

O ATIVISMO JUDICIAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Bruna Ambrósio Chimenti

Introdução. **I.** Conceito de Direito Social e caracterização do Estado Democrático Social. **II.** A Justiça Social como mecanismo de dignidade a todos. **III.** O papel do Judiciário e os critérios para guiar o ativismo **IV.** Conclusão.

A ideia de direito social remonta ao capitalismo industrial, onde a liberdade e a autorregulação do mercado, juntamente com a autonomia da vontade regiam a vida em sociedade. Havia gritante antagonia, já que a total liberdade acabava por gerar a total submissão dos economicamente vulneráveis aos detentores do poder econômico.

O Estado precisava intervir para rebater a cruel realidade da classe operária daquela época e foi justamente dessa aspiração de justiça da classe dominada, atrelada à intervenção estatal que surgiram os direitos sociais. Seu berço, a Constituição Francesa de 1848, apesar de não conceber o Estado Francês como um Estado Social, previu alguns direitos tais como instituições de previdência e de crédito, associações voluntárias, assistência às crianças abandonadas, doentes, idosos, etc. Depois, as Constituições mexicana e alemã previram os primeiros direitos dos trabalhadores.

O grande marco, entretanto, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pautadas na liberdade, igualdade e fraternidade, preconizando a preocupação em colocar o homem a salvo de necessidade, bem como garantir progresso social e melhores condições de vida.

O Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, foi uma espécie de complementação à Declaração anterior e ratificou a ideia de incidibilidade dos direitos e liberdade e dos direitos sociais.

A evolução no Brasil começa com a Constituição de 1824, com a garantia a socorro público, instrução primária gratuita, etc. A Constituição de 1891 trouxe disposições relacionadas à organização do Estado. A Constituição de 1934 trouxe as bases sobre as quais seria criado o Estado Social de Direito, protegendo o trabalho, repouso remunerado, férias, instituição da Justiça do Trabalho, dissídios coletivos, etc, sendo fortalecida pela Constituição de 1946 que trouxe o repouso semanal remunerado, direito de greve, ampliação do direito à educação, dentre outros.

A Carta Magna de 1988, fruto de um período pós-ditatorial, como não poderia deixar de ser, é minuciosa, detalhista e acaba por vezes trazendo disposições que não

necessariamente deveriam estar em uma Carta Magna, mas que ali está em razão da necessidade de proteção que o momento pedia.

Só há sentido em se falar em direito e estado social quando há desigualdade. Os direitos sociais se referem às minorias, aos prejudicados e aos necessitados de proteção. Se não houver necessidade de proteção e amparo estatal, não há motivo para intervenção estatal em nenhuma das esferas da vida da população.

I – CONCEITO DE DIREITOS SOCIAIS E CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL

Tarefa árdua é a conceituação de direito social em razão do amplo rol de direitos aí englobados. Alguns direitos sociais exigem tarefa prestacional do Estado, enquanto outros exigem regulamentação e fiscalização. Há situações ainda que nada é exigido do Estado, como no caso de greve ou associação sindical, que o esperado do Estado é abstenção, tal qual ocorre com os direitos de primeira geração.

Pensando em características comuns, podemos citar, em primeiro lugar, que os direitos sociais, pelo menos no que pertinente ao chamado piso vital, devem ser equiparados aos direitos fundamentais de primeira geração (liberdade), sob pena de não se garantir o mínimo a uma vida com dignidade. Desse ponto decorre a segunda característica dos direitos sociais, que é o fato de carregarem o pressuposto da existência de pessoas que não contam com o piso vital, e que precisam de uma proteção estatal pela desigualdade nas relações econômicas.

A terceira característica comum a todos os direitos sociais seria a presença estatal, independentemente se como prestador, legislador ou fiscalizados.

Para Andreas Krell, direitos sociais

são os direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. o Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas políticas públicas (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habilitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.¹

¹ KRELL, Andreas J., Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002, pp. 19-20

Para Vidal Serrano, direitos sociais podem ser entendidos como

o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.²

Assim, o que se observa é a presença de alguns elementos: direito subjetivo (presença da sociedade demandatória e do Estado), atividade normativo-reguladora do Estado e por fim, instrumentos assecuratórios, as garantias de que os direitos serão observados.

A Constituição Federal de 1988 determinou expressamente um standard social mínimo, e ao demarcar que um dos objetivos do país é erradicar a miséria, colocou o país na condição de miserável e como meta garantir o mínimo vital a todos, inclusive com a dignidade material do ser humano, claro, considerando as condições socioeconômicas do país. Não se pode esperar que o conceito de bem estar em nosso país seja o mesmo de Estados muito mais ricos e desenvolvidos, como a Alemanha.

Importante para o presente trabalho é analisar as formas como os direitos sociais são positivados. Há enorme diferença entre um mero enunciado de erradicação da pobreza e na concretização das prestações concretas a todos os indivíduos para lhes garantir uma vida digna e sem miséria.

A Constituição pode usar mais de uma forma de positivação e nem sempre os direitos sociais serão inseridas no rol das chamadas normas programáticas. Somente a análise da norma é que vai desvendar a sua forma de positivação, mesmo porque há situações que a Lex Maior prevê mais de uma vez o mesmo direito com formas diferentes de concretização.

De fato, se de um lado, (a CF) consagra programas ou tarefas, de outro, preconiza direitos imediatamente realizáveis e exigíveis, quando não fez uso, em relação a um mesmo direito, de mais de uma estratégia de proteção.³

Veja-se que apesar da maioria das normas envolvendo direitos sociais serem programáticas, houve situações em que o constituinte quis retirar a implementação de algumas prerrogativas dos litígios partidários, programas ideológicos e disputa de

² NUNES JR., Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, pag. 70.

³ Op. Cit, pag.77.

interesse e essas normas, apesar de tratarem de direito social, são auto aplicáveis e independente de regulamentação infraconstitucional (direitos fundamentais sociais)⁴.

Nas palavras de Alexy, "*lá protección mas fuerte la otorgan normas vinculantes que garantizan derechos subjetivos definitivos a prestaciones; la mas débil, las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo prima facie del Estado a otorgar prestaciones*".⁵

É preciso reforçar que os direitos sociais são histórica e ideologicamente socialistas, inclusive porque a lógica coletivista, que lhe é implícita, desafia o ritmo da apropriação individual do capital. Aqui é dado um passo além das conotações jurídicas do liberalismo porque, ao invés de se premiar o esforço ou o desempenho individual - a exemplo do direito à propriedade - gratificam-se as necessidades e as demandas sociais, públicas, coletivas, como quer o direito à educação.⁶

Basta uma breve análise de alguns dispositivos constitucionais para que não reste qualquer dúvida de que o Brasil é um Estado Democrático Social. Já no artigo 1º da Constituição federal consta que é fundamento da República a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o valor social do trabalho. Na mesma linha, o artigo 3º indica que é objetivo fundamental da República a construção de sociedade livre, justa e solidária bem como a erradicação da pobreza e da marginalidade.⁷⁸

Veja-se que a caracterização do estado como Democrático Social implica na consideração deste modelo para toda e qualquer decisão a ser tomada, seja no âmbito legislativo, judiciário ou mesmo na vida civil, contemplada a máxima efetividade possível à hermenêutica constitucional.

Nas palavras de Canotilho,

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello formulou uma sistematização tripartida das normas constitucionais sobre justiça social com base na geração de efeitos para os administrados, quais sejam (i) normas que outorgam um poder jurídico, situação cujo desfrute independa de prestação alheia, tal como o direito de greve; (ii) normas que trazem o necessário para gerar uma concreta utilidade ao administrado, consistindo em um direito propriamente dito cuja fruição dependerá de uma prestação alheia; (iii) normas que expressam em sua dicção apenas uma meta a ser cumprida pelo Poder Público, sem entretanto, apontar os meios para ser atingida. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. Revista de Direito Público 57-58)

⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Versão castelhana de Ernesto Garzon Valdés. 1ª edição, Espanha, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁶ <http://www.sociologiajuridica.net.br/lista-de-publicacoes-de-artigos-e-textos/72-direito-e-estado-118-estado-de-direito-social>- acesso em 16/03/2015.

⁷ Podemos ainda citar o artigo 4º que trata da prevalência dos direitos humanos, o caput do artigo 5º seus incisos, artigo 133 (que cria a Defensoria Pública), artigo 170 e seus incisos e por fim, os artigos 193 a 232 que tratam da Ordem Social.

⁸ Importa observar que não se trata de um Estado Popular porque nem sempre (aliás, raramente) o povo detém o controle da máquina do Estado – especialmente os aparelhos ideológicos e repressivos do Estado.

Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese de actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas sobre preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).⁹

A constatação de um Estado Democrático Social implica necessariamente na maior efetividade das normas constitucionais, sempre levando em consideração os ditames da Justiça Social a fim de ver garantida a Dignidade da Pessoa Humana.

II – A JUSTIÇA SOCIAL COMO MECANISMO PARA GARANTIA DE DIGNIDADE A TODOS

A questão de justiça foi pela primeira vez tratada por Aristóteles, que propõe uma teoria sistemática que subdivide o gênero justiça em três espécies: justiça geral, justiça distributiva e justiça corretiva.

Tomás de Aquino assume a teoria da justiça de Aristóteles e a desenvolve em três espécies: justiça legal, distributiva e comutativa¹⁰. Sob o impacto da tendência igualitária que caracteriza a modernidade, os tomistas do século XIX, desenvolveram o conceito de justiça social, que encontraria na "ética social cristã" o principal instrumento de sua difusão no discurso político e nos textos constitucionais.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o termo justiça social "em nossa tradição constitucional, deita raízes na Doutrina Social da Igreja"⁽³⁴⁾. Este termo se faz presente no *caput* do art. 170 e no art. 193.

Na Constituição Brasileira, o termo "justiça social" é encontrado no *caput* do art. 170, que trata dos princípios fundamentais da ordem econômica¹¹.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª edição. 2ª reimpressão. Portugal, Coimbra: Almedina, 1992, pag. 233.

¹⁰ AQUINO, Tomás de. *Suma Teologica*. v. 8. Madri: BAC, 1956.

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

Na mesma linha, o artigo 193 da Constituição federal dispõe que "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

Assim, o que se observa é que a justiça social é ditame tanto da ordem econômica como da ordem social. Significa dizer que todos os esforços devem ser evados tanto no campo da livre iniciativa como no campo do bem-estar social para que se garanta existência digna a todos. Alcançando existência digna a todos, o bem comum terá sido concretizado.

Este objetivo pode ser alcançado por mecanismos típicos da justiça social, atribuindo a todos o mesmo direito, independente de características particulares, ou por meio de mecanismos de justiça distributiva, qualificando o sujeito de direito de um algum modo.

O direito à saúde, por exemplo, é um típico direito de justiça social, de tal modo que todos têm esse direito: ricos e pobres, trabalhadores, crianças, etc. Os serviços públicos de saúde não podem estabelecer nenhum tipo de diferenciação. Há, por outro lado, direitos que são garantidos a determinados grupos, como ocorre com a "assistência aos desamparados" prevista no artigo 6º da Constituição federal, que só é devida a quem precisar.

No que tange especificamente à justiça distributiva, necessário que os critérios a serem adotados devem atender os desiguais na medida de suas desigualdades. Assim,

"O bem de todos, núcleo do conceito de justiça social, pode assim ser alcançado, considerando cada um como titular de direito apenas na sua condição de pessoa humana ou atentando para algum aspecto relevante (criança, idoso, trabalhador, desamparado, etc). Se é lícito introduzir uma distinção a partir da teoria da justiça, pode-se falar no primeiro caso, de direitos sociais de justiça social (a todos)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995](#))

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei

e direitos sociais de justiça distributiva (a cada um segundo).”¹²

Fica evidente que a justiça distributiva e o atendimento às necessidades sociais são requisitos para que se alcance e garanta vida digna a todos.

Cada um de nós, enquanto cidadãos de um mesmo Estado, somos de certo modo responsáveis pelo bem de todos e pela redução das desigualdades. Não é espantosa a informação de que os adimplentes da conta de luz acabam pagando pela parcela dos inadimplentes. Os tributos pagos pelos cidadãos adimplentes englobam diversas medidas adotadas em prol da coletividade.

Somos parte de um todo e temos obrigações enquanto cidadãos. Carregamos o fardo da miséria de nosso país nas costas (pagando impostos e cotas caríssimas todo mês).

E claro que se cada cidadão possui deveres e ônus em razão de ser parte de uma coletividade, é evidente que o Estado, em suas 3 divisões (executiva, legislativa e judiciária) possui um fardo ainda maior.

III– O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO SOCIAL

Até pouco tempo atrás, o entendimento que prevalecia é que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas pragmáticas, o que impedia que fossem propostas ações judiciais para exigir prestações positivas do Estado. Prevalecia uma leitura mais ortodoxa da separação dos poderes, sendo que decisões sobre políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais eram vistas como intromissão do Judiciário na seara do Legislativo e Executivo.

O quadro se inverteu e hoje o Judiciário trata os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, estando à disposição dos cidadãos para garantir inclusão social e vida digna.

Não se pode negar que estamos diante de uma vitória, já que sendo a justiça social objetivo da nação, todos os órgãos, poderes e entidades devem estar positivamente atuando para a concretização desse preceito constitucional.

O Poder Judiciário, assim como o Executivo e o Legislativo são atores do Estado Social e devem, dentro de suas atribuições, garantir eficácia aos direitos fundamentais e fazer valer os direitos básicos dos cidadãos para concretização da vida digna a todos.

¹² BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm

Aqui importa observar a questão da separação dos poderes tal como vista pelos doutrinadores atuais e a discussão sobre a interferência de um Poder no domínio dos outros.

O princípio da separação dos poderes surge, pela primeira vez, como teoria política, no pensamento de John Locke (1632-1704). Este denominou os três poderes indispensáveis às sociedades políticas, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo. Para ele, para a preservação da sociedade política há somente um único Poder supremo, que é o Legislativo, ao qual os outros Poderes estão subordinados.

Para Montesquieu, a liberdade prevista na Constituição não seria mero princípio de organização, mas um direito à participação, em harmonia entre os poderes.

Em Kelsen, a doutrina de Montesquieu é questionável quanto a sua realidade fática em razão da postura adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no que concerne à competência que assumiu de exercer o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Nesse sistema de pesos e contrapesos, configurando que as competências classicamente separadas e independentes dos poderes não podem ser percebidas na gestão cotidiana do Estado.

Veja-se que, por exemplo, apesar de ser a edição de leis competência do legislativo, hoje em dias são centenas de medidas provisórias expedidas pelo Executivo com caráter nitidamente legislativo. O Executivo, por sua vez, que deveria estar cuidando das políticas públicas e garantindo os direitos sociais a todos, não dá conta do recado e muitas vezes a saída é pedir socorro ao Judiciário para ver assegurado direito constitucionalmente garantido e que deveria ser prestado, sem embargo, pelo Estado.

Manoel Messias Peixinho, fazendo uma revisão contemporânea do princípio da separação dos poderes pontua que existem funções típicas e atípicas de cada poder. Os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes¹³.

No que tange aos poderes do Judiciário especificamente, tema que importa para o presente artigo, o referido Autor observa que a judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos.

O tema judicialização da política ou politização da justiça denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas, o que causa a ampliação do poder judiciário em matérias que em regra seriam do legislativo.

¹³ PEIXINHO. Manoel Messias. O princípio da Separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.

Para Boaventura de Sousa Santos, “a judicialização da política conduz à politização da justiça”. Nesta linha, “há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições políticas”¹⁴.

Eis a veia do problema. Como garantir que a judicialização da política ou politização da justiça, a qual denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas, não extrapole seus limites funcionais?

Não há dúvida de que é indispensável que em um sistema equilibrado, o Judiciário possa atuar sempre que houver ameaça ou lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.

Mas também não se pode permitir tudo ao Judiciário, sob pena de rasgarmos o texto da Lei e ser o poder Judiciário visto como o Poder Superior aos demais poderes, que manda e desmanda independentemente do texto da lei, das normas, das políticas públicas, etc.

Lenio Streck¹⁵ coloca bem essa questão do limite da discricionariedade e da forma como deve ocorrer a atuação do Judiciário. Para ele, a discricionariedade não pode ser entendida como “a consciência”, a “livre convicção”, “as experiências passadas” e a “opinião” do julgador.

O Autor coloca que o direito não é e não pode ser aquilo que o intérprete quer que seja. Cita posições, como a de Eduardo Cambi (pag. 29) que sustenta que o juiz, nos casos difíceis, possui tanta margem de discricionariedade quanto o legislador e que a dignidade do direito advém da dignidade do juiz.¹⁶

O que se observa na Doutrina é a substituição de um vetor de racionalidade estruturante (pré-compreensão) para uma racionalidade meramente instrumental, lógico-argumentativa. Segundo Lenio Streck, é preciso reconhecer que só fazemos filosofia se houver uma filosofia de standard de racionalidade. É a partir de um quadro referencial teórico que o trabalho filosófico irá fazer construções no que tange a uma teoria da verdade, da realidade, da linguagem e do método.

Assim, desde que partindo de uma interpretação hermenêutica, a partir de um quadro referencial teórico, o Poder Judiciário tem relevante papel na tutela dos direitos sociais.

¹⁴ Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008

¹⁵ STRECK, Lenio. O que é isso – decido conforme minha consciência? Ed. Livraria do Advogado, 4ª Ed. Porto Alegre, 2013

¹⁶ Eduardo Cambi sustenta que a decisão do Juiz reflete características pessoais do juiz (a sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências passadas, as suas frustrações, as suas expectativas, etc.) (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009, p. 272**)

Isso porque muitas vezes o mínimo que é garantido pela Constituição Federal para existência digna a todos não é observado pelos Poderes Executivo e Legislativo quando da edição de leis e elaboração de políticas públicas.

Neste caso, o ativismo que demonstramos acima não é aquele que o juiz, a seu livre convencimento, decide o que é melhor no caso concreto e implementa sua vontade independentemente da lei, das políticas públicas e de uma interpretação global e teleológica da Carta Magna.

O ativismo que se apoia é justamente aquele segundo o qual o Judiciário tem uma postura positiva e comissiva em implementar tudo aquilo que se previu e se quis estabelecer para a nossa sociedade na Constituição Federal. Tudo aquilo que, independentemente do senso pessoal do juiz, é tido pela sociedade, pela Constituição Federal e pelo próprio Poder Público como essencial e fidedigno a todos, pode ser concedido pelo Judiciário.

Também com fundamento na democracia é que o Poder Judiciário não pode se abster de julgar e de fiscalizar as ações e omissões dos demais poderes. Assim, se o Poder Executivo não atende aos interesses e direitos previstos na Constituição, não é função do Judiciário garantir que ele o faça?

O sistema de *check and balance*, ou freios e contrapesos como é mais conhecido por aqui, tem justamente essa função de controle de um poder pelo outro e garantia de cumprimento de suas funções caso o competente não o faça. Não significa de maneira alguma que o Judiciário fará política pública, mas somente de garantir o poder do Judiciário em garantir que o executivo faça política pública e que tal política esteja de acordo com os preceitos constitucionais.

Até pouco tempo, o discurso predominante era que os direitos constitucionais eram normas programáticas e não poderiam servir para exigência em juízo de prestações jurisdicionais. Prevalecia o entendimento da separação dos poderes e os magistrados entendiam que não poderiam tomar decisões que afetassem as políticas públicas.

Superada a questão do ativismo em si e do papel do Judiciário na garantia dos direitos, cumpre-nos expor a problemática e tentar chegar em uma solução.

São diversos estudos que comprovam o óbvio: não há verba suficiente para garantir os direitos sociais a todos em nosso país. E é indignante ver que o Poder Público engajado na construção de estádios e hotéis para Copa do Mundo, Jogos Olímpicos, pontes estaiadas e tantos outros que não trazem o mínimo a quem precisa mas garantem visibilidade para o Poder Público.

Isso sem contar nas falcatruas, corrupções, desvios de dinheiros, e tantos outros mecanismos que tiram o dinheiro do povo, que deveria ser utilizado para o povo e o coloca nos bolsos dos políticos e agentes públicos.

Mas voltemos à conclusão, independente dos motivos: Não há verba para tudo. Não hoje. Não nesse ano. Não do jeito como as coisas são hoje.

O SUS não vai conseguir atender a todos, da maneira como deveriam ser atendidos, no país inteiro, sem que se tenha que fazer escolhas e sem que alguém que deveria ter sido atendido seja preterido.

As creches não vão ter vagas suficientes para todas crianças e, ainda que o Judiciário profira milhares de decisões determinando a matrícula das crianças, ainda assim o tiro saíra pela culatra. Aglomerar crianças em creches não é produtivo para a criança, não garante segurança às mesmas e não é viável ao Poder Público.

Com relação à moradia, direito fundamental garantido pela Constituição a todos, como garantir o cumprimento desse direito aos quase 200 milhões de brasileiros desse Brasil todo?

O que se observa, assim é que os recursos existentes na sociedade são insuficientes (mas estão longe de ser escassos) e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. Isso impede a realização de todos os direitos sociais em seu grau máximo.

O próprio desenvolvimento socioeconômico de um país impõe o limite, o que mostra que não é só por faltas de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia.

Aí surge o problema das escolhas. O Poder Executivo, no momento da elaboração das políticas públicas, e o Poder Judiciário, ao conceder ou não determinadas medidas, tem que escolher onde aplicar a verba. Não se trata de escolher o melhor, mas sim de evitar a catástrofe na maioria das vezes.

Conforme bem colocado por Daniel Sarmiento,

A escassez obriga o Estado a confrontar-se com verdadeiras escolhas trágicas, pois diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para comunidades carentes ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara. Aumentar o valor do salário mínimo ou expandir o programa de habitação popular: Infelizmente, no mundo real nem sempre é possível ter tudo ao mesmo tempo”¹⁷

¹⁷ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. p. 4

Os direitos sociais, principalmente os essenciais, deveriam ser universais e garantidos a todos. Os serviços deveriam ser seguros, adequados e eficientes. Mas não o são, e estão longe de ser. Alias, se não acabarmos com a corrupção e com a utilização de dinheiro público em coisas supérfluas, como a construção de ciclofaixas nas grandes avenidas, nunca os recursos serão suficientes para garantir os direitos sociais..

Para agravar ainda mais o problema, importa verificar a questão do acesso à justiça.

Ainda que todos os cidadãos e usuários tivessem igualitário acesso à justiça¹⁸, o que se sabe estar longe de ser uma realidade, como estabelecer parâmetros para que o Judiciário preste sua função e não deixe desamparado o cidadão, sem interferir nas políticas públicas e sem causar prejuízos a todos os outros usuários e à coletividade?

Veja-se que no dia-a-dia, o Judiciário se depara com delicadas situações, que interferem nas políticas públicas, nas ações governamentais e na vida em sociedade. Como exemplo, podemos citar uma decisão judicial determinando a internação de um paciente em determinado hospital, ignorando tanto as filas existentes para acesso a esta unidade, como os critérios médicos adotados para priorizar seus pacientes. Outro exemplo seria a decisão judicial determinando ao Poder Público o fornecimento de medicamento caríssimo fabricado no exterior, cuja importação foi proibida pela ANVISA em razão de ineficácia do produto.

No que tange especificamente à judicialização da saúde, sua ocorrência é cada vez maior, gerando impactos econômicos significativos ao erário.

A verdade é que o Judiciário muitas vezes se ocupa apenas com o caso concreto, não possuindo uma visão global do sistema quando da tomada de sua decisão. A maioria dos Juízes, ainda mais quando se trata de questão de saúde, não corre o risco de que um usuário morra em razão de algum pedido indeferido e normalmente concede o pedido, mesmo que isso implique em prejuízo para toda a coletividade. Os processos envolvendo direitos sociais e serviços públicos não podem ser pensados como bilaterais. É preciso tirar o tapa olho e enxergar além da relação juiz-parte.

Para resolver esse problema, a nosso ver, o ideal seria a criação de critérios objetivos e postulados em lei para guiar o Poder Judiciário na concessão de qualquer medida. A seguir, tentaremos delimitar alguns critérios, sabendo que estamos longe de apresentar uma solução completa e exauriente do tema, mas apenas critérios isolados para introduzir o tema e colocar o leitor a pensar sobre o tema.

¹⁸ Como se sabe, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger seus direitos. *“Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção de igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados”*. Op. Cit, p. 6

a) Análise de Impactos

O que se espera é que, ao tomar decisões, o Poder Judiciário deve estar consciente dos impactos que sua atuação trará nas políticas públicas e orçamentárias do Poder Público.

Obviamente que a concessão de decisão determinado a importação de um medicamento ou aparelho cirúrgico de, diga-se, um milhão de reais, a um único usuário, importa seja ampliado o espectro e levantada a prescindibilidade do medicamento, a existência de similares no mercado a custo reduzido, os resultados que serão alcançados pela compra do produto, etc.

Se o Judiciário pretende ser ativista, entendendo-se o termo conforme acima, no sentido de garantidor da efetividade da Constituição, então terá que ser ativista também na mensuração das consequências de seus atos.

O Judiciário, em cada um de seus Magistrados isoladamente, deve mensurar os riscos, os benefícios e os impactos de suas decisões.

Sugere-se, por exemplo, que sempre que uma decisão ativista vá ser tomada, o Poder Público seja intimado para se manifestar, a fim de que o Judiciário possa conhecer o outro lado da moeda e refletir melhor antes da adoção de qualquer medida.

Outra questão que se constata é a falta de expertise dos juízos sobre os temas, já que muito específicos e setorizados. Urge, também, reconhecimento sobre esta falta de expertise e humildade em se recorrer a peritos, instituições capacitadas, Ministério Público e agências reguladoras na tomada das decisões, justamente para viabilização da visão global e conscientização dos juízes no momento da tomada decisões sobre os impactos de sua decisão.

O novo Código de Processo Civil, provavelmente com vistas a essa situação, traz a figura do *amicus curiae* no processo civil sempre que o juiz entender necessário ou pertinente. Caberá, portanto, aos juízes, reconhecer sua dificuldade em enxergar o amplo espectro e trazer o Ministério Público ou quem quer que seja para lhe auxiliar a entender a situação global.

b) Extensão da decisão

A nosso ver, em atenção ao princípio da igualdade, a adoção de qualquer medida, por mais mínima ou por mais extrema que seja, em favor de um único usuário, deve ter o condão de poder ser replicada a todos os demais em situação idêntica.

Deve, ainda, pensar que determinada decisão em favor de um único usuário de serviço essencial, poderia ser replicada a toda a coletividade que estivesse diante da mesma situação, sob pena de violação a diversos preceitos constitucionais.

É de se convir que em um mundo ideal, decisões ativistas e que envolvam políticas públicas e concessão de direitos fundamentais, deveriam ser levadas a cabo somente através de ação coletiva. Explica-se.

As minorias, assim entendidas como aquelas que precisam de proteção por alguma peculiaridade que lhe torne vulnerável, certamente ficam mais fortes quando unidas e quando tuteladas por órgão específico. O Ministério Público, as associações e todos os demais previstos no rol das ações coletivas pelo CDC e pela Lei 7347/85 são os porta-vozes dessas classes e deveriam atuar na sua proteção coletiva antes que fosse necessário e urgente o ajuizamento da ação individual.

Se tutelado o direito das minorias da forma correta, preventiva e coletivamente, não seriam tantas as ações individuais com pedidos urgentes e que obrigam o Judiciário a conceder a medida sem nem pensar e mensurar os riscos conforme exposto acima, sob pena de dano irreparável ao requerente.

A realidade hoje é que as medidas liminares pretendidas em assuntos relativos à saúde são em sua maioria concedidas, sem qualquer análise aprofundada pelo Judiciário.

Nossa observação aqui é que não estamos dizendo que o Judiciário deveria negar a prestação, mas que a concessão, suas delimitações e condições não podem ser pensadas e garantidas conforme as normas constitucionais e em conformidade com uma interpretação teleológica e coletiva quando da subsunção do fato à norma. E o mais grave é que não se pensou na coletividade de pessoas (NA MINORIA) que será atingida e prejudicada com a decisão que favoreceu aquele um protegido judicialmente.

A proposta é que seja difundida uma cultura de proteção às minorias através de ação coletiva, que ao invés de abarrotar o Judiciário com centenas de milhares de ações individuais e que acabam por prejudicar a coletividade, garantirá o pleno acesso de todos à Justiça, cumprimento o princípio da igualdade e decisões definitivas (e não provisórias, como as liminares), que não serão reformadas posteriormente e não decidirão de maneira distinta em cada caso concreto.

c) Viabilidade da decisão

Como consequência dos demais itens, um Judiciário ativista na garantia e tutela dos direitos fundamentais certamente verificará a viabilidade de sua decisão.

Determinar que determinado paciente seja internado na UTI de determinado hospital, sendo que essa decisão fará com que os médicos locais tenham que tirar um paciente terminal da maca, certamente é ineficaz e inviável.

Decisão viável é aquela que respeita as urgências, garante direito ao requerente na medida em que viável e considerando a coletividade no momento da concessão.

Não adianta entupir as creches de criança sem que haja professores e auxiliares suficientes para cuidar de todos. Uma decisão nesse sentido, determinando a matrícula de criança em creche lotada, só colocará em risco aquela criança e toda a coletividade de crianças que ali está e que não terá a devida supervisão.

Uma decisão viável determina a matrícula da criança, considerando a capacidade da creche e a contratação de novos professores e auxiliares, se for o caso.

Outro exemplo é a determinação de matrícula de criança em creche sem que haja merenda e material de higiene. A decisão se torna ineficaz, e chegaríamos a um ativismo prejudicial à coletividade e ao próprio requerente.

Por isso, quando falamos em decisão viável nos referimos àquela decisão que mais do que atender o pedido do requerente, traz os meios através do qual será concretizada a prestação jurisdicional, sem prejudicar a coletividade e visando atender o máximo de pessoas possíveis ao menor custo possível.

d) Decisões voltadas ao todo

Conforme amplamente demonstrado acima, a proteção dos usuários deve se dar de maneira especial e específica já que suas consequências não atingem somente as partes envolvidas em eventual litígio, mas a coletividade em geral.

Qualquer condenação em favor de um único usuário será arcada, em última instância, por todos os usuários, já que a verba pública advém sempre das contribuições dos cidadãos ao erário.

A maior parte das críticas às ações judiciais, conforme se demonstrou acima, podem ser resumidas em (i) injustiça distributiva gerada pelas ações individuais; (ii) ilegitimidade do Poder Judiciário para determinar gastos públicos em matéria de políticas públicas e (iii) a falta de conhecimento e informação para realização da tarefa judicante.

Some-se a isso o fato de que o acesso à justiça em nosso país não é igualitário. Fala-se de defensoria pública, gratuidade de justiça, etc. Mas a verdade é que os mais necessitados sequer conhecem seu direito de ação e não tem, de maneira nenhuma, acesso à justiça.

A solução que se vislumbra, e que aqui é trazida como um terceiro fator a ser considerado no momento da prolação de decisão ativista é que, em se tratando de ação individual e de concessão de direito tido como fundamental e essencial ao chamado mínimo vital, duas consequências sejam de plano reconhecidas: (i) a possibilidade de habilitação dos demais cidadãos em situação idêntica, nos mesmos autos, analogicamente à habilitação prevista na Lei 11.101/05 e (ii) que as decisões ativistas englobem medidas mais abrangentes possíveis, justamente para garantir atendimento a um universo de pessoas maior do que o envolvido na ação.

Assim, deve-se preferir decisões que determinam a construção de creche ao invés de decisões que determinem a matrícula de determinada criança em creche. Deve-se determinar a implementação e construção de UTI e não a concessão de leito isoladamente.

Claro que tais decisões devem ser pensadas e estudas pelos Magistrados, submetidas a um reexame necessário pelo Tribunal, mas feitas de modo pensado. Deve-se considerar a análise de impacto, a viabilidade da concessão, a extensão de beneficiários da medida.

Não podemos mais viver com a injustiça de garantir os direitos singularmente a quem recorre a justiça e deixar aquele que sequer sabe do seu direito de acesso ao Judiciário marginalizado, como ocorre hoje.

IV. CONCLUSÃO

A consagração dos direitos sociais como forma de proteção às minorias e como mecanismo para acabar com a desigualdade é um avanço e deve ser tutelada e assegurada por todos os indivíduos, enquanto parte de um Estado Social e principalmente pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A justiça social e a justiça distributiva são meios de garantir o mínimo existencial e a vida digna a todos e o Judiciário tem um relevante papel nessa missão. O ativismo judicial ou judicialização da política já foi incorporado ao nosso ordenamento há tempos, e não há mais cabimento em se discutir sua existência.

Cabe à Doutrina e à Jurisprudência reconhecerem que o ativismo é benéfico na medida que garante efetividade aos fundamentos e princípios basilares da sociedade e estabelecer os critérios para seu cabimento. O que a sociedade quer e quis está traduzido na Constituição federal, não nas políticas públicas feitas pelos corruptos na medida de seu interesse pessoal. A discricionariedade que se vê hoje não é a do judiciário em decidir, mas sim a do executivo em gastar e embolsar as verbas públicas como quer.

O Poder Judiciário deve sim atuar na proteção dos usuários, garantindo-lhes seus direitos, desde que tomem decisões conscientes, que garantirão a execução de políticas públicas e orçamentárias e igualdade entre os usuários que se encontrarem nas mesmas situações.

O ativismo judicial é necessário, é garantia da democracia já que o Legislativo e o Executivo não cumprem seus papéis satisfatoriamente, mas isso não significa uma evocação de competência pelo Judiciário, até porque seus membros não foram eleitos para desempenhar essa função. A garantia pelo Judiciário deve ser exceção, e não regra.

O povo escolhe seus representantes do Executivo e Legislativo com base nas propostas e políticas apresentadas, devendo o Judiciário apenas garantir cumprimento ao que deveria ser por eles desempenhado, não fazendo suas vezes.

E já que o Judiciário deve garantir essa proteção, precisará adotar uma visão global, não mais baseada em um único usuário autor da demanda em julgamento, mas sim baseado nas consequências e reflexos da decisão para toda a coletividade. Este e os demais critérios trazidos nos tópicos acima são fundamentais para garantir que o Judiciário seja aplicador da lei (e não criador de lei), seja exceção (e não regra) e seja justo com a coletividade assegurando igualdade a todos em situações idênticas.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Versão castelhana de Ernesto Garzon Valdés. 1ª edição, Espanha, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teologica*. v. 8. Madri: BAC, 1956.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público* 57-58
- BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª edição. 2ª reimpressão. Portugal, Coimbra: Almedina, 1992, pag. 233.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JR. et al. *Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989.
- HÖFFE, Otfried. *O que é a justiça?*, p. 101. Como a presente reconstrução parte de Aristóteles e Tomás de Aquino, será restringida a expressão “ética social cristã” somente às encíclicas papais, nas quais a tradição aristotélico-tomista é o quadro filosófico de referência.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm - Acesso em 24/03/2015
- <http://www.sociologiajuridica.net.br/lista-de-publicacoes-de-artigos-e-textos/72-direito-e-estado-/118-estado-de-direito-social>
- KRELL, Andreas J., Direitos Sócios e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002.
- NUNES JR., Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

- PEIXINHO. Manoel Messias. O princípio da Separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.
- Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008
- Sarmento, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. P. 199-200