A falácia de que trata Krell consiste no evidente descompasso entre as realidades brasileira e alemã, notoriamente sobre o problema da exclusão social, redundando em que o conceito alemão de redistribuição da riqueza (*Umverteilung*) – que serve de fundamentação à ideia de reserva do possível – tenha conotação completamente distinta da que tem no Brasil. Daí decorre que a discussão sobre os limites do Estado Social e a contenção das prestações estatais que se trava na Alemanha não possa ser transplantada para cá, em razão de não se haver concretizado um Estado de Bem-Estar.

Parece-nos que uma adequada interpretação desse princípio impõe três observações. Em primeiro lugar, deve-se salientar que a Corte alemã negou que o Estado fosse obrigado a criar vagas nas universidades públicas suficientes para atender a *todos* os candidatos.

Em segundo lugar, que o direito constitucionalmente garantido do cidadão que satisfaz às condições subjetivas de admissão ao estudo universitário de sua escolha encontra-se “sob a reserva do possível, no sentido do que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade” (BVERFGE, p. 333 apud ALEXY, 1997, p. 425, grifo do autor).

Em terceiro lugar, o Tribunal expressou haver um direito *prima facie* de todo cidadão que tenha sido aprovado a ser admitido em uma instituição educacional de sua escolha, deixando em aberto os termos em que tal direito *prima facie* pode converter-se em um direito definitivo (Cf. ALEXY, 1997, p. 425).

Em síntese, salienta-se que o Tribunal rejeitou pedido de criação de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos, pedido que, para além de fugir à reserva do financeira e faticamente possível, afigurou àquele Tribunal como *desarrazoado*, ou seja, *acima da expectativa social aceitável*, reconhecendo, entretanto, um direito *prima facie* que poderia, sob certos pressupostos, converter-se em direito a prestações por parte do Estado. A reserva do possível deve ser entendida, portanto, não como inviabilidade *a priori* de realização dos direitos sociais, mas antes como *necessidade de ponderação dos bens em jogo* (ALEXY, 1997, p. 498).

No Brasil, entretanto, o princípio da reserva do possível tem, muitas vezes, exercido função de *mero topos retórico destinado à desqualificação a priori dos direitos sociais*, visto que é lançado mão à revelia mesmo da verificação da disponibilidade efetiva do livro-caixa do Estado, como se se partisse do pressuposto de que o Estado não terá recursos financeiros suficientes à efetivação daqueles direitos. A pressuposição de que a alegação de ausência de recursos não necessita de demonstração acaba por conferir ao instituto certos *contornos místicos*.

Aliás, o princípio da reserva do possível, pensado no contexto do processo constitucional, *no mínimo*, impõe como condição a que se alegue a reserva do possível, num eventual impedimento à concretização de um direito social, a demonstração da incapacidade financeira do Estado, ou seja, o ônus de provar que o Estado não pode arcar com os custos da implementação do serviço público no qual consiste o direito social. Afinal, como é regra em processo, essa não pode ser abstratamente pressuposta.

Além disso, a interpretação equivocada da ideia da reserva do possível no Brasil, ao pretender a limitação da eficácia dos direitos sociais exclusivamente à disponibilidade financeira do Estado na gestão dos serviços públicos básicos em que consistem aqueles, secundou (ou até mesmo ignorou)

o fato de ter a Corte Constitucional alemã entendido que a exigibilidade do direito social deva *pautar-se pela razoabilidade*, não se podendo exigir, *independentemente da disponibilidade financeira do Estado*, o cumprimento de prestação que supere aquilo que razoavelmente dele se pode cobrar.

Mais acertada, portanto, é a posição de Ricardo Lobo Torres (2003, p. 29 e ss.) que impõe ao adimplemento dos direitos sociais a sujeição ao princípio da razoabilidade, tido não somente como “técnica de balanceamento de interesses”, mas como princípio legitimador apto a conferir proporcionalidade e equilíbrio às decisões judiciais. Se se admite que os direitos sociais são direitos fundamentais na medida em que atendem ao mínimo existencial, continua o autor, o princípio da razoabilidade adquire papel central na determinação do que pode e do que não pode ser exigido como direito fundamental social. Somente o que sobreexcedesse o *mínimo razoável* é que poderia ser limitado pela reserva orçamentária.

Finalmente, mas não menos importante, Flavio Galdino (2002, p. 213) chama atenção para que a negação dos direitos sociais, com base na limitação orçamentária, pressupõe *um orçamento determinado*, ignorando que os recursos públicos são captados em caráter permanente e que a captação não cessa nunca, nada impedindo, portanto, que um orçamento posterior assumira a despesa relativa aos gastos sociais.

Assim, há que se guardar cautela quanto à apropriação do princípio alienígena da reserva do possível, pois, enquanto a Alemanha já superou o modelo de Estado de Bem-Estar Social, o Brasil nem atingiu a Modernidade, não tendo cumprido minimamente as promessas de liberdade e de igualdade para a parcela mais significativa da população¹¹ (Cf. ARRUDA JR., 1997, p. 82).

¹¹ Aliás, evidencia-se nisso uma ironia: O Brasil vive ainda, em relação às conquistas do Iluminismo, numa pré-modernidade, ao mesmo tempo em que se vê forçado a ingressar na pós-modernidade neoliberal, vendo-se compelido a retroceder quanto às políticas

Logo, a adoção *acrítica* da reserva do possível para o caso brasileiro representa a *legitimação cínica da omissão do Estado*, diante do quadro crônico de falta de recursos financeiros para satisfação mínima das áreas sociais, sobretudo quando se excluem as vias de controle jurisdicional sobre os gastos públicos.

Diante, mais uma vez, dos contornos ideológicos dados à reserva do possível, contornos esses que fazem do instituto um argumento meramente retórico voltado à desautorização da exigibilidade dos direitos sociais e, por outro lado, diante do fato de que a reserva do possível aponta para um dado real de que os direitos sociais implicam alocação de recursos e que a ausência desses recursos é óbice – ao menos momentâneo – ao seu adimplemento, parece-nos crucial o tratamento do princípio da reserva do possível sob o aspecto jurídico, dando-lhe contornos técnicos que possam contribuir para definir em que casos e sob quais condições a reserva do possível tornaria inexigível uma norma de direito social.

Iniciando pela comparação da reserva do possível com outras esferas jurídicas, nas quais a capacidade financeira do devedor é levada em consideração, é possível apontar para consequências no plano material e no plano processual.

No plano material, a capacidade financeira do devedor pode determinar o vencimento antecipado da dívida (arts. 333 e 1.425 CC), justificar a recusa do cumprimento da prestação até que a parte que teve seu patrimônio diminuído satisfaça a prestação que lhe compete ou dê garantia à satisfação (art. 477 CC), bem como servir à estipulação do *quantum* devido em indenização de cunho extrapatrimonial. Como se vê, em nenhuma circunstância a incapacidade financeira do devedor da obrigação volta-se contra o credor, donde nos parece lícito concluir que a reserva do possível

públicas que mal chegaram a ser implantadas, sem nunca ter vivenciado a Modernidade.

não tem o condão de esvaziar a pretensão do titular de um direito social¹².

No plano processual, a capacidade financeira do devedor importará no momento da fase executiva e somente nessa fase. A razão disso é que a inexecuibilidade de um título judicial nunca teve o condão de invalidar o título. Da mesma forma, não se tem notícia de que, na fase processual cognitiva, o juiz tenha deixado de reconhecer a pretensão do autor e de declarar seu direito porque o réu não poderia, no futuro, suportar a execução do *decisum*. A fase cognitiva e a fase executória guardam autonomia¹³ – inclusive no paradigma do processo sincrético – e a impossibilidade fática de executar o julgado não interfere na função que tem o juiz de declarar o direito e entregar a prestação jurisdicional, dando razão ao autor que tem direito, como apregoa a máxima chiovendiana.

Logo, esclarecido que a incapacidade financeira, no plano processual, não tem o condão de afastar a declaração de direito do autor que tem pretensão fundada, resta avaliar, aí sim, sua consequência na fase executiva.

A incapacidade financeira do devedor, tendo em vista que, de regra, a execução se dá sobre o patrimônio do próprio devedor, acarreta a inutilidade dos atos executórios. Ainda assim, essa inutilidade não é tida por definitiva, uma vez que a inexistência de bens é causa tão-somente de *suspensão do processo executivo*, consoante regra do art. 791, III, CPC.

¹² A pretensão decorre de um dever constitucional determinado (densificado). A respeito, sugerimos consultar nossa classificação quanto à tipologia eficaz das normas de direito social. Da mesma forma, os temas relativos ao pedido e ao ônus da prova foram tratados na parte processual de nossa tese “Exigibilidade dos Direitos Sociais...”.

¹³ Tome-se a explicação de Araken de Assis (2006, p. 86) sobre eficácia executiva: “a satisfação do autor vitorioso (...) não decorre do juízo positivo acerca da sua razão, e consequente procedência da demanda ajuizada. Ela depende da prática de atos materiais tendentes a outorgar ao vitorioso o bem da vida”.

De regra, porém, a execução contra o Estado relativamente ao adimplemento dos direitos sociais consistirá em pedido de cumprimento de obrigação de fazer e não em execução patrimonial indireta contra a Fazenda Pública. Assim, e tendo em vista que o tema concernente ao pedido que consiste no dever estatal de prestações fáticas decorrente de norma de direito social foi tratado em outro lugar e que desborda dos limites do trabalho aqui proposto, apenas para delimitar os contornos jurídicos do princípio da reserva do possível, dizemos que a execução *lato sensu* das obrigações de fazer implica um fazer do devedor; nesse caso, porém, o fazer mostra-se complexo e com repercussão patrimonial. Parece-nos que, analogamente, a falta de recursos orçamentários pode suscitar a *suspensão do processo sincrético*¹⁴ em que se pede o adimplemento do *facere* com repercussão patrimonial, de que o devedor não dispõe no momento.

Tudo isso estaria em consonância com a advertência de que a captação orçamentária estatal tem caráter permanente e dinâmico – e não estático – e que recursos momentaneamente inexistentes, num dado exercício financeiro, poderão estar previstos na dotação orçamentária seguinte.

Feitas essas observações, entendemos que o princípio da reserva do possível pode ter as seguintes consequências jurídicas: (a) pode tornar o direito social ineficaz e, portanto, inexigível ou (b) pode gerar a suspensão do processo ou (c) não produzir nenhuma consequência jurídica, permanecendo incólume a esfera de eficácia e exigibilidade do direito social pleiteado. Expliquemos melhor as três hipóteses.

¹⁴ A aplicação da hipótese de suspensão processual é *análoga* porque fazemos menção à tutela inibitória prevista no art. 461 do CPC que, a princípio, teria as hipóteses de suspensão previstas pelo art. 265 do CPC. Como, entretanto, trata-se de processo sincrético, ou seja, de processo em que as fases cognitiva e executiva fundam-se e, mais ainda, de hipótese que a doutrina – não sem críticas, mas que se mostram neste momento inoportunas – intitula de execução *lato sensu*, a regra do art. 791, III, CPC encontraria adequada aplicação.

a) O princípio da reserva do possível pode tornar o direito social *ineficaz* e, portanto, inexigível quando, sob o aspecto material:

O pedido não se pautar pela razoabilidade, que é condicionante do reconhecimento do dever do Estado no caso concreto, de um lado, e do direito definitivo, de outro. A razoabilidade é condicionante do reconhecimento dos gastos que o Estado deve arcar para o adimplemento dos direitos (razoáveis) reconhecidos. Assim, o pedido que exigir o cumprimento de prestação que supere aquilo que razoavelmente se pode cobrar do Estado ou, ainda, que sobreexceder o mínimo razoável deverá ser indeferido, sendo ineficaz e inexigível, em razão da reserva do possível.

b) O princípio da reserva do possível, sob o aspecto processual, pode *suspender o processo* em que se exige o adimplemento de direito social, diante das seguintes condições:

Em sendo razoável o pedido, não pode a incapacidade financeira do Estado, como se viu, tornar inexigível um direito que, sob todos os aspectos jurídicos, é eficaz. Ora, se a captação de recursos por parte do Estado tem caráter permanente, não cessando nunca, isso equivale a dizer que a incapacidade financeira do Estado para adimplir o direito social pleiteado somente pode gerar um impedimento provisório. Assim, inexistindo recursos orçamentários suficientes para adimplir o direito social que se exige, a reserva do possível, nessa hipótese, vai gerar a suspensão do processo em que se pleiteia o direito social.

A outra condição inafastável a que a alegação de reserva do possível possa suspender a eficácia da norma de direito social é que o Estado *cumpra o ônus da prova* quanto à incapacidade imediata de arcar com os custos relativos ao adimplemento do direito social requerido.

c) Finalmente, o princípio da reserva do possível não *produz nenhuma consequência jurídica*, sendo imediatamente exigível o direito social quando:

Deixar o Estado de cumprir o ônus da prova que lhe compete, assim entendido tanto a perda da oportunidade probatória quanto quando as provas não demonstrarem a desoneração do Estado em seu dever legal.

O ônus de provar o fato que enseja um impedimento quanto à pretensão do autor, seguindo regra do art. 333 do CPC, é do réu. Admitindo-se que a reserva do possível gera a suspensão do processo, tem-se a consequência necessária de que o ônus de comprovar a incapacidade financeira da administração é dela própria.

Aliás, nem se cogite de qualquer presunção, nesse ponto, a favor do Estado. Mesmo porque, se houvesse que se falar em presunção, esta seria a de solvência da administração (*fiscus semper idoneus successor sit et solvendo*). Some-se a isso a absoluta impossibilidade de o autor poder desincumbir-se deste ônus caso se conjecturasse, por mero amor ao debate, na hipótese de inversão do ônus da prova.

Logo, em sendo o ônus da prova um critério para a formação do convencimento e da decisão do juiz, tem-se que a mera alegação da reserva do possível em processo em que se defende a administração-ré, desacompanhada de meios de prova suficientes para demonstração da sua incapacidade financeira imediata, não a isenta do cumprimento do seu dever constitucional determinado, obrigando ao adimplemento da prestação fática em que consiste o direito social exigido.

5. A separação de poderes como óbice à aplicação judicial dos direitos sociais

5.1. A separação de poderes no marco do Estado Constitucional Democrático

A avaliação crítica do último suporte do tripé denegatório da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais inicia por pensar o Estado Constitucional Democrático de cunho social e novos paradigmas à interpretação do princípio da separação dos poderes nele forjados, em razão da so-

breposição de competências que manifesta a relativização daquele princípio em sua formulação clássica.

De um lado, têm-se as reservas do legislador e do administrador¹⁵, supostamente invadidas pelo controle judicial das omissões legislativas e, em especial neste caso, administrativas. De outro, se tradicionalmente o exercício do poder executivo jamais prescindiu de uma esfera independente de regulamentação, a crescente complexidade da agenda política, que demanda a articulação entre uma pauta de reivindicações e atores conflitantes e mesmo antagônicos, torna muito mais árduo o processo de execução das leis e a implementação das políticas nelas adotadas, exigindo ampliação daquela esfera ou espaço livre para a disposição normativa do executivo.

Diante desse quadro de redesenho das funções estatais classicamente estabelecidas pelo princípio da separação de poderes, pergunta-se se o mesmo encontra-se superado, o que nos remete à sua configuração original, em Locke e Montesquieu.

Locke engendrou a divisão de poderes como princípio de limitação do poder monárquico em razão da representação popular e como técnica de garantia de direitos e liberdades individuais.

Jeremy Waldron (2003, p. 78) afirma que Locke encerra um enigma: em sendo o defensor da legislatura limitada, defende ser a mesma suprema, nunca sujeita a nenhum outro corpo. De fato, Locke por várias vezes afirma, em seu *Segundo tratado*, que o poder legislativo é o poder supremo da sociedade política¹⁶.

¹⁵ Por reservas do legislador e do administrador, fazemos, neste momento, referência ao que se chama de *reserva geral*, calcada na própria noção de separação de poderes e que indica o “núcleo essencial” ou a “função primária específica” de cada um deles. Adiante, essas categorias ganharão conceitos distintos (a ponto de se falar em “reservas de administração”, por exemplo) a serem oportunamente explicados. A respeito, ver: CANOTILHO, 1999, p. 686-689.

¹⁶ Veja-se: “esse legislativo é não apenas o poder supremo da sociedade política, como também é sa-

Entretanto, é importante compreender que Locke fundava-se na noção do poder legislativo como o “poder conjunto de cada membro da sociedade” e na noção de lei como expressão do bem público, do “consentimento da sociedade”, sendo a concepção do legislativo como poder supremo uma consequência dessas premissas. É para preservação dos fins desse poder que previa que aqueles que elaboram a lei tivessem de a ela submeter-se, a fim de assegurar que a mesma fundasse-se naquela vontade comum e não fosse a expressão momentânea de uma vantagem particular. A submissão à lei seria, portanto, premissa de imparcialidade do legislador quanto aos seus próprios interesses. Da mesma forma, para Locke a separação entre legislativo e executivo seria, fundamentalmente, uma garantia de transitoriedade daqueles que detivessem o poder legislativo – e portanto garantia de sua submissão às próprias leis –, em contraposição à perenidade do poder executivo¹⁷.

Montesquieu, por sua vez, radicaliza a necessidade de que um poder contenha o outro. Com ele, a garantia de liberdade política do cidadão contra a ameaça de execução tirânica do poder concentrado em um só homem decorre não apenas da limitação de cada poder, mas no exercício do *controle dessa limitação* contido na fórmula “le pouvoir arrête le pouvoir”, que encontraria seu ideal num regime em que vigorassem

grado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha depositado”. Ainda: “para a preservação da comunidade não possa haver mais de *um único poder supremo*, que é o legislativo” (LOCKE, 1998, p. 503, 518, grifos do autor).

¹⁷ “O poder legislativo é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas em assembleias, têm em si mesmas, ou conjuntamente com outras, o poder de elaborar leis, e, depois de as terem feito, separando-se novamente, ficam elas próprias sujeitas as leis que formularam (...). Porém, como as leis de imediato e em pouco tempo têm força constante e duradoura, e requerem uma perpétua execução e assistência, é necessário haver um *poder permanente* que cuide da execução das leis”. LOCKE, 1998, p. 515, p. 503-504, grifos do autor).

contrapesos ao poder do rei (RIBEIRO apud MONTESQUIEU, 2005, p. 38).

Assim, Montesquieu (2005, p. 173, 176) elabora sua defesa de que uma parte “prende a outra com sua mútua faculdade de impedir”¹⁸. O princípio da separação de poderes por ele concebido idealiza um poder estático: “Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente”¹⁹.

Assim, é pela organização estatal estanque provida pela teoria da separação de poderes e pela despersonalização do poder que se concebe o Estado moderno como garantia dos direitos individuais e contra o absolutismo.

Das muitas críticas feitas à tese da separação de poderes, destacamos a de Karl Loewenstein (1986, p. 56), que vislumbrou a impossibilidade da distinção entre as funções legislativa e executiva, visto que seriam diferentes técnicas do exercício da liderança política e da atividade de governo.

A atualidade dessa crítica faz-se sentir num momento em que há a preocupação com o esvaziamento das opções políticas inerentes à administração. Afinal, não é injustificado o temor de substituição do político pelo técnico. Se um rigoroso enquadramento técnico pode ser antitético ao convívio democrático, deve ser “a criatividade do político que ‘atualiza’ as exigências

¹⁸ A tese de contenção mútua do poder fica evidente em Montesquieu (2005, p. 173-174): “Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes. (...) Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o poder de frear o executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas”.

¹⁹ A propósito, a expressão “aller de concert”, aqui traduzida como “avançar concertadamente” (tradutora Cristina Murachco), também é traduzida como ir ou avançar “em conjunto”, certamente mais apropriado.

nas normas e, mesmo sob um controle pelo Judiciário, o poder deve ter certos espaços nos quais valora, à sua vontade, as decisões que toma” (SANTOS, 2004, p. 96).

Ora, se muito antes do desafio do pluralismo político constitucional já se previa uma esfera mínima necessária para que o executivo exercesse suas prerrogativas²⁰, então muito mais razoável essa preocupação faz-se hoje.

Hoje, o paradigma de Estado Constitucional, ao mesmo tempo em que exige muito mais do poder executivo, também sobre ele intervém e limita muito mais. O pluralismo político e cultural acolhido pelo modelo estatal constitucionalista impõe dificuldades que desafiam não só cada um dos poderes do Estado, mas em especial as relações que entre eles estabelecem-se²¹.

Somando-se a isso, a juridicização e constitucionalização de toda sorte de prerrogativas, que se deixa entrever pelo rol crescente de dimensões dos direitos fundamentais – que cresce não só do ponto de vista numérico, mas também quanto à sua complexidade²² –, acentua a sensibiliza-

²⁰ “o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discrição daquele que detenha o poder executivo (...) muitas questões há que lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha nas mãos o poder executivo (...) é conveniente que as próprias leis, em alguns casos, cedam lugar ao poder executivo” (LOCKE, 1998, p. 529).

²¹ Marcelo Neves (2006, p. 19) compreendeu perfeitamente essas dificuldades: “Nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna. Não se trata apenas de uma fórmula para ‘domesticar’ ou ‘domar’ o Leviatã. Antes, o problema consiste em estabelecer, apesar das tensões e conflitos, uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã”.

²² É errada a suposição de um desenvolvimento histórico linear dos direitos fundamentais, no qual as últimas dimensões expressariam a superação das primeiras. Ao contrário, todas as dimensões se implicam reciprocamente. No caso brasileiro, essa afirmação é autoevidente, pois, ao passo que as preocupações com a bioética e com a biogenética ganham espaço

ção das relações entre poderes ao colocar a justiça constitucional como catalisadora das mais distintas articulações sócio – político – culturais, o que igualmente desencadeia difíceis relações que se travam entre supremacia constitucional e democracia.

Por tudo isso, ao mesmo tempo em que a noção de separação de poderes vem sendo desafiada e se lhe impõe reinvenção conceitual, por outro lado, ela deixa de ser apenas um mecanismo de afirmação de direitos, alçando-se um sistema de preservação da própria democracia.

Como afirma Clèmerson Clève (1993, p. 42), se uma interpretação rígida e dogmática da separação dos poderes não funciona, por outro lado, como “idéia racionalizadora do aparato estatal ou enquanto técnica de organização do poder como garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado”.

Finalmente, se, de um lado, a separação de poderes é garantia democrática, de outro, não se esqueça, o sistema de freios e contrapesos só funciona em regime de interdependência (e não de independência dos poderes), com o necessário controle recíproco, nisso não residindo o exercício de funções próprias de outro poder (GRAU, 2001, p. 330).

Aliás, talvez o principal embaraço que se apresente seja justamente o de redefinir quais sejam as funções próprias de cada poder e o quanto das funções próprias de outro poder é necessário absorver a fim de desincumbir-se de suas próprias funções.

5.2. Por um ativismo judicial democraticamente responsável

Não é difícil, portanto, notar que a oposição do princípio da reserva de poderes à justiciabilidade dos direitos sociais merece ser contextualizada.

não somente na literatura acadêmica especializada, mas também na agenda política, ao mesmo tempo não cessam as preocupações em relação à tortura e, em especial, o tema de que nos ocupamos: a implementação dos direitos sociais básicos.

A favor das reservas do legislador e do administrador e contra o controle judicial das normas de direito social, sobretudo as programáticas, tem-se a complexidade de critérios necessariamente envolvidos na solução, que desborda do esquema conflitual individual tradicionalmente posto em juízo.

Uma decisão que envolva um direito social vai seguramente deparar-se com o problema dos custos da efetivação desse direito e, em consequência disso, das prioridades orçamentárias do Poder Público, o que significa, em última análise, decisão acerca das prioridades na implementação das próprias políticas públicas consagradoras dos direitos sociais (e isso não na perspectiva individual, mas na análise acerca das prioridades da coletividade, vista como um todo).

Nesse sentido, é relevante a reflexão de que a intervenção judicial não deva modificar a distribuição geral de recursos de forma a prejudicar o conjunto de beneficiados pelos direitos sociais, chamando-se atenção para a relevância de uma visão sistemática e geral dos custos e também dos potenciais afetados pelo benefício²³ (Cf. PECES-BARBA, 2006, p. 164).

Com razão, escreve Böckenförde (1993, p. 79) que ninguém pretende a substituição do ordenamento constitucional democrático por um Estado judicial. Por outro lado, se não se deseja um governo de juízes, cujas ferramentas decisórias tradicionais são inoperantes para resolução de conflitos em que se imponha resolução de impasses políticos e de interesses sociais coletivos e antagônicos, para além do seu *deficit* democrático,

²³ Que são também afetados pela decisão, mesmo quando em demanda individual, ao menos de forma indireta. Se uma decisão determinar que o Estado realize, de forma imediata, um transplante de órgãos em paciente que demonstra urgência de tratamento, isso certamente afetará os demais que estão na fila de espera que, por sua vez, já é organizada (também) pelo critério da necessidade e da urgência. Esse é um dos motivos pelos quais se propugna a priorização da tutela coletiva dos direitos sociais sobre a individual.

igualmente não se quer um *desgoverno*. Por isso, devem ser rechaçadas as *omissões abusivas* do legislador – e, acrescente-se, do administrador – em sede de direitos fundamentais, caso que dá ensejo ao controle judicial da omissão (Cf. BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 66; ALEXY, 1997, p. 422). Assim, pode-se ver um impasse entre o *governo de juízes* e o que se chamou de *desgoverno*, apresentando-se riscos de abusos dos dois lados.

Além disso, a crítica à ausência de legitimidade democrática dos magistrados não pode desconsiderar a necessária contextualização social da teoria democrática, sob pena de reduzi-la a outro topos retórico destituído de valor. Sobretudo numa democracia marcada antes por ser delegativa do que representativa, e isso justamente porque a extrema desigualdade social subtrai a capacidade de se fazer representar, alimentando um ciclo de dependência política no qual “há uma preponderância de comportamentos e relações delegativas no interior de um padrão institucional definido pelo sistema representativo” (WEFFORT, 1992, p. 108).

A relação entre ausência de políticas públicas asseguradoras dos direitos sociais e o enfraquecimento da democracia em seu sentido substancial não pode, portanto, ser ignorada. Assim, se é correto o temor de que um ativismo judicial exacerbado incorreria em degradação da esfera política, podendo constituir-se em ameaça à democracia, por outro lado, o problema maior do argumento acerca dos riscos de um governo de juízes é a forma *conservadora* com que, às vezes, é o mesmo manejo, chegando-se ao extremo de falar em uma ditadura da Constituição (ANDRADE, 2004, p. 195).

Ora, a resposta à ideia de uma ditadura da Constituição reside no fato de que, no Estado de Direito, o poder estatal não preexiste à Constituição, mas é por ela constituído e limitado, pois o princípio do Estado de Direito não pressupõe unidade política e poder ilimitado, que só posteriormente é

necessário circundar de barreiras (HESSE, 1998, p. 159).

Igualmente, os poderes estatais não são independentes entre si. Se, de um lado, a separação de poderes é garantia democrática, de outro, não se esqueça, o sistema de freios e contrapesos só funciona em regime de interdependência e não de independência dos poderes, com o necessário controle recíproco, cabendo ao Judiciário, justamente “sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico”, nisso não residindo o exercício de funções próprias de outro poder. O que o princípio da *supremacia da Constituição* determina ao Poder Judiciário é “assegurar a pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o *poder*” (GRAU, 2001, p. 330-331).

Ora, pelo princípio da separação dos poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e conseqüentemente o controle jurisdicional, inclusive da Administração; não há que se falar em ingerência indevida quando se tem, ao oposto, justamente exercício da função primária específica.

Da mesma forma, permitir-se que as premissas constitucionais vinculantes fiquem dependentes exclusivamente do juízo de oportunidade e conveniência do poder obrigado (devedor da prestação constitucionalmente estabelecida), sem nenhum controle dos demais poderes estatais, ao contrário de ser a consagração da separação de poderes, é justamente o rompimento desse princípio, o desfazimento do sistema de freios e contrapesos.

Para Mauro Cappelletti (1999, p. 42), o papel que se espera do juiz no Estado social de direito é que, como “ramo” do Estado que são, contribuam com a “tentativa do estado de tornar efetivos tais programas”, contribuição que se realiza na forma de exigência “do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que,

por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.

No mesmo sentido, tem-se apontado, em relação à dimensão política dos direitos sociais, que a norma adquire comensurabilidade de natureza política, vez que é possível ponderar as prioridades governamentais e legislativas. O direito social assume contornos de instrumento de governo e administração ao orientar os critérios legitimatórios das políticas sociais e transforma a política numa moeda universal (MACEDO JR., 2005, p. 562-563)²⁴.

Certamente não desejamos um deslocamento absoluto²⁵ da arena política e do espaço de conformação dos interesses coletivos para o Judiciário, o que implicaria um enfraquecimento e, portanto, um retrocesso quanto às garantias democraticamente formais conquistadas historicamente.

Por outro lado, dessa conquista histórica não pode resultar uma estagnação que

²⁴ O autor utiliza uma “situação” que ilustra bem sua explanação: “Após perderem diversas batalhas políticas (no Congresso) no sentido de limitar o uso de tabaco, a política pública com relação ao setor parece estar se alterando em razão de ações judiciais propostas pelos 18 Procuradores-Gerais de diversos Estados americanos que agora chegaram a um acordo no valor de 206 bilhões de dólares a serem pagos nos próximos 25 anos. A matéria critica o fato de que o uso das ações como meio de pressionar os produtores constitui-se em mecanismo não transparente e não democrático para a elaboração de políticas de governo” (idem, p. 559).

Também ilustra bem esta mutação nas esferas de decisão – utiliza-se a expressão mutação, e não simplesmente transferência – o filme “O Júri”. Nesse filme, o advogado de uma viúva, cujo marido faleceu num destes inexplicáveis *mass murderers* dentro da empresa em que trabalhava, litiga contra a indústria fabricante da arma utilizada para matar a vítima. Claramente, a disputa era de cunho político. O advogado, interpretado por Dustin Hoffman, esclarecia ao júri que aquela seria uma condenação inédita, a partir da qual a violência no país passaria a ser um problema da indústria armamentista. A discussão dos jurados não deixou passar em branco o caráter predominantemente político que sua decisão assumiria, consistindo nisso o seu principal dilema.

²⁵ O termo “absoluto” é indispensável, uma vez que, em sendo também política a atividade judicial decisória, não há como vislumbrar-se (ou tampouco desejar) uma separação estanque entre as duas esferas.

finda por ser, em termos práticos, um igual enfraquecimento e retrocesso da democracia, sendo oportuno o alerta de Canotilho (apud COUTINHO, 2003, p. 30-31) quanto à transmutação das esferas de poder no contexto da globalização neoliberal, que estabelece níveis privados de governança²⁶, com forte impacto nas regulações econômicas, destituídos de quaisquer controles.

Os índices de marginalização e exclusão social e de concentração da riqueza²⁷ – *mais de um terço da população brasileira não possui saneamento básico*²⁸ – não admitem o conformismo, mormente quando constitucionalmente (e mesmo supranacionalmente) reconhecidos os direitos sociais básicos à existência digna: a impossibilidade de fruição dos direitos sociais mais elementares é, por si só, a maior ameaça à democracia.

O desafio que um *ativismo judicial democraticamente responsável* impõe é o de, em não abrindo mão das conquistas históricas, tampouco entregar-se à estagnação, ou seja, se não se quer retroceder em relação às conquistas da democracia formal, igualmente não se quer deixar de caminhar

²⁶ O documentário “A Corporação” aborda o problema da governança privada e da falta de controle sobre as corporações, indicando o quanto os direitos fundamentais foram sendo, aos poucos, subvertidos em direitos à serviço das “pessoas jurídicas” (ACHBAR; ABBOTT; BAKAN, 2003).

²⁷ De acordo com o Atlas da Exclusão Social no Brasil, 41,6% dos municípios brasileiros possuem o menor Índice de Exclusão Social registrável (0.0 a 0.4), sendo os piores resultados apresentados nas regiões Norte e Nordeste (POCHMAN; AMORIM, 2003, p. 25). Por outro lado, no Atlas destinado ao estudo dos ricos no Brasil, afirmam: “Tem sido marcante no Brasil a inalteração do jogo distributivo, mesmo quando se trata do aparecimento de novos jogadores e da mudança do perfil de geração e apropriação da riqueza” (Idem), verificando-se que a participação dos 10% mais ricos na riqueza total do país era de 75,4%, no final da década de 90, havendo que constatar também que esse percentual mostrou-se sempre *crecente* no período entre o fim do século XIX até o fim do século XX (Ibidem, p. 28).

²⁸ Os dados são do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e foram divulgados no Jornal do Commercio de 31 de maio de 2008 (Caderno de política, p. 9).

progressivamente para uma democracia substancial.

Em vista das tensões entre os poderes, a necessidade de redefinição (e não de superação) da separação de poderes, com preocupação com a democracia em seus aspectos formal e substancial exige postura dialética que coloca a *própria atividade judicial como objeto de ponderação do juiz*, que deve questionar a adequação da seara judicial como arena de solução dos conflitos em pauta (vez que tal análise deve dar-se sempre em concreto e não abstratamente), norteado, porém, pela imposição constitucional de realização gradual e crescente dos direitos que caracterizam o Estado de Direito democrático. Recusa-se, de um lado, a *absoluta* obliteração das instâncias legislativas e administrativas e, de outro, recusa-se igualmente a utilização – equivocada – do mote da separação dos poderes para engessamento do papel do juiz na construção – interdependente – da sociedade e do Estado desenhados pela Constituição.

Sem dúvida, pode contribuir decisivamente para a solução desse desafio a existência de um *direito processual constitucionalmente adequado*, que possa estruturar as tutelas conforme os efeitos que decorrem especificamente de cada direito social em jogo, especialmente quanto ao controle das omissões administrativas, bem como o controle judicial do orçamento público.

Finalmente, apresentam-se quatro argumentos favoráveis à proposta de um *ativismo judicial democraticamente responsável*:

O primeiro é o de que o Judiciário não pode suprimir ou substituir a esfera de conformação das escolhas políticas inerentes ao legislador no Estado democrático. Entretanto, essa não supressão do “espaço próprio” do legislador não pode ser traduzida em termos de inoperância e ineficácia total dos direitos sociais. Como se disse, a função específica do Judiciário, em razão da qual o poder estatal lhe é conferido, é a de assegurar a exequibilidade dos direitos, em clima de interdependência e não de inde-

pendência de poderes (Cf. GRAU, 2001, p. 330-331). É só quando o sistema de freios e contrapesos funciona que se pode efetivamente falar em separação de poderes.

O segundo é o de que não se admite *omissão abusiva* dos poderes públicos (ALEXY, 1997, p. 422; BÖCKENFÖRDE, p. 66), razão pela qual caberá sempre, ao menos, o controle das omissões legislativas e o controle das omissões administrativas, nos casos em que a abusividade da omissão ficar demonstrada (razão que propugna, uma vez mais, para que tal análise seja sempre em concreto e não abstrata).

O terceiro argumento é o de que, em havendo um *direito processual constitucionalmente adequado* e tutelas adequadas a tornar acionáveis cada um dos efeitos que podem decorrer das normas de direito social, em cada caso concreto (sem converter toda e qualquer pretensão de direito material em direito subjetivo a ser reclamado no esquema tradicional individual conhecido), as chances de um ativismo desmedido decrescem muito.

O quarto é o de se reconhecerem posições jurídicas exigíveis em caso de preservação do *mínimo existencial*, a fim de preservar também o “espaço próprio” dos cidadãos e também para salvaguardar o Estado constitucional, cujo *proprium* justamente é a existência de um tribunal constitucional que fiscalize a vinculação das normas constitucionais. Não se esqueça que o controle jurisdicional de constitucionalidade chega a ser qualificado como “coluna de sustentação do Estado de direito” (BONAVIDES, 2006, p. 301) e que o marco definitivo do Estado constitucional é precisamente a existência de um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis ou, de forma mais ampla, do controle do poder em geral (SANCHÍS, 1998, p. 33).

Enfim, se a complexidade de fatores que influenciam a tomada de decisões políticas concernentes à destinação orçamentária não permite a substituição do político pelo jurídico, é necessário dizer

que a complexidade não para por aí. Em verdade, reconhecer e respeitar a primazia do político nessa seara não aniquila, e nem mesmo atenua, o aspecto jurídico de que se revestem as *normas* de direito social. Portanto, a posição que se quer marcar é que a opção entre cumprir, ou não, os preceitos constitucionais determinados não está dada: essa não é uma opção, nem política, nem jurídica.

Muitas outras opções entre o cumprir e o não cumprir, felizmente, persistem e a necessidade de estabelecer critérios para sua eleição desafia todos os poderes estatais a cumprir novos papéis e a reordenar a ideia da sua harmonia.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais*. estudos de directo constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, 2002.

BVERFGE: coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal, nº 33, S. 333.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Lisboa: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição federal de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94-111.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flavio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

GRAU, Eros. *A Ordem econômica na constituição de 1988*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de la teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madri: Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

LINS, Liana Cirne. *Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela processual coletiva das omissões administrativas*. Tese de doutorado. Recife, UFPE, 2007.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ed. Ariel, 1986.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 1994.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édís. *Ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: RT, 2005.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. o processo de produção do capital. Livro 1. v. 1, 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: *Revista de Direito Público*. n. 57-58. São Paulo: RT, jan./jun. 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. direitos fundamentais*. 3 ed. Tomo 4. Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PECES-BARBA, Gregório. *La constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.

_____. *Ley, principios, derechos*. Madri: Dykinson, 1998.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEFFORT, Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.