

# O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais\*

*Virgílio Afonso da Silva*

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

587 ↓

## 1. Introdução

Embora seja, dentre os chamados países em desenvolvimento, um país com uma economia forte, com um PIB entre os quinze maiores do planeta,<sup>1</sup> o Brasil é ao mesmo tempo um país que, na área social, padece de todos os problemas característicos dos países não-desenvolvidos. Sua já conhecida desigualdade social<sup>2</sup> piora ainda mais o quadro, fazendo com que a imensa maioria da população dependa completamente da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia.

No âmbito jurídico, a comunhão de alguns fatores faz com que a situação fique ainda mais complexa, sobretudo após a promulgação da constituição de 1988. Essa complexidade é decorrência das seguintes variáveis: de um lado, as políticas públicas implementadas pelos

---

\* Este texto é uma tradução do texto apresentado no colóquio "Conflicts, Law, and Constitutionalism", realizado na *Maison des Sciences de l'Homme*, em Paris, em fevereiro de 2005. O fato de ser um texto concebido para ser apresentado a um público estrangeiro explica alguns detalhes e explicações que, em alguns casos, podem parecer triviais ao público brasileiro. As idéias aqui discutidas são também objeto de outros trabalhos recentes e ainda não publicados. No plano teórico mais geral, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009. Além disso, em conjunto com outros pesquisadores, tenho também me dedicado a estudos empíricos sobre a efetivação dos direitos sociais. Esses estudos, iniciados já há algum tempo, mais ainda em fase de conclusão, serão publicados em breve.

<sup>1</sup> Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano (*HDR - Human Development Report*) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Brasil tem o 9º maior PIB do mundo, se medido em dólar PPP (*purchasing power parity*). Se medido em valores absolutos, o Brasil tem o 13º maior PIB. As estatísticas estão disponíveis em: <[http://hdr.undp.org/statistics/data/pdf/hdr04\\_table\\_13.pdf](http://hdr.undp.org/statistics/data/pdf/hdr04_table_13.pdf)>.

<sup>2</sup> Ainda de acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano (*HDR - Human Development Report*) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Brasil tem a quarta maior taxa de desigualdade social do mundo. (*Gini Index* - razão entre os 10% mais ricos e os 10% mais pobres). As estatísticas estão disponíveis em: <[http://hdr.undp.org/statistics/data/pdf/hdr04\\_table\\_14.pdf](http://hdr.undp.org/statistics/data/pdf/hdr04_table_14.pdf)>.

governos nunca foi suficiente para satisfazer a imensa demanda de uma população carente de serviços em quantidade e qualidade aceitá-

↑ 587 | 588 ↓

veis; de outro lado, a atual constituição ampliou ainda mais o processo de constitucionalização de temas que já foram vistos como reservados ao campo da política, como a regulação do salário mínimo, a fixação de taxas de juros e a garantia de direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia.

A partir desse pano de fundo, o papel do direito é constantemente colocado à prova, visto que, na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito. A consequência dessa constatação pode ser percebida quando se analisam decisões judiciais e trabalhos jurídico-doutrinários. O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais - normalmente entre um credor e um devedor - para a área dos direitos sociais. Como será demonstrado adiante, um grande número de operadores do direito encaram os desafios suscitados pelos direitos sociais a partir dessa transposição, da seguinte maneira: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários.

Neste trabalho, pretendo tratar esse tipo de questão partindo de duas considerações que, embora pareçam triviais à primeira vista, obrigam os operadores do direito - sobretudo os juízes - a refletir profundamente sobre o seu papel nessa área do direito constitucional. De um lado, a previsão de direitos sociais na constituição brasileira (ou em qualquer outra constituição) não pode ser encarada como simples "lírica constitucional",<sup>3</sup> ou seja, não é possível que não haja nenhuma consequência jurídica concreta para essa previsão. De outro lado, não é possível, devido a razões que serão analisadas mais adiante, que direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura que têm os chamados direitos

<sup>3</sup> A expressão "lírica constitucional" é usada por Robert Alexy, "Grundrechte im demokratischem Verfassungsstaat" in Aulis Aarnio / Robert Alexy / Gunnar Bergholtz (eds.), *Justice, Morality, and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik*, Lund: Juristförlaget, 1997, p. 29.

individuais (civis e políticos), ou seja, juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário. À primeira vista, essas duas considerações parecem incompatíveis. E é exatamente essa impressão de incompatibilidade que divide os operadores do direito, pelo menos no Brasil, em dois campos opostos, cada um deles defendendo sua posição como se fosse a única possível e correta.

O objetivo deste trabalho é tentar enfrentar essa dicotomia aparentemente irreconciliável e mostrar que é possível - e necessário - que ambos os pontos de partida sejam respeitados. Mais do que isso: este trabalho parte do pressuposto de que qualquer discussão acerca da relação entre o direito e as políticas públicas

↑ 588 | 589 ↓

somente será produtiva no momento em que a necessidade dessa conciliação for levada a sério.

## 2. O mito de Montesquieu

Um dos principais argumentos que sustentam um dos lados da discussão acima delineada é a referência à teoria da separação de poderes. No Brasil, como em muitos outros países da América Latina, essa teoria é muitas vezes encarada de forma estanque e rígida. No modelo liberal clássico, no qual os juízes podiam ser considerados como simples "boca da lei",<sup>4</sup> seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las ou defini-las. Mas o que é compreendido como a "teoria da separação de poderes" é, no entanto, uma simples visão enviesada das idéias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista,<sup>5</sup> em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma. Em

<sup>4</sup> Cf. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6.

<sup>5</sup> Não se pode esquecer que a chamada "teoria da separação de poderes", atribuída a Montesquieu, baseia-se sobretudo em um capítulo de seu "Espírito das Leis", no qual Montesquieu "descreve" o sistema político inglês por volta de meados do século XVIII, e que isso tem muito pouco em comum com as democracias presidencialistas contemporâneas. Cf. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6.

vista disso, o argumento baseado puramente na separação de poderes não parece ser digno de nenhuma análise mais apurada neste trabalho.<sup>6</sup>

Há, contudo, um outro argumento - de certa forma ligado à idéia de separação de poderes, ao papel dos juízes nessa separação e à dicotomia Estado Liberal / Estado Social - que merece atenção especial. Esse argumento é baseado na distinção entre deveres negativos e deveres positivos e pretende chamar a atenção a uma diferença estrutural entre os chamados direitos individuais e os direitos sociais.

### 3. Direitos individuais (civis e políticos) e deveres negativos

Os assim chamados direitos de primeira geração, conhecidos na França como "liberdades públicas" e na Alemanha como "direitos de defesa", são normalmente definidos como direitos que têm como objetivo garantir uma esfera de autonomia aos indivíduos, no interior da qual o Estado não deve interferir. Por isso é que se diz que tais direitos - como a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, o direito de reunião etc.- impõem um dever negativo ao Estado. Ao Estado é normalmen-

↑ 589 | 590 ↓

te vedado lançar mão de medidas que interfiram nessas liberdades, como impor uma censura, dar preferência a uma religião ou proibir uma reunião pacífica etc.

Esse tipo de direitos normalmente não causa grandes problemas aos juízes ou à relação entre os poderes políticos e o poder judiciário, especialmente nos países acostumados a algum tipo de controle de constitucionalidade. Em linhas muito gerais, sempre que o Executivo ou o Legislativo forem além da barreira do "não-fazer", é tarefa dos juízes garantir os direitos individuais, declarando tais medidas como inválidas e assegurando a volta ao *status quo ante*.

Mas uma consequência mais importante dessa estrutura negativa dos direitos individuais clássicos, pelo menos para os propósitos deste texto, é a pressuposição de que

---

<sup>6</sup> Michelman também sublinha a não-adequação em se pensar o problema dos direitos sociais como uma simples questão de separação de poderes. Cf. Frank I. Michelman, "The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification", *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003), p. 15.

direitos negativos não exigem a alocação de recursos governamentais. Em outras palavras, "não-fazer" é algo que não implica gastos. Nesse sentido, a atividade judicial que controla os limites do "não-fazer" não teria interferência em questões orçamentárias ou na definição de políticas públicas. Essa visão parece-me falaciosa e será analisada mais abaixo.

#### 4. Direitos sociais e deveres positivos

Os assim chamados direitos sociais, particularmente os direitos à saúde, à educação e à moradia, têm uma estrutura diversa: sua realização não requer uma abstenção estatal. É necessário, entre outras coisas, que hospitais, escolas e casas sejam construídos, que médicos e professores sejam contratados e que material hospitalar e escolar sejam adquiridos. Obviamente, isso custa (muito) dinheiro.

Ao contrário do que ocorre com a realização e a proteção dos direitos individuais, a realização dos direitos sociais, ao depender de enormes gastos públicos, depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal. Em um cenário de recursos escassos, no qual não há dinheiro suficiente para resolver nem mesmo os principais problemas de saúde, educação e moradia dos indivíduos - e essa é a realidade em quase todos os países do mundo - é necessário que alguém tome a decisão sobre como e onde os recursos públicos serão alocados.

Neste ponto, duas questões importantes surgem: (1) Os juízes têm legitimidade para decidir na área de políticas públicas? (2) Os juízes têm capacidade para tomar essas decisões?

A primeira questão não será analisada neste texto. Na verdade, a resposta a ela depende de como a separação de poderes é concebida em uma determinada constituição. Como já foi sublinhado anteriormente, deixar o Judiciário de fora do debate com base apenas em uma idéia anacrônica de separação de poderes é uma estratégia que não será considerada aqui. O mesmo pode ser dito acerca do argumento baseado exclusivamente na falta de legitimidade democrática do Judiciário. Ambos os argumentos - separação de poderes e ausência de legitimidade democrática - costumam ser usados de uma forma extremamente maniqueísta, a qual pretendo

aqui evitar. Por isso, e por razões argumentativas, pretendo aqui presumir que um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais.

A segunda questão - sobre a capacidade dos juízes - será tratada mais adiante neste texto. Antes disso, contudo, é necessário discutir um importante argumento que tem como objetivo mitigar as diferenças entre direitos individuais (civis e políticos) e direitos sociais, bem como as diferenças entre deveres negativos e positivos.

## 5. O custo dos direitos

Entre as obras publicadas recentemente sobre a justiciabilidade dos direitos sociais na América Latina, uma das mais importantes é, sem dúvida, a obra de Abramovich e Courtis.<sup>7</sup> Embora o livro contenha diversos de argumentos em favor de uma ampla justiciabilidade dos direitos sociais, o argumento mais interessante, neste ponto, é aquele que se refere ao chamado "custo dos direitos".

Em linhas gerais, o argumento é simples: a realização e a proteção de direitos sempre custam dinheiro, seja no caso dos direitos sociais seja no dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, recursos públicos são indispensáveis também para a proteção da liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de associação etc., já que a criação e a manutenção de instituições políticas, judiciárias e de segurança, necessárias para a garantia desses direitos, implicam gastos para o Estado.<sup>8</sup> De acordo com as estatísticas apresentadas por Holmes e Sunstein, apenas uma parte do sistema de justiça norte-americano (incluindo o sistema penitenciário federal) custa anualmente US\$ 5.224.000.000.<sup>9</sup>

Assim, ao contrário do senso comum - segundo o qual deveres negativos não implicam custos - não seria possível exercer nenhum desses direitos sem um enorme gasto estatal. Proteger direitos civis e políticos, como o devido processo legal, o acesso à Justiça, o direito de matrimônio, o direito de reunião, o direito de votar e ser votado "pressupõe a criação das

<sup>7</sup> Cf. Victor Abramovich / Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002.

<sup>8</sup> Idem, p. 23.

<sup>9</sup> Cf. Stephen Holmes / Cass Sunstein, *The Cost of Rights*, New York: Norton, 2000, p. 234.

respectivas condições institucionais por parte do Estado (existência e manutenção de tribunais, estabelecimento de normas e registros que confirmam relevância jurídica à decisão matrimonial ou ao ato de associação, convocação de eleições, organização de um sistema de partidos políticos etc.).<sup>10</sup> De outro lado, haveria direitos sociais que não implicam grandes gastos, por não requererem um "fazer", mas uma abstenção. Abramovich e Courtis argu-

↑ 591 | 592 ↓

mentam, por exemplo, que o direito à saúde implica um dever estatal de não prejudicar a saúde dos indivíduos.<sup>11</sup>

Por isso, ainda segundo Abramovich e Courtis, não haveria como diferenciar entre direitos civis e políticos e direitos sociais com base na dicotomia "fazer"/"não-fazer". Assim, seria possível questionar se ainda faz algum sentido diferenciar entre essas duas categorias de direitos, já que ambos requerem gastos estatais para a sua realização e proteção. Segundo Abramovich e Courtis, se é possível que ainda haja algum sentido nessa diferenciação, *esse sentido não tem nenhuma relação com a possibilidade ou impossibilidade de tutela judicial desses direitos*.<sup>12</sup>

## 6. Então por que falta efetividade aos direitos sociais?

Em face dos esforços de alguns autores em demonstrar que não há diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais, é de se perguntar, então, por que os primeiros são muitas vezes efetivamente realizados enquanto que os direitos sociais freqüentemente não ultrapassam a barreira da *promessa constitucional*. Nos países ainda em desenvolvimento, é muito comum ouvir, como resposta a essa questão, que "falta vontade política ao governo". Ocorre que, se de fato o problema fosse apenas uma falta de vontade política, bastaria haver uma "vontade judicial" por parte dos operadores do direito, sobretudo dos juízes, para que pelo menos parte do problema fosse resolvida.

<sup>10</sup> Victor Abramovich / Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 23.

<sup>11</sup> Idem, p. 25.

<sup>12</sup> Segundo esses autores, a distinção entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos sociais e econômicos, de outro, pode ser útil para outras finalidades, como, por exemplo, para "situar, em um contexto histórico, a forma pela qual foram conceitualizados e positivados os diversos direitos". Cf. Victor Abramovich / Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 48.

Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar "histórias de sucesso" na efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário,<sup>13</sup> parece-me que tais histórias são superestimadas, da mesma forma que o é o papel que o Judiciário desempenha nessa área. Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa.

Como é comum em discussões polarizadas, a solução muitas vezes só pode ser encontrada no meio termo entre os dois pólos opostos. O grande problema, na área dos direitos sociais, é que o meio termo é frequentemente encarado por meio da seguinte divisão de tarefas: o governo tem prioridade na implementação de políticas públicas que realizam direitos sociais, mas é dever dos juízes controlar essa realização e, caso necessário, complementá-la e corrigi-la. A maioria das "histórias de

↑ 592 | 593 ↓

sucesso" acima mencionadas seguem esse modelo. Ocorre que, ao contrário do que muitos crêem, esse modelo não representa um meio termo. Pelo contrário, ele representa a versão baseada na crença de que o ativismo judicial é a melhor forma de proteger os direitos sociais e econômicos.

## 7. Mais uma vez: o custo dos direitos

A idéia de que os juízes, ao complementar as políticas públicas implementadas pelo governo, estarão sempre auxiliando a realização dos direitos sociais e econômicos é equivocada porque se baseia em uma premissa tão simples quanto falsa, segundo a qual complementar é sempre algo positivo. Isso poderia ser correto se a realização de direitos sociais não implicasse, em todos os casos importantes, gastos públicos. Mas ela implica.

Assim, ao contrário do que sustentam Abramovich e Courtis, direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito

<sup>13</sup> Cf. sobretudo Cass Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, New York: Oxford University Press, 2001, pp. 221-237 e Victor Abramovich / Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 132-248.



custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*. Isso porque os mesmos gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sunstein apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança.<sup>14</sup> A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos. O mesmo vale para os gastos com a manutenção de instituições judiciárias. Diante disso, esses "gastos institucionais", que são diluídos na efetivação de *qualquer tipo de direito*, devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro.

A partir dessa constatação, não parece ser difícil perceber a diferença que há - *em termos de alocação de recursos públicos* - entre decisões judiciais que visem a garantir ou a realizar um direito civil ou político, de um lado, e decisões que visem a realizar ou a garantir um direito social ou econômico, de outro. Usando um exemplo do estudo de caso a ser exposto brevemente a seguir, basta comparar os *custos* decorrentes de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para o tratamen-

↑ 593 | 594 ↓

to de pacientes portadores do HIV com decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partirmos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na *conta comum de todos os direitos*.

<sup>14</sup> Cf. Victor Abramovich / Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 23.

## 8. Estudo de caso: remédios para o tratamento da AIDS

Em 2004, estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo realizaram uma pesquisa empírica envolvendo todas as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo relacionadas a casos de pedidos de concessão de remédios para o tratamento da AIDS entre janeiro de 1997 e junho de 2004.<sup>15</sup> O resultado geral apontou que, em 85% dos casos, os autores dos pedidos recebiam os medicamentos que requeriam. À primeira vista, essa poderia ser considerada mais uma "história de sucesso" na justiciabilidade dos direitos sociais. Mas há algumas informações importantes que se escondem por trás dos números mencionados.

A primeira delas é o fato de que a política de combate a AIDS do governo brasileiro - que inclui a distribuição gratuita de medicamentos, entre outras medidas - é considerada pela Organização Mundial da Saúde como uma das mais eficazes do mundo.<sup>16</sup>

Uma segunda informação importante diz respeito àqueles que colocaram essa política em prática. Segundo a Organização Mundial da Saúde:

↑ 594 | 595 ↓

"A viabilidade do programa HIV/AIDS brasileiro, incluindo a distribuição de remédios, é devida em grande parte à *mobilização social*, incluindo a representação de comunidades afetadas no governo, as organizações não-governamentais e outros fóruns. A distribuição gratuita de antiretrovirais evitou problemas associados ao mercado negro ou a regimes abaixo do standard".<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Essa pesquisa recebeu um prêmio concedido pelo IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas) no ano de 2004 e foi realizada sob a coordenação do Prof. Dr. José Eduardo Faria (coordenador geral do grupo) e do Prof. Dr. Diogo R. Coutinho (coordenador da pesquisa). Aos estudantes envolvidos no projeto, Camila Duran Ferreira, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Ana Mara França Machado, André Vereta Nahoum, Brisa Lopes de Mello Ferrão, Evorah Lusci Costa Cardoso, Leandro Alexi Franco, Marcele Garcia Guerra, Marco Aurélio Cezarino Braga, Rafael Diniz Pucci e Vinícius Correa Buranelli, eu gostaria de agradecer a oportunidade de ter tido acesso aos dados e aos resultados da pesquisa. A menção a esse estudo será feita sempre como PET-FD-USP, "O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS", 2004.

<sup>16</sup> Como resultado desse programa, houve redução de 50% na mortalidade em decorrência de AIDS, redução de 26% no número de casos registrados e 80% nas necessidades de internações hospitalares ocasionadas pela doença. Com isso, foi possível evitar 358.175 internações no período de 1997 a 2001, gerando uma economia de recursos de US\$ 1.036.603.072,14. Fonte: Ministério de Saúde do Brasil. Cf., sobre esses resultados, V. Oliveira-Cruz / J. Kowalski / B. McPake, "Viewpoint. The Brazilian HIV/AIDS 'Success Story': Can Others Do It?", *Tropical Medicine & International Health* 9 (2004): 292-297 e Cristina B. Hofer / Mauro Schechter / Lee H. Harrison, "Effectiveness of Antiretroviral Therapy Among Patients Who Attend Public HIV Clinics in Rio de Janeiro, Brazil", *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, 36 (2004): 967-971.

<sup>17</sup> Cf. World Health Organization, "Treatment Works", in <http://www.who.int/3by5/en/treatmentworks.pdf> (sem grifos no original).

Como se percebe, a realização dos direitos sociais e econômicos, por depender da implementação de políticas públicas, é tarefa que depende sobretudo do governo e das pressões da sociedade civil mobilizada.

Por fim, a última informação importante por trás dos números do estudo de caso diz respeito à racionalidade que permeia as decisões dos juízes e às suas conseqüências. O estudo constatou que "nos casos de concessão [de medicamentos], em 93% das decisões os julgadores consideraram o direito à saúde como *individual*".<sup>18</sup> Além disso, em geral os juízes não se preocupam com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo. Segundo o estudo:

"A despeito de alguns acórdãos reconhecerem a existência de políticas públicas específicas para DST/AIDS, nenhum deles trata pormenorizadamente do desenho institucional da política pública praticada pelo Estado. [Nota de rodapé: Nos casos em que o Estado já empreende uma política pública, como no analisado, verificamos que o *Judiciário ignora por completo o modus operandi da mesma, não procurando adequar a esse suas decisões, quando possível.*]"<sup>19</sup>

No que tange às conseqüências econômicas das decisões, o estudo constatou que:

"Em relação à consideração de possíveis impactos sociais da decisão [...] verificamos que, nos casos de não concessão [do pedido de medicamentos], os prejuízos para a coletividade, decorrentes da alocação de recursos de forma esporádica foram argüidos em 66,7% dos casos, enquanto que *nos casos de concessão [do pedido de medicamentos], em apenas 4,1%.*"<sup>20</sup>

A conclusão a que se pode chegar após essa breve exposição desse estudo de caso, que, ainda que pontual, reflete bem o enfoque que os juristas dão em geral à justiciabilidade dos direitos sociais, é que, em primeiro lugar, os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes

↑ 595 | 596 ↓

àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas

<sup>18</sup> PET-FD-USP, "O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS", 2004, p. 24 (sem grifos no original).

<sup>19</sup> Idem, pp. 23-24 (sem grifos no original).

<sup>20</sup> Idem, pp. 25-26 (sem grifos no original).

coletivamente, algo que os juízes não fazem.<sup>21</sup> Com isso, pretendo sublinhar que a questão discutida neste trabalho não é uma mera questão de opção entre *ativismo* ou *contenção* judicial, embora ela seja freqüentemente apresentada como se assim o fosse. É certo que os partidários da idéia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas a políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha necessariamente que defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devam *sempre* decidir sobre políticas públicas. Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial - ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas - e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais.<sup>22</sup> Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva.

Diversos exemplos das conseqüências do que eu chamaria de "ativismo judicial despreparado"<sup>23</sup> podem ser encontrados na atividade de diversos tribunais brasileiros. Por exemplo, ao distribuir tratamentos médicos de forma individual (i.e., sem considerar as políticas governamentais na área),<sup>24</sup> os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área da saúde (ou em outras áreas), mesmo que eles consigam "resolver" alguns casos isolados. Isso porque, em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais. Nesse sentido, Alberto Kanamura afirma que:

"Num país onde ainda se morre de desnutrição, por falta de água tratada ou por pura ignorância de preceitos sanitários primários, é difícil não questionar decisões [judiciais] que priorizam gastos em saúde para tratar o raro, quando o mesmo recurso poderia

<sup>21</sup> Não o fazem não necessariamente porque assim não querem, mas porque, entre coisas, os tribunais não são estruturados para agir dessa forma e porque os juízes não dispõem das informações complexas que a implementação de políticas públicas requerem.

<sup>22</sup> Por exemplo: porque os juízes não estão preparados para essa tarefa (como conseqüência de problemas estruturais na educação jurídica), porque os tribunais não estão estruturados e porque os procedimentos judiciais não foram concebidos para esse tipo de tarefa.

<sup>23</sup> José Reinaldo de Lima Lopes usa o termo "voluntarismo irracional". Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, "Direito subjetivo e direitos sociais" in José Eduardo Faria (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 142.

<sup>24</sup> E isso não ocorre apenas nos casos de medicamentos para o tratamento da AIDS.

beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples de tratar. Não é demais lembrar que, neste momento, o governo tenta

↑ 596 | 597 ↓

combater a fome endêmica medicando os atingidos com uma ajuda de R\$ 50 por família mensalmente, talvez menos de R\$ 100 por pessoa ao ano."<sup>25</sup>

O autor usa o exemplo da doença de Gaucher. No Estado de São Paulo, há cerca de cem portadores da doença que, em razão de decisões judiciais, recebem tratamento grátis. O tratamento custa, por pessoa, US\$ 9.620 por mês. Para essas cem pessoas, o custo anual é de mais de US\$ 10 milhões. Segundo os dados transcritos acima sobre o combate à fome endêmica, esse valor seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas por ano. Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter. Assim, se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá de sair de outras áreas. Com isso fica claro que, ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo.

## 9. Conclusão

Na introdução deste trabalho defendi que a previsão de direitos sociais na constituição brasileira (ou em qualquer outra constituição) não pode ser encarada como se fosse simples "lírica constitucional", ou seja, não seria possível não haver nenhuma consequência associada a essa previsão, porque, para utilizar a expressão de Michelman, normas que garantem direitos sociais não são menos jurídicas do que as outras normas em uma declaração de direitos.<sup>26</sup> Contudo, o fato de serem "não menos jurídicas" não me parece implicar que as normas que garantem direitos sociais devam ser tratadas como se tivessem a mesma estrutura daquelas que garantem direitos civis e políticos, nem que sejam justiciáveis da mesma maneira. Em outras palavras, talvez a tarefa dos juízes não seja a de conceder

<sup>25</sup> Alberto Hideki Kanamura, "O dilema do gestor da saúde", *Folha de São Paulo* (10.07.2003), p. A3.

<sup>26</sup> Cf. Frank I. Michelman, "The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification", p. 14.

remédios, tratamentos médicos, vagas em escolas etc. a todos aqueles que recorrerem ao Judiciário. Mas, nesse caso, qual poderia ser o papel dos juízes no processo de realização dos direitos sociais? Embora haja diversas respostas possíveis a essa pergunta, eu sustento que todas elas devem partir do pressuposto de que esses direitos não podem ser tratados, exceto em casos excepcionais, como se seguissem o mesmo padrão individualista em que se baseiam relações entre um credor e um devedor.

Se isso está correto, e se o Judiciário não é capaz de pensar em saúde, educação, moradia etc, de forma coletiva e global, talvez ele devesse deixar essa tarefa para o processo político. Mas não é possível ignorar que as demandas individuais continuarão a existir e que os juízes continuarão a ter que decidir sobre elas. Se,

↑ 597 | 598 ↓

pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for. Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na *execução* de políticas públicas do que de falhas na *elaboração* dessas mesmas políticas.<sup>27</sup> Nesses termos - ou seja, como controlador da execução de políticas já existentes -, o Judiciário conseguiria, ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência os direitos sociais.

---

<sup>27</sup> Um simples exemplo pode ilustrar isso. Parte daqueles que demandam a concessão judicial de medicamentos não o faz para obter um medicamento que não está previsto na política governamental, mas tão somente para garantir que o fornecimento desse medicamento não seja interrompido por problemas na execução da política. Em outras palavras: o recurso ao Judiciário tem como única função garantir o acesso a algo já decidido pelos poderes políticos.

Contudo, é óbvio que, para isso ocorra, o papel do Judiciário e o foco da ação do Ministério Público têm que ser repensados. Ainda mais: em um país no qual a separação de poderes é interpretada como sinônimo de não-diálogo entre os poderes, como muitas vezes ocorre no Brasil, essa é uma tarefa difícil de ser realizada. Como foi demonstrado anteriormente, contudo, soluções simples, como a distribuição de remédios de forma desordenada, irracional e individualista não irá contribuir para a real implementação dos direitos sociais no país.

## 10. Bibliografia citada

- Abramovich, Victor / Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002.
- Alexy, Robert. "Grundrechte im demokratischem Verfassungsstaat", in: Aulis Aarnio / Robert Alexy / Gunnar Bergholtz (eds.), *Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik*, Lund: Juristförlaget, 1997: 27-42
- Ferreira, Camila Duran et al., "O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS", São Paulo, 2004.
- Hofer, Cristina B. / Schechter, Mauro / Harrison, Lee H. "Effectiveness of Antiretroviral Therapy Among Patients Who Attend Public HIV Clinics in Rio de Janeiro, Brazil", *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, 36 (2004): 967-971.
- Holmes, Stephen / Sunstein, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 2000.
- Kanamura, Alberto Hideki. "O dilema do gestor da saúde", *Folha de São Paulo* (10.07.2003): A3.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. "Direito subjetivo e direitos sociais" in José Eduardo Faria (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994: 113-143.
- Michelman, Frank I. "The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification", *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003): 13-34.
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1951 [1748].
- Oliveira-Cruz V. / Kowalski, J. / McPake, B. "Viewpoint. The Brazilian HIV/AIDS 'Success Story': Can Others Do It?", *Tropical Medicine & International Health* 9 (2004): 292-297.
- Sunstein, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions Do*, New York: Oxford University Press, 2001: 221-237.