

Dos obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais

Victor Chaves Ribeiro França Guimarães¹

Resumo:

O presente artigo visa a explicitar alguns obstáculos jurídicos e não jurídicos à tutela judicial dos direitos sociais, demonstrando o grande ônus argumentativo que têm os juízes quando, em suas sentenças, obrigam o poder público a despender recursos com o fulcro de satisfazer tais direitos. Serão analisados alguns aspectos constitucionais concernentes ao tema, e elencados obstáculos que impedem a tutela judicial dos direitos sociais, seguidos dos obstáculos que restringem essa tutela. Dada a obrigatoriedade constitucional da motivação das decisões judiciais, todas as sentenças concessivas de direitos sociais devem analisar esses obstáculos e justificar exhaustivamente sua não aplicação no caso sub judice, sob pena de nulidade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais; Proteção Judicial; Colisão de Princípios; Motivação das Decisões.

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e graduando em Administração de Empresas na Faculdade Machado Sobrinho.

Abstract:

This article intends to explain some of the various legal and non-legal obstacles to judicial protection of social rights and to demonstrate the effort of argumentation that judges have to make when, in their sentences, they force the government to expend resources to make real such rights. We will analyze some aspects concerning the Constitution and we will list some obstacles that prevent the judicial protection of social rights, followed by the obstacles that merely restrict such protection. Given the constitutional obligation of the motivation of judicial decisions, every concessive sentence of social rights should examine these obstacles and exhaustively justify its non-application in the present case, under penalty of nullity.

Keywords: Fundamental Social Rights; Judicial Protection; Collision of Principles; Motivation of Decisions.

1 Introdução

A possibilidade da tutela judicial dos direitos sociais é uma das questões que mais vêm chamando a atenção nos últimos tempos, dado o seu crescimento exponencial em poucos anos e as perplexidades suscitadas. Conforme notícia recentemente divulgada nos meios de comunicação², os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo aumentaram mais de 5.000% nos últimos seis anos, passando de R\$ 2,24 milhões, em 2005, para R\$ 132,58 milhões, em 2010. Assim, em curto lapso temporal, o gasto do Ministério para cumprir sentenças judiciais aumentou em cinquenta vezes, mostrando uma óbvia tendência de, cada vez em maior escala, ocorrer a sindicabilidade dos direitos prestacionais.

Em razão disso, urge estabelecer parâmetros e limites para a atuação dos juízes na concessão, via sentenças, de tais direitos. Se não é correto adotar, *a priori*, uma postura contrária à tutela judicial dos direitos sociais, também não se pode adotar a posição demagógica - e potencialmente ruïnosa - de concedê-la livremente.

Antes de entrar propriamente no tema, é necessário especificar o significado da expressão “direitos sociais” ou “direitos prestacionais”, conforme serão aqui tratados. Na verdade, são corolários do princípio da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana e visam a promover redução de desigualdades e a melhoria da qualidade de vida, através de prestações positivas, tais como alimentação, saúde, moradia e educação. São, portanto, direitos a prestações positivas do Estado, necessitando de grande volume de recursos públicos.

É fácil perceber que a tutela judicial desses direitos demanda gastos vultosos e imprevisíveis (já que não há como prever o número de prestações solicitadas, nem, muito menos, o de demandas acatadas pelos juízes) por parte do Estado, que, muitas vezes, já previra destinação diversa àquele montante, sendo obrigado a abandonar seu planejamento prévio.

É conveniente, neste passo, trazer à discussão o conceito econômico de *escassez*. Conforme ensina PASSOS (2005, p. 04):

A escassez existe porque as necessidades humanas a serem satisfeitas através do consumo dos mais diversos tipos de bens (alimentos, roupas, casas etc.) e serviços (transporte, assistência médica etc.) são infinitas e ilimitadas, ao passo que os *recursos produtivos* (máquinas, fábricas, terras agricultáveis, matérias-primas etc.) à disposição da sociedade e que são utilizados na produção dos mais diferentes tipos de produtos

² Disponível em <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia/2011/04/28/sobe-5000-gasto-do-governo-com-remedio-via-justica.jhtm>. Acesso em 24/06/11.

são finitos e limitados, ou seja, são insuficientes para se produzir o volume de bens e serviços necessários para satisfazer as necessidades de todas as pessoas. (...) Da dura necessidade da escassez decorre a necessidade da escolha.

A escassez econômica aplica-se perfeitamente à temática dos direitos prestacionais, uma vez que há, de um lado, necessidades e demandas sociais crescentes e ilimitadas, e, de outro, limitação de recursos por parte do Estado. Assim, há que se fazer uma escolha alocativa de recursos, e garantir os direitos daqueles que litigam judicialmente implicará necessariamente em reduzir o *quantum* disponível para a coletividade.

Dada a limitação de recursos, sempre será necessário o enfrentamento das chamadas “escolhas trágicas”, optando-se por alocar os recursos de determinada maneira e deixar desguarnecidos muitos que precisam igualmente deles. Qualquer administrador público vê-se, eventualmente, diante dessas escolhas, ainda mais num país com tantas carências como é o Brasil.

Um grande problema na discussão acerca da sindicabilidade dos direitos sociais é a abrangência desse conceito. De fato, potencialmente, há uma infinidade de direitos a prestações, pois não se pode quantificar, de pronto, as necessidades prestacionais positivas para que os indivíduos tenham uma vida digna. Ademais, o número de necessidades das pessoas aumenta com o passar do tempo, à medida que a sociedade vai ficando mais desenvolvida e complexa. A título de exemplo, podem-se citar os computadores, que, há algumas décadas, eram um luxo para poucos. Hoje, a falta deles pode comprometer seriamente o desenvolvimento profissional de um jovem, que pode ser alijado do mercado de trabalho se não tiver conhecimentos de informática - tornando-se um, veja-se a expressão!, “analfabeto digital”. Será que, dentre os direitos sociais passíveis de tutela judicial (sendo que, entre eles, há o à educação), está o direito a ter um computador? E, se estiver, cabe ao Estado provê-lo?

Uma maneira comumente apresentada para se contornar a imprecisão dos direitos sociais é a garantia do enigmático “mínimo existencial”. Entretanto, também em relação a sua definição, não há o mínimo consenso. E, relegado ao decisionismo judicial, esse conceito se banaliza, podendo ser utilizado de forma arbitrária e descabida. É interessante notar que o conceito do “mínimo existencial” serve justamente para se rebater a crítica de que os direitos sociais, por serem muito genéricos, não poderiam ser tutelados pelo Poder Judiciário. A ideia era a de que, pelo menos, o mínimo do mínimo deveria ser protegido judicialmente. Como se vê, é uma tentativa de se colmatar a definição de direitos altamente imprecisos (os sociais) com um conceito ainda mais vago (o mínimo existencial), que acaba incorrendo, do mesmo modo, no risco de definições casuísticas e arbitrárias. De fato, gerou-se uma tautologia - os direitos sociais devem ser garantidos no mínimo existencial,

e este, por sua vez, consiste no cerne dos direitos sociais -, que serve mais para confundir do que para trazer luz à discussão.

Já se pôde perceber, com essa breve explanação, quão complexo é o assunto. Não se vai defender, no presente artigo, nenhuma posição extremada - seja de total permissividade ou de total proibição da tutela judicial dos direitos sociais -, mas sim apresentar, sem qualquer pretensão de exaurimento do assunto, alguns obstáculos que devem ser vencidos pelos juízes antes de conceder tais direitos, como forma de evitar o decisionismo e o arbítrio e de promover uma maior parametrização das decisões.

2 Alguns aspectos constitucionais prévios

Antes de adentrar propriamente nos obstáculos à sindicabilidade dos direitos sociais, é necessário tratar de alguns aspectos constitucionais relevantes à questão.

Um argumento frequentemente levantado pelos defensores de uma tutela judicial subjetiva dos direitos sociais diz respeito ao conteúdo do art. 5^a, § 1^o, da Constituição Federal. O referido dispositivo normativo dispõe o seguinte: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A redação do parágrafo teria, supostamente, o condão de permitir, irrestritamente, a tutela judicial de tais direitos, pois eles seriam autoaplicáveis.

Entretanto, deve-se ter o cuidado de analisar esse dispositivo como um instituidor de um princípio, não de uma regra. Nesse sentido, não se pode inferir, a partir dele, que a Constituição obriga a tutela judicial dos direitos sociais, mesmo porque ela própria não especificou em que medida tais direitos devem ser concretizados. Conforme lição de MENDES (2008, p. 260):

A maioria dos direitos a prestação, entretanto, quer pelo modo como enunciados na Constituição, quer pelas peculiaridades do seu objeto, depende da interposição do legislador para produzir efeitos plenos. (...) Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas - matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.

Ao contrário, fazendo-se uma interpretação sistemática, a partir do princípio da unidade da Constituição, pode-se concluir que não é possível, com base nesse dispositivo, pretender a anulação de toda uma base principiológica constitucional, fundada na Democracia, no Estado de Direito e nos Direitos Fundamentais. Ora, tratar tal dispositivo como regra implicaria tratar os direitos sociais igualmente como regras, o que obviamente

contraria a mais básica hermenêutica constitucional. Não há como tornar autoaplicáveis normas tão vagas como são os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, sob pena de se cair no mais absurdo decisionismo - o que, infelizmente, tem ocorrido em muitas sentenças que concedem tutela a direitos sociais.

Além disso, fazendo-se uma interpretação teleológica do referido parágrafo, percebe-se que sua finalidade maior é a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, no que se refere aos direitos sociais, pode-se perceber que a maneira mais eficaz de garanti-los não é, necessariamente, a tutela judicial subjetiva, isto é, uma proteção pontual caso a caso, mas, possivelmente, uma proteção objetiva, feita pelo legislador e pela administração pública com vistas a tutelar os direitos sociais de toda a coletividade.

Portanto, brandir o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal como um argumento terminativo da discussão da tutela judicial dos direitos sociais não procede, sendo meramente uma forma simplista de tentar encerrar o debate. Na verdade, é imperioso considerar tal dispositivo como um princípio, e não como uma regra.

Outra questão constitucional importante a ser suscitada é a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões judiciais. Conforme o artigo 93, inciso IX, da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Em razão do imperativo constitucional, e dada a polêmica em torno da sindicabilidade dos direitos sociais, é forçoso que todo magistrado, ao conceder a tutela judicial desses direitos, motive exaustivamente suas razões para fazê-lo, mostrando por que, no caso concreto, foram afastados os obstáculos que, abstratamente, impedem ou restringem essa tutela.

Portanto, tratando-se de tema polêmico, o ônus argumentativo do juiz é muito grande, tendo ele que percorrer um longo caminho até chegar à tutela propriamente dita. Não o fazendo, a decisão por ele proferida será, possivelmente, eivada de nulidade e, portanto, inapta a produzir efeitos no mundo jurídico. Entender de modo diverso seria permitir uma “meia” motivação, um arremedo de motivação, o que violaria flagrantemente a imposição constitucional.

Daí a importância de se elencar alguns possíveis obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais: o juiz terá, em sua motivação, que passar por eles, mostrando quais são as circunstâncias do caso concreto que justificam seu afastamento. Só aí a decisão estará plenamente motivada e será constitucionalmente legítima.

3 Obstáculos impeditivos da tutela judicial dos direitos sociais

Primeiramente, há que se elencar alguns obstáculos que, potencialmente, impedem a tutela judicial dos direitos sociais. Isso quer dizer que, prevalecendo eles em uma análise

principiológica, não há como sustentar essa tutela, pois vão diretamente de encontro a ela. Utilizando-se a imagem da colisão de princípios, pode-se dizer que eles colidem frontalmente com ela.

Somente uma ponderação de princípios - feita com base no caso concreto, e não *a priori* -, calcada no princípio da proporcionalidade (item 4.3, *infra*), pode afastar a incidência desses obstáculos e permitir a sindicabilidade dos direitos prestacionais.

3.1 Princípio Democrático

São os poderes Legislativo e Executivo (e não o Judiciário) as instâncias democraticamente legítimas para escolher a melhor forma de utilização dos recursos públicos. Afinal, é atribuição constitucional do Executivo elaborar as leis orçamentárias; e é atribuição constitucional exclusiva do Legislativo votar e aprovar essas leis. As decisões judiciais que concedem direitos sociais violam a separação de poderes, na medida em desviam recursos da destinação estipulada por aqueles democraticamente competentes.

O jurista alemão Ernst Wolfgang Böckenförde já defendia, em sua obra *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, que a atuação do Poder Judiciário, por não ser legitimada através de uma *responsabilidade democrática equipada com sanções* (como acontece com o Executivo e o Legislativo), deveria, para ser legítima, guardar uma estrita vinculação à legislação produzida por um Parlamento eleito diretamente pelo povo. Assim, corroborase a necessidade de o Judiciário respeitar a alta legitimidade democrática do Legislativo, para que este possa, através da elaboração de leis, garantir a efetivação dos direitos sociais do modo como julgar mais apropriado.

Como toda decisão judicial que visa a tutelar um direito social subjetivo é essencialmente alocativa, também ocorre sempre, nesses casos, uma desalocação de recursos. Assim, quando o juiz decide pela concessão de um benefício material a uma pessoa (ou a um grupo restrito delas), ele acaba, necessariamente, desguarnecendo aqueles indivíduos para os quais o legislador ou o administrador público havia legítima e originalmente destinado os recursos. Conforme MENDES (2008, p. 261):

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrá-

tico para serem legitimamente formadas - tudo a apontar para o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração.

Portanto, não cabe ao Judiciário, e sim ao Legislativo, em primeiro lugar, e ao Executivo, em segundo, tomar decisões alocativas de recursos públicos, pois elas dependem de uma legitimação democrática que os tribunais não têm.

Com a sindicabilidade dos direitos sociais, surgem alguns questionamentos e algumas perplexidades. Deveriam as leis orçamentárias reservar previamente uma cota para cumprir sentenças judiciais? Se sim, quanto e como proceder se forem insuficientes? Se não, como evitar a transformação dessas leis em letra morta?

Vale ressaltar, por amor ao debate, que o STF já se pronunciou a respeito, com entendimento em parte diverso do aqui apontado, conforme se pode perceber do fragmento do voto do Min. Celso de Mello³:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

³ Trecho do voto do Min. Celso de Mello, proferido na ADPF 45/2004.

3.2 Princípio da Segurança Jurídica

Outro ponto que não pode ser relegado a segundo plano é a ameaça da tutela judicial ao princípio da segurança jurídica, que é um dos postulados do Estado de Direito, e que, portanto, tem assento constitucional.

Levando-se em consideração esse princípio constitucional, não se poderia permitir que o Judiciário, casuística e discricionariamente, reestabeleça o destino dos recursos, previamente decidido pelos poderes Legislativo e Executivo. Isso porque tal expediente gera grande insegurança para os gestores públicos, que não sabem nunca se, de fato, podem contar com os recursos que o orçamento lhes confere. Dessa forma, compromete-se todo o planejamento prévio da Administração Pública, podendo, potencialmente, gerar um caos administrativo.

Também a população em geral vê sua segurança jurídica ameaçada, já que pode ter rotineiramente suas expectativas frustradas por decisões judiciais, a partir do momento em que recursos anteriormente destinados a determinada finalidade coletiva são alocados para cumprir determinadas decisões judiciais, em prol de alguns indivíduos.

Um exemplo marcante desse tipo de ameaça foi dado pelo então advogado-geral da União, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli, na audiência pública sobre saúde que aconteceu no dia 27/04/2009 no STF⁴. Nessa ocasião, citou ele o exemplo de um prefeito do estado de São Paulo que, após cumprir uma decisão judicial, entregou as “chaves da cidade” ao juiz, sob o argumento de ter gasto toda a verba de saúde para cumprir a sentença. Esse caso é sintomático do quão lesiva para os interesses da sociedade pode ser a interferência do Judiciário nas esferas de legitimidade exclusivas do Executivo e do Legislativo, inviabilizando a concretização de todo um planejamento anterior.

O Ministro Toffoli afirmou, na ocasião, que “a complexidade da questão é muito maior do que se tem discutido em juízo” e que as decisões judiciais que garantem fornecimento de remédios e tratamentos a indivíduos criam um “sistema de saúde paralelo ao SUS, priorizando o atendimento a pessoas que muitas vezes sequer procuraram o sistema”.

Percebe-se, pois, a imprevisibilidade consequente da sindicabilidade dos direitos sociais, que gera uma atmosfera de insegurança generalizada no Legislativo, no Executivo e na população, chegando a casos de completa incompatibilidade e subversão dos fundamentos do Estado de Direito.

⁴ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-27/deciso-es-obrigam-estado-dar-remedios-dividem-opinioes>. Acesso em 25/06/11.

3.3 Princípio da Isonomia

Dada a escassez inerente aos recursos públicos, há o risco de se transformar a Justiça em uma espécie de “bingo”, em que os primeiros que a ela recorrem têm suas demandas atendidas, exaurindo os recursos, e deixando os demais desassistidos.

Outra distorção deriva do fato de que os segmentos mais excluídos da sociedade, exatamente aqueles que mais demandam direitos sociais, têm dificuldade de acesso à justiça, seja por deficiência da Defensoria Pública, seja por falta de informação. Com isso, a tutela judicial dos direitos sociais pode ser um instrumento de concentração de renda, na medida em que a classe média pode utilizá-la para atender às suas demandas individuais, exaurindo os recursos, em detrimento da classe baixa. Com isso, gera-se uma distorção global na estrutura macroeconômica da sociedade, prejudicando, no final das contas, os que mais carecem desses direitos.

Os recursos estatais são escassos. A observância dos direitos sociais é especialmente custosa e impossível de ser plenamente concretizada. Num país pobre, como o Brasil, esse aspecto é ainda mais relevante. Não se pode atender a todas as expectativas.

Só seria viável essa tutela se pudesse ser universalizada a todos em semelhante situação (princípio da isonomia), sob pena de se causarem injustiças e de se promover o “bingo” jurídico. Com isso, tornar-se-ia praticamente inviável a tutela judicial dos direitos sociais, pois dificilmente seria possível atendê-los de forma universal. Conforme SARMENTO (2008, p. 23):

O que pretendo salientar é apenas que, em razão do princípio da isonomia, pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições.

Dessa forma, o princípio da isonomia passa a ser obstáculo quase intransponível à sindicabilidade dos direitos sociais - daí ter sido aqui classificado como *impeditivo* da tutela. Na verdade, dificilmente pode-se conceber situação em que seria possível estender determinada tutela a todas as pessoas na mesma situação. Assim, para evitar odioso privilégio dos “mais espertos”, que chegam antes, forçoso seria negar tal tutela.

4. Obstáculos restritivos da tutela judicial dos direitos sociais

Além dos obstáculos que, potencialmente, impedem a tutela judicial dos direitos sociais, existem aqueles que a *restringem*. Isso quer dizer que, caso prevaleçam na análise do caso concreto, através de uma ponderação de princípios, não inviabilizarão a tutela, mas

apenas restringirão sua abrangência ou sua intensidade.

Não são capazes de colidir *frontalmente* com a sindicabilidade dos direitos prestacionais, impedindo-a, mas apenas *lateralmente*, afastando sua incidência no caso específico ou minorando-lhe os efeitos, reduzindo o quantum que o Estado será compelido a prestar.

4.1 Reserva do Possível

A expressão “reserva do possível” foi consagrada por decisão da Corte Constitucional Alemã de 1972, no caso que ficou conhecido como “Numerus Clausus”. Analisando a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, entendeu a Corte que, a despeito da existência do direito de acesso ao ensino universitário, tal direito “se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade”⁵. Conforme LIMA (2007, p. 131):

A partir daí, começou a ser desenvolvida a máxima da reserva do possível, que pode assim ser sintetizada: os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível. Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer (...).

A reserva do possível tem em vista a difícil decisão de alocar os relativamente poucos recursos disponíveis em face da profusão de necessidades sociais - as chamadas “escolhas trágicas”. Ela não obsta a tutela judicial dos direitos sociais, mas apenas chama os juízes à realidade, mostrando o descompasso entre as demandas e os meios para atendê-las.

O Supremo Tribunal Federal já teve decisão em que se entendeu não ter a reserva do possível o condão de exonerar o Estado de cumprir seus deveres constitucionais. Conforme entendeu o Min. Celso de Mello⁶, ela consistiria em um meio de sopesamento da demanda feita em face do Poder Público com as disponibilidades financeiras do Estado:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do

⁵ BVerfGE 33, 303 (1972). Os trechos mais importantes da decisão estão reproduzidos, em língua portuguesa, em Jürgen Schwabe. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig et. al.. Konrad Adenauer Stiftung: Berlim, 2005, p. 656-667 apud SARMENTO, 2008, p. 18.

⁶ Trecho do voto do Min. Celso de Mello, proferido na ADPF 45/2004.

cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Portanto, a reserva do possível é um balizador e um limitador de decisões judiciais, evitando irresponsabilidades por parte de juízes, porém sem vetar de todo a possibilidade de uma tutela judicial.

MENDES (2008, p. 1369) ainda sugere outra vertente para o princípio da reserva do possível - por ele chamado de princípio da reserva do financeiramente possível. Segundo ensina o Ministro, baseado nas advertências de Ernst Forsthoff, uma sociedade em que os indivíduos dependem de forma absoluta das prestações estatais para sobreviverem converter-se-ia facilmente em uma sociedade totalitária, pois seria difícil o Estado não fazer uso político de tão confortável situação. Em tal sociedade, os indivíduos buscariam sempre viver em harmonia com os poderosos, pois “para quem precisa de tudo, o estômago é o senhor de todas as decisões”.

Dessa forma, se é de se lamentar que existam pobreza e necessidades não atendidas entre as pessoas, o mesmo não se pode dizer da limitação de recursos do Estado. De fato, o ideal não seria um Estado todo-poderoso, que suprisse todas as necessidades dos indivíduos à custa de sua liberdade e de sua autonomia, mas sim que todos tivessem condições de, sem ter que depender de prestações estatais, levar uma vida digna.

4.2 Falta de Expertise dos Juízes e Inadequação da Via Processual

Existem alguns obstáculos de ordem prática que dificultam sobremaneira a tutela judicial dos direitos sociais. Um deles é a falta de *expertise* dos juízes para tomar determinadas decisões, que requerem profundo conhecimento técnico sobre assuntos alheios ao Direito. Os poderes Executivo e Legislativo, especialmente o primeiro, contornam tal problema através da manutenção, em seus quadros, de vários assessores especializados nos mais diversos assuntos, possibilitando a tomada de decisões de maior complexidade.

Os juízes não possuem conhecimentos técnicos e específicos, nem assessores que o tenham, para tomar decisões complexas, que envolvam aspectos macroeconômicos,

políticos, sociais, médicos etc. Essa falta de expertise pode gerar muitos problemas, como, por exemplo, decisões que ignoram as listas de espera existentes no caso de transplantes⁷ ou que ordenam a compra de remédios proibidos pela ANVISA⁸.

Esse inconveniente não é capaz de afastar, é certo, o controle judicial dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, nem pode, por si mesmo, inviabilizar uma tutela judicial de direitos prestacionais. Entretanto, serve de alerta aos magistrados para que sejam cautelosos e parcimoniosos na tomada de tais decisões, pois podem, no afã de querer garantir os direitos de um indivíduo, violarem direitos de muitos outros e alcançarem resultados indesejáveis.

Outro problema é a inadequação da via processual, originalmente concebida para a resolução de lides bilaterais, para a resolução de problemas tão complexos, que envolvem plúrimos interesses. Conforme SARMENTO (2008, p. 33):

O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial. Este, com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos. Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma “visão de túnel”, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes.

É certo que tal problema pode ser amenizado, por exemplo, com a utilização dos *amici curiae* ou com a preferência de demandas coletivas sobre as individuais. Esses expedientes, entretanto, não são capazes de modificar a natureza intrínseca ao processo judi-

⁷ Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.51.01.018517-9, 4ª Turma do TRF da 2ª Região, Relator Desembargador Federal Arnaldo Lima, julgada em 17 de março de 2004; Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.003581-8, 7ª Turma do TRF da 2ª Região, Relator Desembargador Federal Reis Friede, julgada em 22/06/2005; Agravo de Instrumento nº 2006.02.01.005318-7, 7ª Turma do TRF da 2ª Região, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, julgado em 27 de setembro de 2006, apud SARMENTO, 2008, p. 5.

⁸ Decisão proferida pelo então Presidente do STJ, Ministro Edson Vidigal, na Suspensão de Segurança nº 1.408/SP, prolatada em 08/09/2004, apud SARMENTO, 2008, p. 5.

cial, que o torna um meio bastante questionável de concretização dos direitos sociais.

4.3 Princípio da Proporcionalidade e Ponderação de Princípios

O princípio da proporcionalidade, se, por um lado, serve de obstáculo à concessão da tutela judicial dos direitos prestacionais em determinados casos, de outro, é o grande instrumento dos juízes para, através de ponderação e sopesamento de princípios, vencer os obstáculos à tutela e aplicá-la.

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) passou a ser entendido como central da ideia de Estado de Direito, em razão de sua ligação com os direitos fundamentais, que, ao mesmo tempo, lhe dão suporte e dele dependem para se concretizar. É um forte parâmetro, que, através de seus três subníveis - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, proíbe tanto o excesso (*Übermassverbot*) quanto a proteção insuficiente (*Untermassverbot*). É um limite à atuação do Estado, sendo aplicável sobre os atos de quaisquer de seus poderes.

O princípio da proporcionalidade pode ser, em alguns casos, limitador à concessão da tutela judicial (por ser excessiva a prestação que se pretende) e, em outros, justificativa da concessão da tutela (por vedar a proteção insuficiente do indivíduo que demanda as prestações estatais positivas). Por esse motivo, foi ele aqui elencado como obstáculo restritivo dessa concessão, embora possa ser, paradoxalmente, o instrumento removedor dos demais obstáculos.

Portanto, a possibilidade da sindicabilidade dos direitos sociais será aferida, no caso concreto, a partir de uma ponderação, pautada na proporcionalidade. De um dos lados da balança, estarão os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade; de outro, todos os obstáculos impeditivos e restritivos da tutela.

É importante ressaltar que esse sopesamento não será feito aprioristicamente, em abstrato, mas sim face às peculiaridades e vicissitudes do caso concreto. Isso porque, se feita *a priori*, tal ponderação levaria a um resultado extremado e inexorável de resposta sim ou não, incompatível com a análise de um problema de tamanha complexidade e com tantas peculiaridades caso a caso.

Percebe-se, pois, que a decisão que nega ou concede a tutela dos direitos prestacionais deve ser exaustivamente motivada, trazendo uma complexa ponderação de princípios. Lamentavelmente, muitas vezes, os tribunais não adentram a complexa discussão, concedendo a tutela de forma paternalista e demagógica, esquivando-se de confrontar argumentativamente os obstáculos a ela. Exemplos disso são as seguintes decisões do STF:

A singularidade do caso ..., a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a imposterabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, Par. 1º), constituem fatores, que, associados ao imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado... Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida⁹.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito do seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV)

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado ..., a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem ... o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola...

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental...

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição¹⁰.

⁹ Petição 1.246 MC/SC, julgada em 31/01/1997.

¹⁰ Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP, julgado em 22/11/2005.

5 Considerações finais

A sindicabilidade dos direitos sociais é uma questão que se faz, a cada dia, mais relevante e mais urgente de ser parametrizada, dado o vertiginoso aumento do número de decisões que deferem a tutela a tais direitos. O aumento exponencial do gasto do governo para cumprir sentenças enseja uma discussão e um debate acerca do tema.

Percebe-se que, muitas vezes, magistrados deixam-se levar pelas emoções e por sentimentos paternalistas e/ou demagógicos, não refletindo mais demoradamente sobre o assunto e suas implicações, e motivando de forma insuficiente suas decisões.

O presente artigo visou a elencar, sem pretensão de exaurimento do tema, alguns dos obstáculos impeditivos e restritivos à tutela judicial dos direitos sociais, não para advogar a impossibilidade desta, mas para estabelecer parâmetros e limites às decisões e para demonstrar o grande ônus argumentativo que têm os magistrados ao prolatá-las.

Dada a imposição constitucional de motivação das decisões (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal), acarretando pena de nulidade, é tarefa indeclinável dos juízes, em suas decisões, enfrentar o debate e apontar porque vão ou não afastar os obstáculos à tutela judicial dos direitos prestacionais. Ao furtarem-se à análise desses obstáculos, adotando soluções simplistas, contrariam o dispositivo constitucional, o que pode, potencialmente, culminar na nulidade de suas decisões

A partir disso, será o princípio da proporcionalidade que pautará uma ponderação e um sopesamento de princípios, de forma que se chegue à solução mais consoante com as disposições constitucionais. Tal inteligência não será feita em abstrato - ou se chegaria a uma solução única, extremada e errada -, mas sim com base no caso concreto e nas suas peculiaridades.

Referências bibliográficas

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 20 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP*, julgado em 22/11/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 26 mai. 2011, 19:20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/2004*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 26

mai. 2011, 17:47.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 1.246 MC/SC*, julgada em 31/01/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28duchene%29+E+S.PRES.&base=basePresidencia>>. Acesso em: 26 mai. 2011, 19:47.

LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, Fortaleza - Ceará e Niterói - Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/17760735/Protecao-Judicial-dos-Direitos-Fundamentais>>. Acesso em 07 jun. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

PASSOS, Carlos Roberto Martins e NOGAMI, Otto. *Princípios de Economia*, 5ª ed rev.. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*, Rio de Janeiro, 2008.