

Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas

Flavia Piovesan* e Renato Stanzola Vieira**
(*Universidade Católica de São Paulo*)

Resumo

O estudo dos direitos fundamentais deve ser orientado por uma visão integral, marcada pela indivisibilidade e interdependência dos direitos clássicos de liberdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sob essa perspectiva, e a partir das previsões da Constituição de 1988, que incorporou tratados internacionais sobre os direitos sociais ratificados pelo Brasil, escolheu-se o estudo de um caso específico para servir como análise da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e econômicos no Brasil. O artigo estudará aspectos como a proteção brasileira e internacional dos direitos sociais e econômicos, como o Supremo Tribunal Federal tem analisado a matéria, e os atuais debates sobre o perfil da jurisdição constitucional brasileira na busca de proteção e implementação desses direitos.

Palavras-chave: direitos fundamentais - direitos sociais - políticas públicas - jurisdição constitucional - tratados internacionais - acesso à Justiça - preceito fundamental - justiciabilidade.

* Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), procuradora do Estado de São Paulo, membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network. Um especial agradecimento é feito à Akemi Kamimura, pelo auxílio na realização de pesquisa para este artigo.

** Advogado militante em São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente-Voluntário de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor-Convidado da Escola Superior da Advocacia de São Paulo.

Abstract

The study of the fundamental rights must be oriented by an integral vision characterized by the indivisibility and interdependence of the classic freedom's rights and the social, economic and cultural rights. From this perspective, and in the light of the Constitution provisions of 1988, that incorporated several international treaties concerning the social rights ratified by Brazil, the study of a specific case was chosen to serve as analysis of the justiciability of the fundamental social and economic rights in Brazil. The article will study aspects like the Brazilian and international protection of the social and economic fundamental rights, how the Brazilian Supreme Court has addressed the question, and the debates, nowadays, about the outlines of Brazilian constitutional jurisdiction in search of protecting and implementation of those rights.

Key-words: fundamental rights - social rights - public policies - constitutional jurisdiction - international treatments - access to Justice - constitutional precept - justiciability.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é, a partir de estudo de caso específico, enfocar a experiência brasileira no que se refere à justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos, seus desafios e perspectivas.

Inicialmente, será examinada a proteção dos direitos sociais e econômicos à luz da Constituição Brasileira de 1988, com destaque às inovações e aos avanços dela decorrentes, ao ineditamente contemplar estes direitos no universo dos direitos fundamentais.

A partir de uma primeira análise constitucional, passará a se comentar caso paradigmático julgado pelo Supremo Tribunal Federal no papel de “guardião da Constituição”, referente ao direito à saúde, com vistas à abordagem de questões que a temática dos direitos sociais e econômicos suscita, sob os prismas jurisdicional e doutrinário.

Sob a óptica do caso escolhido, será tratada a recepção no Brasil da cláusula da chamada “reserva do possível” e suas implicações, sob o ponto de vista jurisdicional e doutrinário, na proteção dos direitos constitucionais sociais e econômicos.

Por fim, serão lançadas conclusões a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil, com ênfase em seus desafios e perspectivas. Como se demonstrará, a Jurisdição Constitucional brasileira, no vigente Estado Democrático de Direito, tem importante papel na efetivação desses direitos.

2. Proteção dos Direitos Sociais e Econômicos na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós ditadura”. Após vinte e um anos de regime autoritário, objetivou a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana.

O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional¹.

Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria da história constitucional do país. É a primeira Constituição brasileira a iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias, para, então, tratar do Estado, de sua organização e do exercício dos poderes. Ineditamente, os direitos e garantias individuais são elevados a cláusulas pétreas, passando a compor o núcleo material intangível da Constituição (artigo 60, parágrafo 4º). Há a previsão de novos direitos e garantias constitucionais, bem como o reconhecimento da titularidade coletiva de direitos, com alusão à legitimidade de sindicatos, associações e entidades de classe para a defesa de direitos.

De todas as Constituições brasileiras, foi a Carta de 1988 a que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, a partir do recebimento de elevado número de emendas populares. É, assim, a Constituição que apresenta o maior grau de legitimidade popular.

A Constituição de 1988 acolhe a idéia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana, como princípio fundamental do constitucionalismo brasileiro inaugurado em 1988. O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao ineditamente prever, den-

¹ Nesse particular, a Constituição Brasileira seguiu sistemática largamente adotada no cenário internacional, como dão destaques a Constituição Alemã, de 23 de maio de 1949 (artigo 1º, item 1), Constituição Portuguesa, de 02 de abril de 1976, sem mencionar o artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. A respeito, ver: Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira. *A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: A Dignidade da Pessoa Humana*. In *Temas de Direitos Humanos* (PIOVESAN, Flávia, coord.), Editora Max Limonad, São Paulo, 2003.

tre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Trata-se, ademais, da primeira Constituição Brasileira a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, e, recentemente, a partir de Emenda Constitucional publicada em dezembro de 2004, a conferir força hierárquica interna dos Tratados de Direitos Humanos idêntica à das normas constitucionais².

Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, há que se enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Observe-se que, mesmo que desde 1934 as sucessivas Constituições brasileiras³ tenham previsto proteção aos direitos sociais e econômicos, foi a Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez, os tratou como direitos fundamentais e lhes conferiu aplicabilidade imediata⁴.

Nesse passo, a Constituição de 1988, além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

A título de exemplo, destacam-se dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam, como direitos de todos e deveres do Estado, a saúde (artigo 196), a educação (artigo 205), as práticas desportivas (artigo 217), dentre outros. Nos termos do artigo 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁵.

² Trata-se da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que foi publicada no Diário Oficial aos 31 de dezembro de 2004, que acrescentou parágrafos ao artigo 5º., da Constituição Brasileira.

³ Em nossa recente história constitucional, de 1934 em diante, seguiram-se a Constituição de 10 de novembro de 1937, a de 18 de setembro de 1946, a de 24 de janeiro de 1967, a de 1969 (Emenda Constitucional n. 1., de 17 de outubro de 1969), e, finalmente, a de 05 de outubro de 1988.

⁴ Artigo 5º., parágrafo primeiro: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁵ A respeito, observa Varun Gauri: “A review conducted for this paper assessed constitutional rights to education and health care in 187 countries. Of the 165 countries with available written constitutions, 116 made reference to a right to education and 73 to a right to health care. Ninety-five, moreover, stipulated free education and 29 free health care for at least some population subgroups and services. Brazil offers a compelling example of the force of human rights language. The Brazilian Constitution of 1988 guarantees each citizen the right

No campo da educação, a Constituição determina que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, acrescentando que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Para os direitos sociais à saúde e à educação, a Constituição disciplina uma dotação orçamentária específica⁶, adicionando a possibilidade de intervenção federal nos Estados em que não houver a observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (artigo 34, VII, e).

A ordem constitucional de 1988, dessa forma, acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política, enfim, deixou de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado, uma vez que seus domínios passaram a sofrer limites e imposições de ação, por meio do projeto material constitucional vinculativo. Surgiu, daí, verdadeira configuração normativa da atividade política.

Afinal, como afirma J.J.Gomes Canotilho: “O problema actual dos “direitos sociais” (*Soziale Grundrechte*) ou direitos a prestações em sentido restrito (*Leistungsrecht in engeren Sinn*) está em “levarmos a sério” o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjectivos onde falta a capacidade jurídica poder (= jurídico, competência) para obter a sua efectivação prática (= accionabilidade), não podemos considerar como simples “aleluia jurídico” (C. Schmitt) o facto de as constituições (como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978) considerarem certas posições jurídicas de tal modo fundamentais que a sua ou não garantia não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares.”⁷

to free health care. Although the constitutional guarantee has not eliminated shortages and inequalities in the sector, that provision had real “bite” in 1996, when a national law initiated a program of universal access to highly active anti-retroviral therapy (HAART) for Aids patients, free of charge.” (Varun Gauri, Social Rights and Economics: Claims to Health Care and Education in Developing Countries, *World Development*, vol.32, n.3, 2004, p.465).

⁶ Quanto ao direito à educação, dispõe o artigo 212 da Constituição: “A União aplicará, anualmente, nunca menos de 18, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino”. Quanto ao direito à saúde, os recursos orçamentários serão dispostos em conformidade com os critérios estabelecidos no artigo 198 da Constituição.

⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais*. In *Temas de Direitos Fundamentais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004. A respeito do tema, ver também: José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª edição. Livraria Almedina. Coimbra.2001. p. 35.

Mesmo porque, cabe salientar com vistas ao cenário brasileiro que, por se tratar, conforme expressa previsão do texto constitucional, de direitos fundamentais, a sua implementação é pré-requisito procedimental à prática da democracia. E por essa razão, que deve pressupor, conforme lição largamente difundida e aceita, condições de tratamento como igual a todos os cidadãos⁸ residentes no Brasil, “quando se trata de direitos sociais básicos, o Poder Judiciário tem legitimidade para concretizá-los, independentemente de decisões majoritárias. Não se trata aqui de usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a implementação do projeto constitucional. Trata-se, antes sim, do estabelecimento de certas condições sociais de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido.”⁹

Cabe ainda mencionar que a Carta de 1988, no intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas, a inviolabilidade dos chamados “direitos e garantias individuais”. Considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social¹⁰, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, conclui-se que esta cláusula alcança os direitos sociais. Para Paulo Bonavides: “os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art.60.”¹¹ São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária, como a emenda à Constituição que ameacem abolir ou suprimir os direitos sociais, padecerão do vício material de inconstitucionalidade.

Desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil¹², destacando-

⁸ Robert A. Dahl. *On Democracy*. Yale University Press, New Haven & London. Yale Nova Bene, 1998.p. 58.

⁹ Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In *Teoria da Constituição – Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 58.

¹⁰ A respeito da necessária aplicação progressiva dos direitos sociais e econômicos e da consequente cláusula da proibição do retrocesso social, ver artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como o General Comment n.03 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (General Comment n.3, UN doc. E/1991/23).

¹¹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000.

¹² Dentre eles, destacam-se: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a

se, no âmbito dos direitos sociais e econômicos, a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992 e do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em 1996.

Além dos significativos avanços decorrentes da incorporação, pelo Estado brasileiro, da normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, o pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. A maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração.

A Constituição Federal de 1988 celebra, deste modo, a reinvenção do marco jurídico normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais e econômicos.

3. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil - o paradigma do Supremo Tribunal Federal

Considerando o alcance da proteção constitucional dos direitos sociais e econômicos, importa avaliar o grau de justiciabilidade destes direitos a partir da interpretação conferida por nosso intérprete constitucional máximo¹³, o Supremo Tribunal Federal.

Escolheu-se, para o desenvolvimento do estudo, análise de caso referente ao direito à saúde, submetido ao Supremo Tribunal Federal por via de novo mecanismo constitucional apto ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, à implementação da tutela jurisdicional de um seletorol de preceitos constitucionais: a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹⁴

Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) o Protocolo à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; e l) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004. A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998.

¹³ Observe-se que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o último intérprete sobre questão constitucional, mas não o único, pois vige, em nossa jurisdição constitucional, modelo eclético, que congrega casos em abstrato e casos em concreto e, de forma distinta, abriga possibilidades de jurisdição constitucional concentrada e difusa, perante os diversos Tribunais e Juízes nacionais.

¹⁴ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao qual compete, precipuamente, a guarda da Constituição. É composto por 11 Ministros, nomeados

3.1. Do caso escolhido para o estudo e sua importância

Trata-se da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, que foi distribuída ao Ministro Celso de Mello, na qual se discutiu a inconstitucionalidade de veto presidencial aposto a projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004, que impugnava previsão legal que distinguia dotação orçamentária federal para os serviços públicos de saúde.¹⁵

Conforme narrou a decisão judicial, durante o regular processo legislativo, a matéria então vetada e motivadora da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, voltou a integrar a lei, o que tornou prejudicado o pedido deduzido. Ainda assim, é fundamental ao presente estudo a ementa e os fundamentos da decisão:

“Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão Política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração.”

A decisão comentada, malgrado tenha concluído pela prejudicialidade do pedido, serve de importante paradigma ao exercício que se entende possível e desejável da jurisdição constitucional brasileira, com vistas à proteção dos direitos sociais e econômicos. Isso porque, como consta do voto do Eminentíssimo Ministro, ao se reportar a precedentes da Suprema Corte brasileira,

“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (ação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O caso escolhido, e tratado adiante, será o da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, relatado pelo Ministro Celso de Mello, e no qual houve decisão monocrática proferida aos 29 de abril de 2004, ainda não publicada no Diário Oficial.

¹⁵ ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática proferida aos 29 de abril de 2004.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Possível, pois, a apreciação jurisdicional, com vistas à garantia da proteção dos direitos sociais e econômicos, mesmo nos casos em que a aplicabilidade da norma constitucional, que no caso prevê destino orçamentário à saúde pública, demande atuação dos órgãos administrativos nas diversas esferas do país. A não-implementação da norma constitucional, como reconhece o Supremo Tribunal Federal, dá causa ao vício de omissão inconstitucional, para o qual o cenário jurídico brasileiro prevê os remédios de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação, Mandado de Injunção e, como reconhecido na decisão ora analisada, a própria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Diante, pois, do cenário escolhido, passa-se a tecer breves considerações quanto ao controle jurisdicional das chamadas “políticas públicas” no Brasil, à abrangência que se entende possa ser dada à cláusula da “reserva do possível”, bem como ao mecanismo escolhido para a tutela do direito comentado.

3.2. Do controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil

É premissa, no cenário jurídico brasileiro inaugurado em 05 de outubro de 1988, que “a atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país.”¹⁶. Observe-se que esta doutrina define, com exatidão, os preceitos constantes dos

¹⁶ Fábio Konder Comparato. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In Revista dos Tribunais, n. 737, março de 1997, p. 16. São Paulo.

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹⁷, conforme artigo 3º., da Constituição Federal.

Em outras palavras, torna-se inegável que, na consecução dos citados objetivos, a análise jurídica não se prende, tão-somente, a atos circunstanciados a momentos temporais e políticos determinados, como ocorre com a produção legislativa, datada no tempo e no espaço. Diversamente, o que se verifica em diversos estados nacionais, atualmente, é a fiscalização, com vistas aos fins constitucionalmente determinados, de atuações continuadas, por parte, principalmente, dos órgãos administrativos, no exercício do poder de governo.

Esse, pois, o chamado campo das “políticas públicas”, que em apertada síntese pode ser tratada adiante como “conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”¹⁸.

E, no atual panorama jurídico brasileiro, defende-se que “o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas, não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade.”¹⁹

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal tem sido atento à sabida advertência que traz consigo a seguinte obviedade a respeito da chamada norma constitucional programática, entendida como a que define programas estatais, com vistas ao atingimento dos fins constitucionalmente traçados²⁰:

“Não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”²¹

Em outro precedente, a Suprema Corte decidiu que:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da

¹⁷ A respeito, vale lembrar que “objetivo” constitucional pode ser entendido como “política”, tendo em vista os fins almejados e, no particular, a “policies”, como ensina Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 1997, especialmente capítulos 2 e 3.

¹⁸ Américo Bedê Freire Júnior. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005. p. 47.

¹⁹ Comparato. Art. Cit., p. 20.

²⁰ José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª. Edição. 2ª. Tiragem. Malheiros Editores. São Paulo. 1999.

²¹ Revista Trimestral de Jurisprudência 175, p. 1212. Rel. Ministro Celso de Mello; AgRe 271.286/RS, Rel. min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, DJ de 24.11.2000.

República (artigo 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa expressa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entende-se que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: o respeito indeclinável à vida”²².

De toda maneira, a obediência aos parâmetros constitucionais, quer quanto aos fins, quer quanto aos meios, do atingimento da plena eficácia dos direitos fundamentais – destacadamente os direitos sociais e econômicos, que demandam atividade contínua dos Poderes Públicos com vistas aos objetivos constitucionais, deve ser fiscalizada pelo Poder Judiciário, principalmente por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que prevê a impossibilidade de o Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito.

3.3. Da cláusula da “reserva do possível”

Não se permite desatenção, no implemento dos direitos constitucionais fundamentais, a questão de seus custos financeiros, pois ao intérprete da Constituição não é permitido interpretá-la em abstração à problemática sociológica, cultural e política que a contorna.

Assim, abre-se a problemática quanto aos limites possíveis de concretização das normas constitucionais. No caso comentado, em particular para o repasse de parcela de verba orçamentária para os serviços públicos de saúde. É que, como frisou o Ministro Relator,

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “*reserva do possível*” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

²² STF, DJ, Seção 1, de 13-02-1997, n.29, p.1830.

Cumpra 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 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.”

Ao se ter em vista a preocupação econômica com a efetivação dos direitos sociais e econômicos, no extremo tem-se afirmado que “a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.”²³

Note-se que o tratamento do assunto, no Brasil, não decorreu de estudos orientados à realidade nacional e sim, de transposição de ideário gestado em países nos quais o “Estado-providência” consolidou-se a ponto de ser superado, principalmente a Alemanha ²⁴. Por isso, é importante advertir que “a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.”²⁵

Dessa forma, poderia se cogitar, por absurdo que possa parecer, da presença de “cláusula supralegal de descumprimento da Constituição” ²⁶, ou ainda, conforme expressiva lembrança de Canotilho, de uma “ditadura dos cofres vazios”²⁷

²³ Andreas J. Krell. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2002. p. 51. Nesse particular, é particularmente instigante a seguinte indagação de Américo Bedê Freire Júnior: “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda de governo?” (ob. Cit., p. 74).

²⁴ É imperiosa a lembrança, na atualidade dos estudos constitucionais feitos no Brasil e com vistas à realidade brasileira, de Virgílio Afonso da Silva: “Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional o caso pode ser considerado como ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico enraizado e sedimentado em um determinado país.” (Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico, in Interpretação Constitucional. Virgílio Afonso da Silva – coord. Editora Malheiros. São Paulo. 2005. pp. 116/7.)

²⁵ Ana Paula de Barcellos. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2002. p. 237.

²⁶ Américo Bedê Freire Júnior. Ob. Cit.p. 75.

²⁷ Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In Temas de Direitos Fundamentais. Cit., p. 107.

Defende-se, no presente texto, que a distinção entre os direitos sociais e econômicos e os direitos civis e políticos, para os quais a implementação não leva em conta a argumentação da “reserva do possível” (*das Vorbehalt des Möglichen*), pode ser de grau, haja vista o tipo de proteção jurídica demandada e a qualificação do direito, mas jamais de natureza, haja vista a fundamentabilidade e interlação que os anima e conjuga. Mesmo porque seria ingenuidade se supor que a garantia a direitos civis e políticos fosse isenta de custos, como se sabe, por exemplo, no exercício periódico de direito ao sufrágio, direito político por excelência.

Ora, a Constituição Federal não depende do orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais (sejam eles individuais ou sociais). Ao contrário, o orçamento, ou as receitas, é que, a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da demanda financeira do Estado.

É o que, sem maior aprofundamento teórico, deixa transparecer a decisão proferida no caso escolhido como paradigma de estudo:

“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.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrên-

cia causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Sustenta-se, no presente texto, que a “reserva do possível” não pode acarretar a ineficácia do direito²⁸. Ainda assim, chama atenção o caso concreto, no qual se discutiu a abrangência da cláusula da “reserva do possível” para o direito à saúde, o que beira uma ousadia indevida. Isso porque, no caso brasileiro, como se ensina, o mínimo essencial dos direitos seria a garantia à saúde e à educação básica²⁹, pontos nos quais não se poderia chegar a cogitar de descumprimento “justificado” da Constituição Federal, por questões de caixa. Com sinceridade à Constituição, tamanha a essencialidade do direito que seria incogitável sua análise concreta à luz de discussões técnico-orçamentárias.

3.4. Do mecanismo utilizado no caso escolhido

O mecanismo utilizado para se provocar a jurisdição constitucional brasileira com vistas à proteção do direito social invocado também chama a atenção e merece análise no presente artigo, por conta da complexidade do sistema brasileiro de proteção aos direitos fundamentais.

Isso porque, resumidamente no Brasil, desde 1891 até a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, seguia-se a regra da jurisdição constitucional difusa e concreta, na qual qualquer juiz de direito poderia, ao apreciar questão suscitada em conflito concreto de interesses, apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos, nos moldes confessados de inspiração ao modelo prático inaugurado nos Estados Unidos da América com a decisão de John Marshall, de 1803³⁰.

²⁸ Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. p. 498. Ver também: Canotilho, “a reserva dos cofres do Estado” coloca problemas de financiamento mas não implica o “grau zero” de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais.” (Metodologia “fuzzy”.... art. Cit., p. 109)

²⁹ Andréas Krell, ob. Cit., p. 56; Ana Paula de Barcellos. Ob. Cit., p. 258, com leque maior de direitos protegidos.

³⁰ Exceção à Ação Direta Interventiva, que teve início durante a vigência da Constituição Federal de 1934, e se tratava de mecanismo concentrado no Supremo Tribunal Federal, com vistas à solução de conflitos concretos da federação. A partir de 1988, às tradicionais pre-

Com o advento da aludida emenda, passaram a existir, no Brasil, dois modelos: o tradicional (difuso e concreto), ao lado do que hoje prevalece, de matiz concentrado no Supremo Tribunal Federal, e de caráter abstrato no qual, segundo se ensina, não se discute caso concreto, nem tampouco direitos subjetivos, e no qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade se consagrou como mecanismo por excelência de acesso à especial jurisdição.

Forma-se, pelo novo modelo, segundo arraigada lição, “processo objetivo”, visto que: “A ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes, para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a tutela de situações subjetivas consubstancia a finalidade primeira (mas não exclusiva) da apontada ação. Por isso consiste em instrumento de fiscalização abstrata de normas, inaugurando “processo objetivo” de defesa da Constituição.”³¹

Reconhecida a complexidade do sistema brasileiro, somente em 1999, quando se elaborou a norma infra-constitucional aludida no artigo 102, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, deu-se aplicabilidade à previsão da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, utilizada no caso escolhido para análise.³²

O mecanismo jurídico é utilizado com vistas a reparar lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente de ato do poder público, quer sob as vestes de norma jurídica, quer sob a consideração de política governamental.

Além dessa peculiaridade perante os demais mecanismos de tutela de direitos fundamentais brasileiros, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental ainda tem a característica de, precipuamente, tratar dos preceitos fundamentais, os quais, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, poderiam ser resumidos em: “a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Dessa forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado Democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, plu-

visões, foram adicionadas as previsões atinentes aos direitos da pessoa humana e à aplicação de mínimos percentuais de receita tributária em serviço público de ensino e saúde. (artigo 34, inciso VII, alíneas “b” e “e” da Constituição Federal).

³¹ Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais. 2ª. Edição. São Paulo. 2000. pp. 142/3.

³² Trata-se da Lei Federal 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Antes do advento da citada lei, o Supremo Tribunal Federal não conhecia de argüições de descumprimento de preceito fundamental por conta de inexistir instituto infra-constitucional que o regulamentasse (vide: Agravo de Instrumento n. 145.860-SP, DJU de 12.03.1993; Agravo Regimental n. 22.427-PA, DJU de 15.03.1996; Agravo Regimental em Petição n. 1.140-TO, DJU de 31.05.1996; Petição 1.365 (QO), Rel. Min. Neri da Silveira, j. aos 03.12.1997.

ralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa.”³³

Como se percebe, tratou-se de ação pautada por seletividade quanto à relevância das previsões constitucionais a serem protegidas, o que também a diferencia perante os demais mecanismos de jurisdição constitucional brasileira.

No caso estudado, também importa mencionar que a argüição teve juízo de admissibilidade positivo, uma vez que não se comprovou existir outro mecanismo jurídico apto a proteger o preceito fundamental da garantia de recursos públicos à saúde. A inicial, pois, passou pelo teste da subsidiariedade, previsto no artigo 4º, da Lei Federal 9.882/99, segundo o qual não ela seria admissível se houvesse outro mecanismo apto a afastar ou reparar a lesão a preceito fundamental³⁴.

Nesse particular, parece pertinente alguma colocação mais crítica quanto à dupla face do instituto: ao tratar de algo que se pressupõe como fundamental, não tem razão se prever o mecanismo como subsidiário. O instituto, à vista de sua previsão legal dúbia, tem sido sub-aproveitado, pois se tornou voz corrente em nossa Suprema Corte a inadmissibilidade das iniciais ante a argumentação de existência de outros mecanismos aptos a debelar a ofensa; ainda que se trate de preceito fundamental a ser tutelado e não se indique com precisão exigível, se os mecanismos aptos seriam ações originárias ao Supremo Tribunal, ou recursos, distinção que tem sabidos efeitos práticos na proteção dos direitos³⁵.

Tem-se, portanto, inovadora decisão judicial, que abre caminho à utilização ampla e irrestrita de novo mecanismo, que é apto não só a cobrir lacunas no sistema jurídico brasileiro de proteção aos direitos sociais e econômicos, como mescla aspectos da sistemática concreta, sob a forma de controle concentrado de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal.

³³ ADPF n. 1, voto do Ministro Neri da Silveira, citando entendimento de Oscar Dias Corrêa.

³⁴ A respeito: “artigo 4º. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º. Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

³⁵ ADPF n. 03, j. aos 18.05.2000, Rel. Min. Sydney Sanches. O posicionamento se repetiu na ADPF 17, julgada aos 20.09.2001, Rel. Min. Celso de Mello, e na ADPF n. 18, por decisão de 24.09.2001, e diversas outras, como ADPF 12, decisão de 20.03.2001, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADPF n. 13, decisão de 29.03.2001, Rel. Min. Ilmar Galvão; e, recentemente, decisões de 16.12.2004, do Rel. Min. Marco Aurélio, em ADPFs 60 e 61.

4. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas

Considerando o caso escolhido, para a análise da justiciabilidade dos direitos à saúde, conclui-se ainda ser reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos. Observa-se também que as demandas judiciais são em sua vasta maioria de cunho individual e não coletivo.

Quanto ao direito à saúde, o que se diagnostica é que se visa, na decisão judicial, assegurar o direito à saúde como uma prerrogativa constitucional inalienável e indisponível, decorrente do direito à vida. A este direito se correlaciona o dever do Estado de formular e implementar políticas que visem a garantir a todos o acesso universal e igualitário ao direito à saúde. Ao efetuar a ponderação de bens envolvidos, deve-se optar pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição, em detrimento de interesse financeiro e secundário do Estado que, como visto, não pode ser obstáculo à implementação do direito.

Neste sentido, observa-se pelo caso comentado uma tentativa de se romper com visão formalista e procedimental do direito, em prol da relevância do direito à vida, como direito fundamental constitucional. No particular, o direito social à saúde é decorrência lógica da garantia constitucional tratada com fundamentalidade.

Embora a tendência da decisão comentada seja no sentido de efetivar a proteção constitucional do direito à saúde, há uma tendência minoritária que, com fundamento em uma ótica liberal clássica e na cláusula da separação dos poderes, afasta a justiciabilidade do direito à saúde. O argumento central é que não cabe ao Poder Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender demanda da população na área da saúde, sob justificativa da ofensa ao princípio da separação de poderes. Particularmente exemplificativo no caso comentado, há também a consideração de caráter técnico-orçamentário, com base na abrangência que se entende deva ser dada à “reserva do possível”.

O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos sociais e econômicos, revela a apropriação ainda tímida pela sociedade civil dos direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos legais, acionáveis e justiciáveis. Como aludem Asbjorn Eide e Allan Rosas: “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não

devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”.³⁶ No Brasil apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal³⁷, existindo uma clara relação entre índice de desenvolvimento humano e litigância, ou seja, é acen-tuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano³⁸.

Esse mesmo incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos sociais e econômicos no Brasil reflete ainda um “estranhamento recíproco” entre a população e o Poder Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional. De acordo com pesquisa realizada pela IUPERJ/ABM, 79,5% dos juízes entendem que uma dificuldade do Judi-ciário considerada essencial está radicada no fato dele se encontrar distante da maioria da população. No mesmo sentido, pesquisas conduzidas não ape-nas no Brasil, mas na Argentina, Peru e Equador, evidenciam que 55% a 75% da população apontam para o problema da inacessibilidade do Judiciário³⁹.

³⁶ Asbjorn Eide e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.17-18. Para Paul Farmer: “The concept of human rights may at times be brandished as an all-purpose and universal tonic, but it was developed to protect the vulnerable. The true value of human rights movement’s central documents is revealed only when they serve to protect the rights of those who are most likely to have their rights violated. The proper beneficiaries of the Universal Declaration of Human Rights (...) are the poor and otherwise disempowered”. (Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p.212).

³⁷ Como explica Maria Teresa Sadek, “as razões para isso são inúmeras, indo desde a descrença na lei e nas instituições até a banalização da violência. (...) Por outro lado, ainda que em menor grau que no passado, é baixa a conscientização da população tanto sobre seus direitos, como sobre os canais institucionais disponíveis para a solução de seus litígios”. Maria Teresa Sadek (org), *Acesso à Justiça*, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001, p. 7.

³⁸ Para Maria Tereza Sadek, “No que se refere às regiões, o IDH permite afirmar que o Nordeste e o Norte reúnem os mais baixos indicadores socioeconômicos do país, durante todo o período. Em contraste, o Sul, o Sudeste e o Centro-Oeste apresentam as melhores condições no que diz respeito às dimensões captadas pelo IDH. É notável como quanto mais alto é o IDH, melhor é a relação entre processos entrados e população. Ou seja, é acen-tuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano”. Maria Tereza Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo, *O Judiciário e a Prestação da Justiça*, In: Maria Teresa Sadek (org), *Acesso à Justiça*, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001, p.20-21.

³⁹ Ver Alejandro M. Garro, *Access to Justice for the poor in Latin America*, In: Juan E. Méndez, Guillermo O’Donnel e Paulo Sérgio Pinheiro (orgs), *The (Un)rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1999, p.293. Ver também Flavia Piovesan, *A Litigância de Direitos Humanos no Brasil: Desafios e Perspectivas no uso dos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção*, In: Flavia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*, 2ª ed., 2003, p.410.

Por sua vez, esse “estranhamento recíproco” tem implicado um reduzido universo de demandas submetidas ao Poder Judiciário a respeito dos direitos humanos. Para a formação de uma jurisprudência protetora dos direitos humanos, bem como para a consolidação do Poder Judiciário como um “locus” de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos, acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter. Só assim haverá um Judiciário mais aberto, próximo e com maior responsabilidade social e política. Só assim haverá maior transparência e “accountability” dos deveres do Estado no tocante à implementação dos direitos à saúde⁴⁰.

Ainda que incipiente, a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário.

É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos⁴¹, por meio do “empowerment” da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.

Há que se reinventar a relação com o Poder Judiciário, ampliando seus interlocutores e alargando o universo de demandas, para converter este Poder em um “locus” de afirmação de direitos, que dignifique a racionalidade emancipatória dos direitos sociais e econômicos como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

⁴⁰ Para Varun Gauri: “From the perspective of social rights, participation, empowerment, transparency, and accountability in service delivery are important for ensuring health care and education quality.” (Varun Gauri, *op.cit.* p.470)

⁴¹ Note-se que, em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos. Para Amartya Sen: “A negação da liberdade econômica, sob a forma da pobreza extrema, torna a pessoa vulnerável a violações de outras formas de liberdade.(...) A negação da liberdade econômica implica a negação da liberdade social e política.” (Amartya Sen, *Development as Freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1999, p.08).