

5

Os Direitos Fundamentais em Seu Caráter Prestacional são Judicializáveis, mas Precisam de Novos Paradigmas

5.1

O Debate Sobre a Efetivação Judicial dos Direitos Fundamentais em seu Caráter Prestacional

A verdade é que é diminuto o número de direitos fundamentais prestacionais debatidos por meio do sistema de justiça, entretanto, a polêmica em torno do tema é intensa. Ainda que a concepção de Roberto Alexy a respeito da bidimensionalidade de todos os direitos fundamentais, segundo a qual todos os direitos podem ser realizados tanto por ações como por inações parece por vezes estar sedimentada. Para Alexy, direitos sociais clássicos como a saúde, por ex., podem exigir atuação estatal através de políticas médicas, tanto quanto inações como não gerar através da atuação estatal danos ambientais que ameacem a saúde dos indivíduos. O modo possível de se empreender uma pesquisa quantitativa a respeito fez com que focasse o levantamento em quatro direitos fundamentais sociais (saúde, educação, moradia e terra). Se em termos qualitativos não são tantos, em termos quantitativos não é diferente.

Já se viu no Capítulo anterior que o número de julgamentos sobre direitos desta natureza no STF é escasso. No Superior Tribunal de Justiça não é diferente. Em teoria, há menos óbices à chegada de Recursos Especiais ao STJ do que a Recursos Extraordinários ao STF. O requisito é apenas contrariar lei federal. Como a União tem competência para legislar a maior parte das matérias não é tão dificultoso ter possibilidade de pleitear junto ao STJ.

Entre 2000 e 2009, foram interpostos 1.580.669 julgados perante o STJ: 1665 (0,1%) deles relativos ao direito à saúde; 161 (0,01%) ao direito à moradia; 1063 (0,067%) ao direito à educação; 783 (0,04%) direito à terra, o que corresponde a 0,23% dos processo julgados no período. Mais uma vez esse número está majorado, pois por sua expressividade considerei desnecessário olhar processo por processo se os temas pesquisados eram citados de modo incidente ou se referiam ao objeto principal da ação.

Os números afirmam que dos 03 milhões de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, menos de 0,65%

se referem a esses direitos sociais utilizados como exemplo. Os direitos sociais no Brasil de hoje são símbolo da desigualdade reinante no país. As classes mais endinheiradas não se preocupam com tais direitos, pois os suprem a partir de meios privados. Assim, o diminuto ressoar destes casos nesses Tribunais Superiores reitera a dificuldade de acesso dos grupos com maiores déficits histórico a direitos fundamentais.

Há autores/as indicando que o direito à saúde, especialmente, os requerimentos em torno de medicamento, teria mais demandantes de classe média do que pessoas pertencentes a grupos historicamente carentes de direitos fundamentais.⁵⁵² Já me deparei com essa afirmação diversas vezes, mas nunca com números nacionais que corroborassem a afirmação.

Considero que mesmo se tomando essas afirmações como verdadeiras elas não invalidam o que irei propor. Até porque não acredito que classe média, hoje tão pauperizada, pode ser considerada uma classe privilegiada no país. Ademais, não se pode esquecer que os direitos fundamentais são universais, assim, seria perquirível se é juridicamente cabível escrutinar a vida (ou a renda) do requerente antes de se conceder o pedido. A questão principal que proponho lidar se a possibilidade do Judiciário interferir em tarefas originalmente de incumbência do Executivo sem macular a separação de poderes.

Há quem defenda a completa impossibilidade de se judicializar determinados direitos sociais e apenas fazer valer por via judicial o mínimo existencial de alguns. Há quem defenda a fundamentalidade e executoriedade dos direitos sociais sem chegar a detalhar como isso deve ser feito. Há quem argumente que se o que estiver em jogo for o mínimo existencial é preciso que o Executivo prove não ter dinheiro para se eximir da obrigação. Há quem defenda que seja escrutinado o orçamento público, especialmente, as despesas constitucionalmente vinculadas para se saber se o orçamento foi ou não executado em sua integralidade (já que na maior parte das vezes o orçamento é sub-executado).

⁵⁵² Souza Neto traz dados de uma pesquisa realizada em São Paulo sobre o maior acesso da “classe média”. SOUZA NETO, 2010, 533-4.

Há quem traga dados comparativos. Os dois países mais “fornecedores” de argumentos sobre o assunto são os Estados Unidos e a Alemanha.⁵⁵³ Curiosamente, tais direitos não constam nas Constituições destes países. O pressuposto de “*nenhuma taxaço sem representaço*” que é praticamente um baluarte da relaço Estado-sociedade nos Estados Unidos e norteia o discurso constitucional em torno da realizaço dos direitos sociais,⁵⁵⁴ não está presente de modo decisivo no debate brasileiro. Nem tampouco o contexto histórico que embasou a decisào alemã por não os expor constitucionalmente.⁵⁵⁵

Há o joio e há o trigo. Mas, acima de tudo há a polêmica.

Roberto Gargarella destaca que parte significativa das decisões acerca do impedimento da concessào de direitos sociais se lastreia em duas concepções opostas de democracia: (1) democracia pluralista e (2) democracia populista. Os argumentos provenientes de uma leitura da democracia pluralista asseveram ser a Constituiço a vontade expressa e sacramentada do povo. Como nela não há direitos sociais, estes não gozariam nem de fundamentalidade, nem de executoriedade via decisào judicial.⁵⁵⁶ Na democracia populista, a vontade do povo se expressa pela escolha dos representantes do Poder Político e portanto o Judiciário carece de legitimidade para interferir nesta seara.⁵⁵⁷

O primeiro argumento é incabível no Brasil por estarem estes direitos expressos na Constituiço e em diversos tratados ratificados pelo país. Porém, o segundo argumento é extremamente mencionado. Acusa-se o Judiciário de usurpar os poderes do Legislativo e do Executivo, anuncia-se o temor de se chegar a vivenciar uma ditadura dos juizes. Esses argumentos são no mais das vezes tão carregados de temores e grandiloquentemente pintados que em geral

⁵⁵³ Não desprezo um diálogo com o Norte. Inúmeros teóricos/as de suma importância ao pensamento ocidental são provenientes de países do Norte. O que tenho afirmado rejeitar é estabelecer uma conexão direta em assuntos nos quais tais locais têm vivência extremamente diferente da dos países do Sul, como é o caso do desfrute de direitos sociais. Vale ressaltar que estes países após décadas de opulência nos quais desigualdade e pobreza não os atingia de modo assustador como nas nações do Sul, sofrem hoje com problemas econômicos e sociais, bem como, com o rearranjo do cenário internacional que os tornam cada vez mais tendentes a espelhar a realidade de países do Sul, especialmente, dos países emergentes. Ainda assim, a situação é bem diversa e os debates lá muito recentes. Até porque grande parte das Constituições de lá não contemplam direitos sociais. Quem sabe em breve não serão eles/as os/as que terão de buscar inspiração em nossas vivências e construções teóricas?

⁵⁵⁴ Ver SUSTEIN, 1999.

⁵⁵⁵ KRELL, 2002, 108.

⁵⁵⁶ Nesse ponto, ele se baseia bastante em exemplos dos Estados Unidos no quais as Cortes atuaram para afirmar a retirada de direitos sociais concedidos via política estatal.

⁵⁵⁷ GARGARELLA, 2010, 207-16.

se me afiguram como bastante exagerados. Ora, é uma parcela da população que participou da eleição do Executivo e do Legislativo que vai ao Judiciário, não se trata de contingentes dissociados de cidadãos. Além disso, não determina o Judiciário, diuturnamente, gastos e vinculação de despesas ao Poder Público (sendo uma das mais expressivas o ressarcimento por dano)?⁵⁵⁸

De modo algum desprezo a necessidade de um equilíbrio entre as funções estatais. Se há de convir, no entanto, que esse equilíbrio não pode se verificar se uma das funções for imune a interferências. O Supremo Tribunal Federal não sofre interferência direta de nenhum órgão fiscalizatório, é bem verdade. Nem ao próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Supremo responde. Entretanto, numa atuação mais drástica, o Congresso Nacional é quem tem a competência para votar uma Emenda Constitucional que modifique esse cenário. Além do que, é sabido que, no cotidiano, há sim uma comunicação estreita entre as funções estatais manejada com o intuito de manter o tênue e tensionado equilíbrio.

Ante esse brevíssimo relato das principais teses a respeito do assunto, entendo que duas décadas após a edição da Constituição já se avançou muito no discurso e na discussão, e, sendo essa uma parte incidental de toda esta tese, me sinto desobrigada de realizar toda uma revisão de literatura a esse respeito. Irei a partir daqui dialogar apenas com os autores e autoras que dentro do debate brasileiro me auxiliaram na construção de minha proposta que mais uma vez tem inspiração nas soluções apresentadas na África do Sul e na Índia.

Retomando os dados levantados nesta tese, identifiquei quais os direitos requeridos à Corte Suprema pelos grupos estudados em cada um dos países. A resposta encontrada é surpreendente. Como demonstrei no capítulo 03, esses grupos têm carência de um elenco amplo de direitos fundamentais, especialmente de direitos sociais. Considerando, a interconexão entre os direitos fundamentais o usufruto do rol de direitos fundamentais como um todo resta prejudicado por essa defasagem.

Esses grupos podem não ser homogêneos, mas são, em grande medida, coesos na ausência do gozo de direitos fundamentais. Ainda assim, o elenco de direitos judicializados por eles é extremamente restrito. Na Índia, todos os

⁵⁵⁸ Sobre esse argumento ver LINS, 2008, 6 e ss.

processos referentes aos *dalits*⁵⁵⁹ tratavam de cotas. No Brasil, os processos relativos aos indígenas tratavam de terra (76%), de juízo natural (18%) e de patrimônio cultural (6%).⁵⁶⁰ Na África do Sul, apesar do número muito menor de julgamentos (05) e embora em todos esteja subjacente um debate sobre a igualdade, podem ser identificados 07 direitos: juízo natural, cotas, autonomia administrativa, pluralismo jurídico, acesso às cortes, direito das mulheres e direito de propriedade.⁵⁶¹

Tanto na Índia quanto no Brasil os grupos não precisam necessariamente ter consciência sobre seus direitos para que estes sejam pleiteados em juízo.⁵⁶² Há uma evidência deste requerimento de um minguado rol de direitos da existência do que Boaventura Santos nomeia de procura suprimida. *“A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida. Algo ativamente produzido como não existente.”*⁵⁶³ Referenda também essa hipótese o fato de que mesmo considerando todos os grupos sociais há, no Brasil, um número limitado de direitos sociais pleiteados pela via judicial.

Antes de continuar, cabe destacar que os argumentos a serem apresentados a seguir são concernentes a todos os direitos fundamentais quando na expressão de sua dimensão prestacional.

Liana Cirne Lins advoga ser a categoria direito subjetivo imprópria para uso na categoria direitos sociais. Para ela, toda a *“complexidade e heterogeneidade dos direitos sociais (...) findam reduzidas, afiniladas, escoando sempre no direito subjetivo”*. A dicotomia entre direitos sociais como direitos subjetivos exigíveis e promessas constitucionais não-executáveis representa uma falsa antítese.⁵⁶⁴ Em outras palavras,

⁵⁵⁹ Os dados indianos não são totalmente confiáveis como explicado na metodologia.

⁵⁶⁰ Quando falo em juízo natural me refiro à polêmica sobre a competência para julgamento de crimes cometidos contra indígenas ser da justiça federal ou da justiça estadual. Destaco ainda que em dois processos relativos ao direito à terra, há outros dois direitos demandados: de forma principal dano moral (RE 472098) e contraditório (MS 24045).

⁵⁶¹ Ver gráficos em anexo.

⁵⁶² Reitero ser esse tipo de procedimento prejudicial à perspectiva de direitos fundamentais como base da agência individual (capítulo I) e relembro que na Índia as litigâncias de interesse público conferem legitimação extraordinária a quem quiser defender o grupo; já no Brasil, o Ministério Público detém tal legitimação assim como a Defensoria Pública a partir do momento que pode interpor Ação Civil Pública.

⁵⁶³ SANTOS, 2007(a), 27.

⁵⁶⁴ LINS, 2008, 9.

Parece que, motivada por imprimir juridicidade – e conseqüentemente eficácia aos direitos sociais – a melhor doutrina buscou adequá-los ao referencial conhecido e apto a significar que aquele direito não cairia no vazio, no mero simbolismo, e este referencial foi justamente o de direito subjetivo. Entretanto, a tradução da exigibilidade dos direitos sociais em direitos subjetivos opera, afinal, uma armadilha: a do tradicional sujeito de direito, isolado e atomizado, que o Estado Social superou.⁵⁶⁵

Diante disto, propõe ela um olhar diferenciado em direção aos direitos sociais no qual se reconheça a especificidade e diferença destes direitos e assim se assuma que eles ensejam uma *exigibilidade específica* de titularidade propriamente social. Seria a titularidade individual destes direitos residual e apenas exigíveis ante a possibilidade de ameaça ou violação do mínimo existencial.⁵⁶⁶

Além disso, ela assegura ser preciso ao voltar o olhar para o titular destes direitos, lembrar que o direito subjetivo foi formado e conformado ante o paradigma liberal-capitalista que os direitos sociais, gerados no marco do *welfare state*, tentam superar

Falar em titularidade social dos direitos sociais significa, em última instância, falar que *o homem, juntamente com seus demais, é co-titular de um direito*; significa eleger o princípio da inclusão e da concretização includente dos direitos. Assim, propõe-se a transição da categoria de titularidade para a de co-titularidade do direito social, requerendo a segunda relativa autonomia face à primeira (assim como a categoria de coação, por exemplo, é vista diferenciadamente da categoria de ação). A titularidade social dos direitos sociais é, portanto, uma co-titularidade. Por esta razão, a titularidade social dos direitos sociais implica as duas esferas de concretização: a esfera coletiva e difusa coexiste e complica a esfera individual.⁵⁶⁷

Congraço com a maior parte da perspectiva defendida por Lins. Reconhecer uma exigibilidade diferenciada e a titularidade primariamente social e residualmente individual destes direitos é assumi-los verdadeiramente como uma “nova” categoria jurídica que necessita de paradigmas próprios para realizar-se. Divirjo quando ela afirma ser a titularidade individual apenas sindicalizável diante do mínimo existencial.

Como deixa antever os argumentos trazidos no capítulo 01, entendo inadmissível a defesa de um mínimo existencial. Querer afirmar que com isso os direitos serão melhor operacionalizados é desconsiderar o quanto é difícil mensurar qual seria esse mínimo, especialmente, com base em um princípio de

⁵⁶⁵ LINS, 2008, 9.

⁵⁶⁶ LINS, 2008, 9-10.

⁵⁶⁷ LINS, 2008, 10.

difícil definição como a dignidade da pessoa humana. Além disso, admitir a existência de determinadas afrontas mais gravosas aos direitos fundamentais do que outras passa por admitir determinadas ofensas a estes direitos como não tão graves ou menos gravosas. Qualquer desrespeito aos direitos fundamentais é danoso e deve ser coibido. Se não é possível a execução direta da integralidade e universalidade de todos os direitos fundamentais é preciso se debater uma solução. Mas não esta.

Resta a questão: como preservar estes valores sem desonerar a Administração de se ver impelida a cumprir com a cota de direitos fundamentais sociais prevista constitucionalmente?

Para solucionar esses e inúmeros outros impasses, Souza Neto sugere a adoção de certos parâmetros materiais e processuais a serem utilizados pelos/a magistrados/as “como mecanismo de redução do ônus argumentativo” que não devem ser tidos “como postulados de observância peremptória”, ou seja, se houver razões para superá-los elas devem ter seu espaço.⁵⁶⁸

Os parâmetros propostos por ele são os seguintes: **A. Parâmetros Materiais:** (A.1) o Judiciário deve estar legitimado em uma esfera circunscrita à fundamentalidade material; (A.2) a atuação judiciária deve ser restrita aos hipossuficientes; (A.3) possibilidade de universalização da medida; (A.4) deve se considerar os direitos sociais em sua unidade; (A.5) prioridade para a opção técnica da administração; (A.6) prioridade para a solução mais econômica; (A.7) variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em política sociais; **B. Parâmetros Processuais** (B.1) prioridade para as ações coletivas; (B.2) legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas na hipótese de (B.2.a) dano irreversível, (B.2.b) inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído; (B.3) atribuição do ônus da provar a escassez de recursos à Administração; (B.4) ampliação do diálogo institucional.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ SOUZA NETO, 2010, 534-5.

⁵⁶⁹ SOUZA NETO, 2010, 534-546.

(A.1) o Judiciário deve estar legitimado em uma esfera circunscrita à fundamentalidade material.

O modo como o autor define a fundamentalidade material, embora não haja essa referência no texto, é extremamente conexo com definição de agência. Veja-se,

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).⁵⁷⁰

A diferença, de modo ultra simplificado, residiria no fato de que Amartya Sen vê esta autonomia pública como inserida na autonomia privada, pois integra a capacidade do agente decidir o interesse por participar ou não da vida pública e em que base ou nível de envolvimento.

Souza Neto sublinha ser preciso diferenciar sua proposta da definição do mínimo existencial o qual de acordo com ele se baseia em uma versão formal da liberdade ou numa versão minimalista da dignidade. Sua proposta, por outro lado, busca um critério material e não um critério formal para legitimar a atividade judiciária em relação a direitos sociais.

Para além do mínimo os direitos sociais também podem ser efetivados, mas sob reserva de lei. Se por um lado a teoria limita a exigibilidade judicial das medidas que se situam na periferia do mínimo existencial, por outro lado, incrementa ao máximo as que estão nele contidas.⁵⁷¹

Quando legitima a atuação judicial através do favorecimento da autonomia, Souza Neto se conecta extremamente com a perspectiva que venho defendendo. Prefiro persistir no uso da expressão capacidade de agente por todos os motivos expressos no Capítulo I, mas concordo que o Estado e o Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais só têm de se esmerar até um nível permissivo da capacidade de cada um escolher a vida que lhe apraz. Se alguns farão escolhas muito caras ou luxuosas a responsabilidade por elas pertence a si próprio/a.

Para tornar mais claro, ele exemplifica com o direito à educação. A defesa do mínimo existencial veria na educação fundamental a obrigação do Estado. Já a proposta da fundamentalidade material prevê todos os níveis educacionais como necessários e merecedores de investimento. Se algumas pessoas irão

⁵⁷⁰ SOUZA NETO, 2010, 535.

⁵⁷¹ SOUZA NETO, 2010, 537.

optar seguir estudando até o nível de doutorado e outras irão parar em níveis anteriores, depende tanto de escolhas pessoais quanto da possibilidade concedida a cada uma de desfrutar de outros direitos fundamentais favorecedores de sua autonomia (capacidade de agente).

(A.2) nesses casos a atuação judiciária deve ser restrita aos hipossuficientes;

Deduz-se da escassez de recursos a necessidade de priorização de determinados grupos que o autor nomeia de hipossuficientes, vinculando essa hipossuficiência a uma verificação caso a caso sob o requisito renda.

Os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.⁵⁷²

Há diversos pressupostos merecedores de atenção neste ponto. A alcunha hipossuficiente é bastante utilizada no direito do consumidor para denominar a fragilidade do consumidor ante a estrutura das empresas, como neste caso carrega uma noção de vulnerabilidade. Representou também um momento da Defensoria Pública que, quando instituída pela Constituição, era considerada hábil para cuidar apenas daqueles que comprovassem insuficiência de recursos. Como tratado no Capítulo 03, a Nova Lei Orgânica da Defensoria Pública atribuiu uma leitura mais abrangente ao dispositivo constitucional e prevê ser a atuação do órgão voltada para os indivíduos pertencentes a grupos historicamente credores de direitos fundamentais.

Como expressado anteriormente, a negação de direitos excede em muito o critério renda. Embora, seja inegável que a maior parte das pessoas com déficit de acesso a direitos tem também reduzida disposição de rendimentos, há casos em que essa ligação não se verifica. E mesmo nos casos em que este vínculo está presente, uma análise unidimensional descaracteriza o objetivo de permitir o desenvolvimento da capacidade de agente.

A Constituição brasileira reconhece a universalidade dos direitos sociais. O fato de não se restringir a determinada parcela da população é essencial para a promoção de políticas concretizadoras de direitos ao invés de programas assistencialistas.⁵⁷³ Não se concede direitos a alguém por esta pessoa ser

⁵⁷² SOUZA NETO, 2010, 538-9.

⁵⁷³ FIGUEIREDO, 2006, 120.

“vulnerável” ou “estar em situação de risco social”. Os direitos são prestados porque pertencem a todos os/as cidadãos/ãs por determinação constitucional.

No Brasil, tem se tornado comum as classes médias e altas⁵⁷⁴ suprirem as falhas na prestação de serviços estatais concretizadores de direitos arcando com estes com recursos próprios. Isso não legitima uma leitura compartimentada de direitos fundamentais apenas como pertencentes ou demandáveis por certa parcela da população.

Souza Neto aduz que ante a escassez, *“a universalização em sentido amplo deve figurar apenas como um objetivo a ser eventualmente alcançado pelas políticas sociais”*. Para ele, o legislador teria melhor possibilidade de julgá-las e é válido a estes/as optar por estender a todos/as determinadas políticas, mas seria essa abrangência inexigível pela via judicial.

Ora, a característica essencial das ações coletivas, defendida pelo autor, é o seu efeito indiscriminado. Ademais, de pronto isentar a universalidade da demanda por via judicial é assumir uma restrição que num determinado caso poderia não ser necessária.

Portanto, como defendi anteriormente, acredito ser válido e desejável levar em consideração os critérios de verificação da existência de defasagens continuadas no acesso a direitos fundamentais como modo de priorizar temporalmente determinados grupos. Nada impede que metas sejam firmadas para a ampliação paulatina, nisso se conforma o princípio da progressividade dos direitos sociais.

(A.3) possibilidade de universalização da medida;

Só seriam concessíveis medidas passíveis de universalização. O autor exemplifica que não pode o Judiciário obrigar a União a dar uma casa com fulcro no direito à moradia ou empregar um desempregado com base no direito ao trabalho.

Os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.

⁵⁷⁴ De acordo com o IBGE, Classe A: Renda acima de 30 salários mínimos, * Classe B: Renda de 15 a 30 salários mínimos, Classe C: Renda de 6 a 16 salários mínimos, * Classe D: Renda de 2 a 6 salários mínimos Classe E: Renda de até 2 salários mínimos. A classe média corresponde a classe C e a alta as classes A e B.

Seria desarrazoado imaginar que o Estado pudesse ser obrigado a conceder empregos ou moradia individualmente. Mas o debate em torno de políticas públicas direcionadas a debelar o desemprego, ou à construção de casas populares ou ao financiamento da casa própria são situações generalizáveis destes exemplos. Há a possibilidade de uma determinada medida se iniciar para atendimento de situações mais prementes e ir aos poucos ampliando-se.

Quando o autor afirma “*o atendimento das necessidades individuais sem considerar a possibilidade de universalização da medida para os hipossuficientes representa redistribuição de renda não informada por critérios publicamente justificáveis*”.

Estaria ele afirmando que qualquer desses direitos só poderiam ser concedidos casos o/a julgador tivesse certeza que seria possível ampliar tal direito para todos/as? Se assim for, me parece de difícil execução, pois como o Judiciário em casos individuais teria a oportunidade real de aferir a viabilidade da abrangência total? E mais, como na prática poderia contribuir para tornar essa abrangência real? Caberia apenas negar a concessão do direito com base nesse argumento e pronto?

Quem responde a estes dois últimos questionamentos é Liana Lins quando afirmar se preciso se conceder maior atenção ao artigo 7º da Lei 7347/85 segundo o qual “*se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis*”. Ou seja, ante um pleito individual no qual o/a juiz/a identifique a possibilidade de existência de uma violação geral deve comunicar ao MP o qual poderá (não há obrigatoriedade aí), se entender pertinente, iniciar inquérito civil público.⁵⁷⁵

Mas que solução seria dada ao caso individual? Ficaria ele sobrestado até a conclusão do inquérito civil público? Não, pois já foi reiteradamente decidido pela jurisprudência que os processos individuais independem dos coletivos. Agora, o que se defende aqui é que através de sua própria atuação os órgãos utilizem mais e divulguem a tutela coletiva.

⁵⁷⁵ LINS, 2008, 15 -7.

É preciso se assumir que para a operacionalização do Sistema de Garantias de Direitos Fundamentais proposto é preciso revelar à sociedade a necessidade de repensar o modo individualista com o qual se tem lidado com direitos sociais. Como afirmado por Lins, a leitura de direitos sociais confinados na categoria de direitos subjetivos é imprópria. Afirma mais que isso: ela é perniciosa. Ante as situações de escassez de direito em que se vive em países desiguais como o Brasil, essa visão de direitos sociais legitima um tipo de atuação claramente expressa no dito popular: *“a farinha é pouca, meu pirão primeiro”*.

A Defensoria Pública e o Ministério Público têm valorizado as ações coletivas tanto que a inclusão da Defensoria no pólo ativo da Ação Civil Pública respondeu a um clamor da instituição. Essa legitimidade compartilhada exige uma maior comunicação e parceria entre estes órgãos que ao se unirem em torno das demandas coletivas cumprem uma função essencial à proteção dos grupos credores de df's. Mas, se passarem a ter uma rixa sobre quem é o titular nato de determinada ação prejudicarão o Sistema ao invés de contribuir para o seu funcionamento.⁵⁷⁶

Obviamente, é necessário também poder contar com um Judiciário aberto a essa perspectiva. Como narrado por Bentes e Hoffmann, em muitos casos o Judiciário é tão refratário às demandas coletivas que obriga o Ministério Público a propor uma parceria diferente com a defensoria através da qual a DP se responsabiliza por realizar inúmeros pleitos individuais com base em dados do Inquérito Civil Público realizado.

Porém, mesmo com a existência de toda uma política em torno da coletivização dos pleitos relativos a direitos sociais, poderão remanescer demandas individuais. Qual a solução proposta para estas situações? Apresentarei minha proposta a seguir.

(A.4) dever de considerar os direitos sociais em sua unidade;

O importante é a garantia de uma vida digna e não o teor literal dos direitos sociais que podem inclusive ser intercambiáveis. Souza Neto exemplifica: o

⁵⁷⁶ Além disso, é importante que a Defensoria Pública institua Núcleos Específicos para a proposição de ações coletivas, pois os pleitos individuais do público da defensoria não podem ser desprezados (pensão alimentícia e defesa criminal, e.g.)

Estado não pode ser obrigado a prover emprego, mas está atado à necessidade de conceder valores via Políticas Públicas de Assistência Social.

A concretização judicial dos direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes não necessariamente a observância de cada direito social em espécie.⁵⁷⁷

Anuo com o pressuposto, mas discordo do desenvolvimento dado pelo autor. Olhar os direitos sociais em sua unidade é uma das facetas da indivisibilidade, interdependência e inter-relação continuamente defendidas nesta tese.

Agora, a questão não é se serão garantidos ou não cada direito em espécie, nem tampouco o fato de não existir essa obrigatoriedade em virtude de uma suposta intercambialidade entre eles.

O que está posto com o visualizar os direitos sociais em sua unidade é que, em virtude da interconexão entre os direitos fundamentais, a realização de um outro determinado direito (diferente daquele mais evidente) pode ser mais eficaz do que uma ação que sob um olhar mais superficial parecia atingir diretamente o direito violado.

Um caso vivenciado na Índia, que será melhor detalhado mais a frente, é capaz de ilustrar bem esse ponto. Trabalhadores/as indianos/as, a maior parte vinculada a fabricação de chás estavam sofrendo de insegurança alimentar. Foram registradas inúmeras mortes em virtude da fome entre eles/as. A solução mais óbvia e pela qual se optou inicialmente era a concessão de cupons alimentação, mas o problema poderia ser mais eficaz e perenemente resolvido com a determinação de salário mínimo, merenda escolar, dentre outras políticas gradativamente adotadas.

(A.5) prioridade para a opção técnica da administração;

As opções técnicas do administrador e do legislador devem prevalecer sob as opções do demandante.

Quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade *prima facie* sobre a segunda.

Como assevera Souza Neto a opção da administração ou do legislador não é incontestável. Apenas ante questões técnicas o/a juiz/a deve privilegiar o

⁵⁷⁷ SOUZA NETO, 2010, 541.

juízo feito pelos poderes públicos. Apresentadas evidências técnicas pelo/a demandante de que a opção do poder público não é a mais arrazoada, ou não é capaz de cessar a violação de direitos, essa vantagem do poder público não se verifica.

(A.6) prioridade para a solução mais econômica;

*Se há duas soluções técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos.*⁵⁷⁸

Quando a atuação do/a magistrado irá interferir na administração pública, me parece que, quando couber, ele/a deve estar adstrito/a aos princípios da administração pública, nesse caso, o da economicidade.

(A.7) variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em política sociais;

Se a administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas no setor. Se a administração não realiza esses investimentos o controle social deve ser mais intenso.⁵⁷⁹

Esse ponto se coaduna com a progressividade dos direitos sociais, pois assume que se o Estado está executando o orçamento destinado a certo direito, está adimplindo com sua obrigação de gradativamente assegurar o desfrute dos direitos sociais pela população. É preciso se sopesar a atitude estatal ante o caso concreto.

(B.1) prioridade para as ações coletivas;

Como regra geral, as demandas por prestações devem ser veiculadas através de ações coletivas, facultando-se o acesso direto aos litigantes individuais apenas excepcionalmente.

Já demonstrei concordância com este ponto reiteradas vezes. Acredito que posso prescindir aqui de novas considerações.

(B.2) legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas na hipótese de:

(a) dano irreversível,

⁵⁷⁸ SOUZA NETO, 2010, 539

⁵⁷⁹ SOUZA NETO, 2010, 541.

*O acesso direto aos litigantes individuais deve ser facultado (a) quando a não entrega da prestação possa causar dano irreversível...*⁵⁸⁰

Considerando-se o caráter residual da titularidade individual destes direitos, é realmente recomendável que os pleitos individuais sejam concedidos apenas na hipótese de haver ameaça de dano irreversível. Trata-se de raciocínio similar ao realizado para a concessão da tutela antecipada: ante a possibilidade de dano irreversível concede-se a tutela antecipada. Não existindo esse risco, instrui-se o demandante de que aquele é um pleito de natureza coletiva e assim deve ser demandado através do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de outro/a órgão legitimado no caso concreto.

(b) inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído;

...Ou (b) quando a prestação estiver prevista em texto legal ou em programa governamental, vedando-se sobretudo o comportamento contraditório.

Ficaria, impossibilitado, portanto, o uso do Mandado de Injunção individual? Colocar os cidadãos reféns da atuação legiferante não me parece uma boa solução. Até porque inúmeros fatores acarretam a inércia legislativa. O exemplo já clássico seria o da impossibilidade do/a companheiro/a homoafetivo desfrutar de benefícios previdenciários do/a parceiro/a. Não há em muitos municípios e estados norma regulamentadora deste direito, trata-se de um direito social e há jurisprudência abundante nas Cortes Superiores pela concessão. Seriam esses pleitos inviáveis? Discordo, portanto, deste requisito.

(B.3) atribuição do ônus da prova de que não têm recursos à Administração;

*‘ A prova de que não tem recursos para universalizar a medida requerida é da Administração Pública.’*⁵⁸¹

Esse item se apresenta em contradição com a defesa realizada pelo autor de que a universalização só seria requerida em face de hipossuficientes. Em respeito ao seu texto, assumirei, por conseguinte, que ele se refere a universalização para os/as hipossuficientes.

Ante a já assumida progressividade dos direitos sociais e a proposta que realizarei mais a frente neste Capítulo de uma atuação judicial diferenciada,

⁵⁸⁰ SOUZA NETO, 2010, 540.

⁵⁸¹ SOUZA NETO, 2010, 545.

acredito será demonstrada a desnecessidade deste item. Ressalto tão somente ser realmente difícil imaginar que o Estado, em cada processo individual ou coletivo, tivesse de apresentar todos os cálculos comprobatórios de não possuir recursos e o Judiciário possuir técnicos capazes de verificar a propriedade do apresentado, ou pior, exigir, da parte demandante a contratação de serviço técnico para fazê-lo.

(B.4) ampliação do diálogo institucional.

As decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser construídas a partir de um direito que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto que a decisão incidirá.⁵⁸²

Atentando para a defesa do SGDF multimencionada nesta tese, bem como para a valorização da interconexão também extremamente trabalhada, acredito não ser preciso realizar maiores comentários a este requisito para demonstrar que ele encontra-se em conexão com minha perspectiva. Além do que, uma centelha da proposta a ser apresentada no próximo item encontra-se exposta nele, mas me resguardo ao direito de dissecá-la mais a frente.

Os requisitos advogados por Souza Neto têm por intuito parametrizar a atuação tanto dos demandantes quando do sistema de justiça em torno das questões relativas a direitos prestacionais. Como demonstrado, concordo com algumas e contesto outras. Aquelas com as quais tenho concordância me auxiliaram na moldura que irei propor.

5.2

A Ampliação do Diálogo Institucional como Forma De Superação das Barreiras à Realização dos Direitos Fundamentais Prestacionais pela Via Judicial.

Upendra Baxi ao narrar o funcionamento da litigância de interesse público na Índia expressamente expôs, *“a geração de uma nova cultura judicial; a jurisdição da litigância de interesse social não é concebida como uma questão entre adversários, mas como um empreendimento colaborativo entre cidadãos, tribunais e o Executivo.”*⁵⁸³ Esse tipo de perspectiva ao invés de prejudicar a

⁵⁸² SOUZA NETO, 2010, 534-546.

⁵⁸³ BAXI, 2007, 21.

democracia, a favorece. Por isso, irei tentar explorá-la aqui ante a realidade brasileira.

Liana Lins propôs uma revisão da perspectiva de direitos sociais enquanto direitos subjetivos, igualmente essencial ao desenrolar da proposta. Sem desprezar todas as importantes contribuições que seu texto trouxe a esta tese, cabe dizer que a solução processual proposta por ela para lidar com a questão está na base do que pretendo desprezar.

A autora propõe a utilização da tutela inibitória como meio de forçar o Executivo a cumprir as decisões judiciais nas quais se determinem a concessão de direitos prestacionais.

Finalmente, se antes se definiu pela tutela coletiva, em especial ação civil pública, como via adequada a permitir o controle judicial das omissões administrativas, verifica-se que esta deve ser manejada por meio da tutela inibitória, impondo-se o *facere* em cujo inadimplemento consiste o ilícito a ser inibido. A tutela inibitória, na forma coletiva antes proposta, encontra plena guarida no ordenamento processual pátrio.⁵⁸⁴

Prevê ela como instrumentos válidos para forçar o Poder Público a sair da inércia: multa e a determinação de prisão por descumprimento de ordem judicial. Esse tipo de solução não favorece ao direito, gera imensa controvérsia e não é representativa de uma abordagem baseada num Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais (SGDF) e na interconexão entre direitos fundamentais.

Tenho defendido que a co-responsabilidade pela realização dos direitos fundamentais é parte intrínseca da interconexão entre os mesmos. Posturas inibitórias com fulcro na mera coerção não ensejam um modo de se estabelecer, nem legitimar um SGDF, nem tampouco um estado de direito que tenha como norte a valorização da capacidade de agente de seus cidadãos (sejam eles os/as desprivilegiados/as no desfrute de direitos ou os/as gestores/as públicos).

Concordei com Lins quando ela advogou ser a moldura dos direitos subjetivos imprópria para a categoria dos direitos sociais. Agora, acredito que é preciso avançar ainda mais no modo de sentenciamento das decisões judiciais. Se não se está lidando com direitos tradicionais, se é preciso os visualizar a partir de novos paradigmas constitucionais, é igualmente, em meu entender, preciso se propor novas formas de se manejar com os conflitos deles derivados. A África do Sul e a Índia se depararam com o mesmo dilema, logo expor as

⁵⁸⁴ LINS, 2008, 25.

soluções por eles construídas é essencial para o desenrolar da proposta que apresentarei.

É importante notar que todos os casos narrados abaixo atingem de forma direta os grupos credores de direitos estudados e são relativos ao período trabalhado. No entanto, não entraram no critério quantitativo por não revolverem em torno do grupo: outras pessoas também são atingidas pela violação. No entanto, é forçoso lembrar que na Índia e na África do Sul esses grupos realmente têm um histórico tal de segregação e violação de direitos que os tornam componentes majoritários de diversas formas de negação de direitos fundamentais. Ainda assim, a cor dos petionários é citada apenas incidentalmente nos votos da Corte Constitucional sulafricana e os *dalits* são citados em algumas ordens específicas da Suprema Corte indiana.

Casos paradigmáticos postos perante a Corte Constitucional sulafricana se referem a direitos sociais. As políticas do Apartheid impediam o livre deslocamento e aprisionavam pessoas sem direito a julgamento. Em adição, eram em grande medida restritivas de DESC's, quando impunham o deslocamento forçado, ou assumiam que as pessoas negras não mereciam mais educação do que poderiam usufruir, ou negavam cuidados médicos decentes aos não-brancos. Acontece que a era pós-Apartheid tentou rever os erros em termos de liberdade política e direitos civis, mas agiu diferente com relação aos direitos sociais. *“A maior parte das disputas entre o Estado sulafricano e os movimentos sociais têm a ver com as políticas macroeconômicas neoliberais do governo. Essa política não só deixou o odioso legado do Apartheid não tratado, como na verdade o exacerbou.”*⁵⁸⁵

A partir do momento que a própria política governamental era prejudicial ao exercício destes direitos, restava aos movimentos sociais buscar outras arenas. A Corte Constitucional com suas decisões de vanguarda e sua composição diversa apresentou-se como cenário perfeito. O primeiro destes casos se refere a um paciente terminal requerendo tratamento paliativo para a melhoria do seu bem-estar. A Corte denegou o pedido.⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ *“Most of the disputes between the South African state and social movements have to do with the government’s neoliberal macro-economic policy. This policy has not only left the odious legacies of apartheid untreated, it has actually exacerbated them.”* MADLINGOZI, 2009, 31.

⁵⁸⁶ Soobramoney Case. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za>>

O segundo caso se referia ao direito à moradia. Mais de 900 pessoas haviam sido despejadas de suas casas nas quais viviam há anos por tratar-se de terreno particular. Quando deste caso, a Corte avaliou não ser possível permitir tamanha violação de direitos, mas tendo ciência da dificuldade de se realizar direitos sociais por meio de decisões judiciais cuidou de prover uma decisão detalhada e na qual se previsse a fiscalização de cumprimento por um órgão de monitoramento por ela designado para a função (a Comissão de Direitos Humanos).⁵⁸⁷

A Corte Constitucional quando assumiu suas funções causou grande expectativa e tornou-se um dos grandes símbolos institucionais da nova África do Sul. No entanto, quatro anos depois, as injustiças do passado ainda permaneciam lacerando os/as sulafricanos/as negros/as e coloridos/as. Impedir que os efeitos do Apartheid se perpetuassem teria de ser parte essencial do mandato da Corte. Assim, ao se deparar com Irene Grootboom e as centenas de pessoas lideradas por ela,

Nós dissemos que a falta de disposições especiais de emergência não era razoável, e o que depois **se tornou muito claro para nós foi o significado da chamada indivisibilidade dos direitos humanos**. O direito de acesso a uma habitação adequada não pode ser separado do direito à dignidade humana. Isso se torna especialmente claro quando as pessoas, particularmente as mulheres negras, se encontram em situações onde elas não têm absolutamente nada, estão em uma situação de crise ou de emergência, ou não existe nenhum programa no qual possam se apoiar. Demandamos ao governo que desenvolvesse tal programa. Apesar de não entrar em detalhes, indicamos que um programa como este pode assumir muitas formas e pode envolver a distribuição de terras para as pessoas, proporcionando recursos para empréstimos à habitação, e realizando a construção de casas de tijolo. Indiretamente, pode até envolver aumentar a economia de modo que as pessoas tenham renda disponível. Há toda uma série de medidas que estão envolvidas.⁵⁸⁸ (tradução livre da autora/Grifos meus)

⁵⁸⁷ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za>> Para uma ainda mais completa e detalhada, ver <http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/22/sachs.pdf?rd=1>

⁵⁸⁸ we said the lack of special emergency provisions was unreasonable, and **what thereafter became very clear to us was what is called the indivisibility of human rights**. The right of access to adequate housing cannot be separated from the right to human dignity. This becomes especially clear when people, **particularly black women**, find themselves in situations where they have absolutely nothing at all, are in a crisis or emergency situation, or there is no program on which they may call. We ordered the government to develop such a program. Although we did not get into the details, we indicated a program like that can take on many forms and can involve giving land to people, providing financing for housing loans, and performing construction of brick housing. Indirectly, it may even involve augmenting the economy so that people have disposable income. There is a whole range of measures that are involved. Para uma ainda mais completa e detalhada, ver <http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/22/sachs.pdf?rd=1>

Nesta ocasião a Corte moldou a “análise da razoabilidade” (*reasonableness review*), segundo a qual a Corte não se prestará a questionar se medidas diversas deveriam ter sido adotadas. O crucial será perquirir se as medidas adotadas foram razoáveis. Permitir que todas aquelas famílias fossem despejadas após décadas vivendo no local sem lhes conceder qualquer alternativa era inaceitável. Portanto, a Corte decidiu pela procedência do pedido e determinou a execução de uma política pública de habitação. Ao invés de se imiscuir nas escolhas administrativas, os/as juízes estabeleceram padrões a serem observados. A política deveria ser: (01) abrangente, coerente e coordenada; (02) provida de fundos e recursos humanos suficientes; (03) concebida e implementada com razoabilidade; (04) transparente e eficiente.

Além disso, assumiu o caráter progressivo dos direitos prestacionais, o que, diga-se, é expresso na Constituição⁵⁸⁹ e designou como responsável por fiscalizar a execução da ordem a Comissão de Direitos Humanos. Ainda assim ativistas do direitos a moradia impacientes consideram a decisão meramente declaratória. Realmente, seus efeitos não foram imediatos e levaram mais tempo do que seria de se esperar para uma decisão concretizadora de um direito fundamental. Irene Grootboom, a petionária que emprestou nome ao caso, faleceu oito anos depois da decisão ser prolatada sem jamais ter recebido a casa prometida.⁵⁹⁰ Ainda assim, além de ser um caso paradigmático através do qual se iniciou uma mudança de perspectiva da Corte sob a efetivação de direitos sociais, autores há que reconhecem:

A passagem do tempo tem mostrado que essas críticas não eram justificáveis. Nos cinco anos desde que Grootboom foi proferida tem havido uma lenta, mas inexorável mudança na política habitacional nacional para a posição defendida pelo Tribunal. Começando com a adoção do Programa Emergencial de Habitação, e, mais recentemente, com a total reorientação da política habitacional para atender as necessidades de assentados informais, a abordagem do Estado sobre moradia é hoje mais próxima do tipo de política que o Tribunal expressou em Grootboom ser constitucionalmente requerida. Esse resultado poderia, naturalmente, ser mera coincidência: pode ser que a política habitacional na África do Sul tivesse mudado desta forma, mesmo sem a intervenção do Tribunal. Mas existem várias razões para pensar que Grootboom fez a diferença. Por um lado, Grootboom é citado em alguns dos documentos políticos importantes que assinalaram esta mudança. Por outro lado, algumas das opções políticas subjacentes ao novo programa estão muito próximas às recomendadas na Grootboom para serem completamente não-relacionados (com o caso). Mesmo que essas escolhas não possam ser diretamente atribuídos ao acórdão,

⁵⁸⁹ LIEBENBERG E WOOLMAN e WOOLMAN, 2008, 306-7.

⁵⁹⁰ Disponível em: <http://www.mg.co.za/article/2008-08-08-grootboom-dies-homeless-and-penniless>

Grootboom, pelo menos, criou um ambiente em que essas escolhas podem ser abertamente debatidas.⁵⁹¹

A Corte formou paulatinamente uma nova jurisprudência em torno de direitos sociais que se tornou referencial em diversos outros países. No caso seguinte, o pedido tratava do fornecimento de medicamentos para pacientes mulheres grávidas diagnosticadas como HIV positivo. Quem interpôs a ação foi a *Treatment Action Campaign*, um coletivo social formado em torno do tema⁵⁹² e a Corte ousou ainda mais. A decisão, neste caso, não se referia tão somente a reconhecer o direito e expor diretrizes orientadores. Tratou-se de uma decisão mandatória de fornecimento de medicamentos. Até então, mesmo como resultados científicos comprovados em outras partes do mundo de que as mulheres grávidas às quais fossem fornecidos o coquetel anti-retroviral não transmitiam o vírus para o feto, a política do Estado era de proibição de fornecimento em massa.

Para conseguir o cumprimento da decisão, o movimento teve de interpor a ação constitucional. Além disso, criou uma rede de debate público sobre o assunto, levando a sociedade a discuti-lo. A decisão da Corte engendrou a modificação das políticas públicas de tratamento do HIV, permitiu o ressoar do debate social e contribuiu para legitimar o *Treatment Action Campaign*, hoje um movimento social reconhecido em todo o país que persiste atuando com o tema do HIV através de *advocacy*, ações judiciais, estudos, etc.⁵⁹³ Como se vê os efeitos desse tipo de decisão têm excedido o mero pedido e não é porque a Corte atende a mais do que lhe foi requerido. Mas, por o debate passar a reverberar na sociedade:

⁵⁹¹ The passage of time has shown that these criticisms were not justified. In the five years since Grootboom was handed down, there has been a slow but inexorable shift in national housing policy towards the position preferred by the Court. Beginning with the adoption of the Emergency Housing Programme, and more recently with the wholesale reorientation of housing policy to cater to the needs of informal settlers, the state's approach to housing today is closer to the kind of policy that the Court in Grootboom said was constitutionally required. That result could, of course, be entirely coincidental: it may be that South Africa's housing policy would have changed in this way without the intervention of the Court. But there are several reasons to think that Grootboom did make a difference. For one, Grootboom is cited in some of the major policy documents that have signalled this shift.⁴ For another, some of the policy choices underlying the new programme are too close to those recommended in Grootboom as to be entirely unrelated to it. Even if those choices cannot be directly attributed to the judgment, Grootboom at the very least created an environment in which such choices could be openly debated. LIEBENBERG, 2008, 114-115

⁵⁹² Ver *Minister of Health v Treatment Action Campaign* (No 2) 2002 (5) SA 721 (CC); 2002 (10) BCLR 1033 (CC) Hereinafter referred to as the "TAC case" Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za>>

⁵⁹³ Disponível em: <http://www.tac.org.za/community/> Acesso em: 12.06.10

O exemplo da jurisprudência sul-africana tem obtido efeitos revolucionários, ajudando a comunidade mundial a entender que é possível apoiar ao mesmo tempo um papel judicial ativo na área dos direitos sociais e a primazia das autoridades políticas.⁵⁹⁴

Assiste-lhe razão. Os dois casos receberam respostas favoráveis da Corte Constitucional e nela não havia a usurpação pela Corte dos poderes democráticos. A determinação se referia a que o Executivo orquestrasse políticas públicas para a realização destes direitos. A questão de como elas seriam feitas, os recursos despendidos e os métodos a serem usados cabiam ao/à Administrador/a decidir.

Ainda assim, esse caso foi extremamente bem sucedido e gerou um debate público nacional sobre o assunto, trazendo para a arena não só o movimento, o Judiciário e o Executivo, mas também a academia, as empresas (públicas e privadas) e a população em geral. Enquanto em 2000 a Índia comemorava um índice de crescimento três vezes maior do que o Brasil, os movimentos sociais iniciavam uma intensa batalha legal pelo direito à alimentação adequada. Centenas de indianos/as, muitos/as deles/as trabalhadores/as, estavam morrendo de fome, caracterizando não só violação ao direito à vida e à segurança alimentar mas também a configuração de trabalho escravo. *“Essa petição foi proposta num tempo em que os estoques de comida do país atingiam níveis sem precedentes enquanto a fome nas áreas afetadas se intensificava.”*⁵⁹⁵ (tradução livre da autora)

Através da *Writ Petition* 196/01 mais conhecida como *Right to Food Case*⁵⁹⁶ a organização *People Union for Civil Liberties* processou inicialmente a União, seis unidades da federação e a empresa *Food Corporation of India*. Com o decorrer do processo, todos os demais estados foram acrescidos ao pólo passivo. A flexibilidade dos processos de litigância de interesse público foi

⁵⁹⁴ GARGARELLA, 2010, 220.

⁵⁹⁵ *“This petition was filed at a time when the country's food stocks reached unprecedented levels while hunger in drought-affected areas intensified.”* AGRAWAL e GONSALVES, 2007, VIII.

⁵⁹⁶ A Suprema Corte indiana já teve de lidar com outros casos sobre o direito à alimentação. No caso Kishen Pattanayak foram denunciadas várias mortes no Estado de Orissa causadas pela Fome, mas quando o caso chegou, o governo provou já estar tomando as medidas adequadas. No caso CESE v Subhash Chandra Bose, a Corte reconheceu que tanto a Constituição quanto o PIDESC dispõem sobre o direito à alimentação, à moradia, a roupas, dentre outros. Assumiu ainda a Corte que “o direito à justiça econômica e social é também um direito fundamental. (*“the right to social and economic justice is thus a fundamental right.”*) Justice BN Srikrishna 5

essencial para este caso, pois permitiu não só o acréscimo no pólo passivo como também o aditamento dos pedidos por diversas vezes.

A litigância de interesse público sobre o direito à alimentação tem sido debatida no Supremo Tribunal há vários anos. Com o tempo, o âmbito do litigância de interesse público tem expandido consideravelmente. Hoje, ele abrange uma ampla gama de questões relacionadas com o Direito à Alimentação, incluindo a implementação de ações específicas relacionadas com alimentos, a miséria urbana, o direito ao trabalho, as mortes por fome, e até mesmo questões gerais de transparência e responsabilidade.⁵⁹⁷

A Suprema Corte conheceu o caso, assumiu como válido o argumento de que a situação de fome atingia o artigo 21 (direito à vida) e passou a lidar com ele através de “interim orders” (medidas cautelares) nas quais eram determinadas providências para sanar ao longo do processo as situações que acarretavam (ou majoravam a situação de fome), dentre elas: (01) a distribuição de cartões alimentações em valor maior e 02) a obrigatoriedade da merenda escolar; (03) a melhoria do *Integrated Child Development Scheme*, uma Política Pública para a criança até sexta que traz um pacote de medida de nutrição suplementar, serviços de saúde e pré-escola.⁵⁹⁸

Além de ordens diretas como essas a Suprema Corte passou a exarar o que ficou conhecido com “Determinações Guarda-Chuvas” (Umbrella Orders) nas quais estabeleciam outras medidas necessárias para o alívio da fome: (01) política de emprego preferencial para aqueles que estavam em situação de fome, especialmente, para *dalits*, castas cadastradas e tribos cadastradas; (02) determinação de fiscalização da empresa indiana de distribuição de comida; (03) a obrigatoriedade do uso pelos estados de toda a verba repassada para tais programas; (04) proibição da interrupção; (05) divulgação das decisões da Corte nos meios midiáticos e diretamente à população envolvida. Para este último objetivo, a divulgação deveria ser realizada na língua da comunidade local.

O monitoramento de cumprimento das ordens é fiscalizado por dois Comissionários Federais nomeados pela Corte, além de Comissionários Estaduais. Ademais, a Corte implicou os *Gram Sabhas* (Conselhos Populacionais) dos *Gram Panchayat* (organização governamental de vilas e

⁵⁹⁷ The PIL on the right to food has been fought in the Supreme Court for several years. Over time, the scope of the PIL has considerable expanded. Today, it covers a wide range of issues related to the Right to Food, including the implementation of food related schemes, urban destitution, the right to work, starvation deaths, and even general issues of transparency and accountability. HRLN, 2007, viii.

⁵⁹⁸ HRLN, 2007, 6

pequenas cidades) na fiscalização e ainda a população a partir da divulgação em massa.⁵⁹⁹

Colin Gonsalves afirma ter a atuação dos Comissionários um misto de resultados. Por não terem poder coercitivo sobre os órgãos governamentais, os Comissionários são muitas vezes ignorados, embora a Suprema Corte já tenha exarado ordem no sentido de ser obrigatória a pronta resposta. Por outro lado, em outras localidades eles/as têm tido uma papel primordial em levar as medidas cautelares a serem cumpridas, bem como, têm intervindo e denunciado quando se defrontam com violações de direitos.⁶⁰⁰

A noção indiana de direito é extremamente conexa com a de dever.⁶⁰¹ Assim, torna-se pacífica a dedução de “*a lei se aplica para todos, e portanto todo cidadão tem um dever de dar cumprimento às ordens da Suprema Corte.*” De fato, todo o desenrolar deste processo traz na prática grande parte do que tenho defendido como um Sistema de Garantias de Direitos Fundamentais.

Similar à África do Sul com a legitimação do movimento, a atuação do grupo se expandiu para campanhas, ações de *advocacy* e estudos. No momento, uma das lutas se refere a pressão pela aprovação do *Right to Food Act* aberta para assinaturas através do website do grupo.⁶⁰²

Tanto na África do Sul quanto na Índia esses processos têm legitimado a ascensão de movimentos sociais, pois não há órgãos públicos, como o MP e a Defensoria, capazes de atender esta demanda. O efeito positivo é evidente, especialmente considerando o Sistema de Garantia de Direitos que vem sendo suscitado. Porém, há de se assumir o caráter negativo da inexistência de institucionalidade. O maior deles é a “procura reprimida”, para persistir no uso da terminologia proposta por Santos. Grande parte dos direitos violados não consegue ser levado perante as Cortes por impossibilidade destas organizações de atender a totalidade dos casos. Em havendo institucionalidade, tais movimentos poderiam trabalhar em parceria, mas não teriam de carregar todo o fardo em ônus próprio o que incontestavelmente dificulta sua atuação.⁶⁰³ Poderiam em verdade atuar como pontes entre os cidadãos e as instituições,

⁵⁹⁹ HRLN, 2007, 37-9.

⁶⁰⁰ AGRAWAL e GONSALVES, 2007, XI.

⁶⁰¹ Como melhor trabalhado no Capítulo 03.

⁶⁰² Disponível: http://www.righttofoodindia.org/right_to_food_act_intro.html

⁶⁰³ Disponível: <http://www.righttofoodindia.org/>

bem como na fiscalização pública das atuações dos órgãos e do cumprimento das decisões judiciais.

Interessante notar que esses casos não foram escolhidos com o intuito de serem comparáveis com o Brasil. Tão somente, estes são os julgados mais famosos demarcadores de uma nova perspectiva em termos de decisão judicial a respeito de direitos sociais nestes países. No entanto, a paridade temática é patente. Embora, os meios de realização sejam diversos.

Foi através das demandas propostas pelas Organizações Não-Governamentais brasileiras que se principiou o debate judicial a respeito dos medicamentos anti-retrovirais e gradativamente se edificou o premiado programa contra a AIDS brasileiro. O direito à alimentação voltou ao debate após anos no ostracismo com a Campanha Capitaneada por Herbert de Souza do IBASE. Em 2003, se tonou uma política pública governamental e foi criado o Conselho Nacional de Segurança Alimentar que, além de inúmeras ações de *advocacy*, liderou uma Campanha pela Aprovação da Lei de Segurança Alimentar, requerendo assinatura pelos mais diversos meios, inclusive o eletrônico, bem como fez intensa campanha pela aprovação da Emenda Constitucional 64/10 que incluiu o direito à alimentação no artigo 6º da Constituição. O direito à moradia ainda é objeto de luta por inúmeros movimentos sociais, objeto de políticas públicas governamentais e de polêmica sobre a possibilidade ou não de sua judicialização, "não obstante tenha igualmente sido incluso no artigo 6º da Constituição pela Emenda 26/00.

As experiências da Índia e da África do Sul demonstram resultados concretos na realização de direitos sociais a partir de decisões da Corte Suprema. Note-se que o instrumento de realização destes direitos não é a tutela inibitória. O cumprimento não é assegurado através de ameaça de prisão, ou multa, ou mesmo o seqüestro de dinheiro público – instrumentos utilizados e defendidos por autores/as brasileiros/as. Trata-se de uma visão de parceria entre as funções

Dentro do princípio da *public interest litigation* indiana está o de não ver o Executivo como parte ré na ação. Considera-se que se há violação de um direito fundamental, há a necessidade de atuação de todos os poderes em prol de sua efetivação.

Assumi a necessidade de se olhar os direitos quando em seu caráter prestacional por uma lente diferenciada, como sugerido por Lins: a da exigibilidade específica de titularidade social que se manifesta primariamente através das tutelas coletiva e difusa e apenas subsidiariamente na tutela individual. Esse modo diferenciado de vê-los, exige também um tratamento diverso, por isso concordei com Souza Neto em relação a determinados parâmetros, os quais aqui exponho já adaptados às minhas abordagens nesta tese:

(01) o judiciário deve estar legitimado em uma esfera circunscrita à fundamentalidade material que permite às pessoas o desenvolvimento/aprimoramento de sua capacidade de agente;

(02) a atuação do judiciário deve dar prioridade ao atendimento de demandas por direitos fundamentais formuladas pelos grupos historicamente credores destes direitos;

(03) todos direitos fundamentais devem ser lidos e aplicados a partir de sua indivisibilidade que os vê como parte do todo; interdependência que assume a necessidade de um para a realização do outros; e inter-relação que visualiza na fruição de um o aprimoramento de outro;

(04) ante um pedido sobre algo no qual já exista uma posição técnica da administração ou do legislativo a respeito, essa deve ter prevalência, só sendo contestável mediante prova de sua ineficácia para a proteção do direito a ser protegido;

(05) a solução mais econômica deve ser priorizada, conquanto não restrinja a realização ou usufruto dos direitos fundamentais;

(06) ante a progressividade dos direitos fundamentais prestacionais deve ser considerado o nível de avanço e o investimento em prol destes direitos por aquela esfera de governo que está sendo demandada;

(07) prioridade para as ações coletivas, pois como já se assumiu com base na proposta de Lins, os direitos prestacionais detêm exigibilidade específica de titularidade social que se manifesta primariamente através das tutelas coletiva e difusa e apenas subsidiariamente na tutela individual;

(08) ampliação do diálogo institucional.

Lastreada nas experiências sulafricana e indiana, formulo uma proposta de desenvolvimento do item oito, visando a ampliação do diálogo institucional entre as funções estatais quando de decisões judiciais acerca de direitos prestacionais. Já se viu que o modo atual do Judiciário impor ao Executivo o cumprimento de determinadas ordens têm gerado uma intensa polêmica, bem como a ineficácia de certas decisões ou mesmo o prejuízo de certas políticas públicas universais, em desprezo de uma grande coletividade à qual não foi oportunizada a demanda judicial.

O artigo 5º da Lei 7.347/85 determina a possibilidade de o Ministério Público propor Termo de Ajustamento de Conduta à norma legal, valendo o acordo firmado como título Executivo extrajudicial.⁶⁰⁴ Por ser considerado um modo da atitude do pactuante se adequar à norma legal, não existe transação neste procedimento. No entanto, é comum o estabelecimento de metas e prazos viáveis para adimplemento.

No instituto da Mediação, por outro lado, a transação é possível. Trata-se de um procedimento no qual as partes em conflito irão se colocar diante de um/a terceiro/a imparcial incumbido/a de equacionar a disputa em prol de uma solução. De acordo com recente Manual de Mediação lançado pelo Ministério da Justiça,

O mediador é uma pessoa selecionada para exercer o *munus* público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra - pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades.⁶⁰⁵

De acordo com o Manual, o juiz não deveria atuar como mediador, pois se a mediação falhar irá julgar o caso. Uma posição ambígua de mediador/julgador seria passível de gerar desconforto entre as partes e a acarretar numa falha no procedimento.

Não sugiro neste caso a adoção de nenhum desses procedimentos. Pela breve explanação acima já se demonstra a inadequação deles para esse propósito. No entanto, me pareceu interessante demonstrar que no Brasil também existem exemplos bastante concretos e contemporâneos de uma nova

⁶⁰⁴ Havia uma polêmica concernente à vigência ou não do dispositivo incluído pelo Código de Defesa do Consumidor que teria sido vetado. No entanto, como o veto jamais foi publicado, o STJ já exarou diversas decisões considerando o dispositivo vigente (vide Resp 222582).

⁶⁰⁵ AZEVEDO, 2009, 5.

forma de se realizar direitos desatados de uma visão tradicional através da qual todos os conflitos precisariam ser judicializados e serem colimados por uma ordem coercitiva.

Tenho defendido a importância do Judiciário, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo dos Tribunais de Justiça, para a defesa e efetivação de direitos fundamentais que estão sob sua máxima guarda. Questiono neste momento, porque o Ministério Público ou Mediadores Públicos/Privados⁶⁰⁶ detêm a faculdade de mediar os conflitos e à mais alta instância judicial isso seria defeso?

O controle concentrado de constitucionalidade pelo seu caráter singular - sem lides ou partes e com efeitos sobre todos/as - exigiu a adequação dos procedimentos. A inexistência de contraditório e a relevância social dos debates legitimou a entrada no Brasil do instituto do *Amicus Curae* e o estabelecimento de Audiências Públicas nestes processos e isso se deu inicialmente por decisão do STF para posteriormente se tornar parte da legislação.

O Judiciário, que tem fama de tradicionalista e averso a mudanças, é na verdade a função pública que mais tem se atualizado e se aberto para adequar-se ao seu novo papel na configuração social contemporânea. Os exemplos da Índia, Brasil e África do Sul colimados acima são exemplares desta tendência.

No entanto, no que se refere aos processos nos quais se cogitam direitos fundamentais em seu caráter prestacional, há uma tendência do próprio Judiciário a auto-conter-se. Como relatado por Hoffmann e Bentes, a promotoria pública, ciente de que ações coletivas em torno de direitos sociais não são bem vista e tendem a ser mais negadas do que pleitos individuais, organiza-se e forma parceria com a Defensoria Pública para propor diversas ações judiciais individuais sobre tais direitos.⁶⁰⁷ Essa postura auto-contida refreia a assunção dos direitos sociais como novos direitos de titularidade primariamente social e acarretam em todos os prejuízos já extensamente narrados nesta tese.

Se o maior argumento para a auto-contenção é a preocupação em não interferir indevidamente na esfera da Administração Pública essa barreira está

⁶⁰⁶ De acordo com o Manual de Mediação do MJ os mediadores não devem ser os/as juízes por terem a possibilidade de serem posteriormente os julgadores do caso. Logo, sua função se tornaria híbrida e intimidaria as partes. AZEVEDO, 2009, 15.

⁶⁰⁷ HOFFMANN E BENTES, 2010, 315 e ss.

ultrapassada quando se pensa uma decisão judicial na qual a parte demandada é ouvida não para apresentar desculpas e excusas sobre porquê não forneceu o remédio, a escola, a moradia, mas para apresentar um plano por ela elaborado com compromissos, metas e prazos.

No Brasil, todos os instrumentos já estão dados ao Judiciário. Caso o Executivo não cumpra os compromissos assumidos, é possível se interpor Reclamação para o cumprimento do julgado. O problema indiano e sul-africano de nomear Comissários sem conhecimento técnico-jurídico para exigir o cumprimento igualmente não se apresenta, pois o Ministério Público pode ser considerado o detentor nato desta prerrogativa fiscalizatória e possui todo o conhecimento técnico necessário para atuar em caso de inadimplemento.

Finalizando o Capítulo...

A judicialização dos direitos sociais é uma questão com a qual os sistemas de justiça de inúmeros países tem se deparado, apresentando as mais diversas soluções. Por muito tempo, a inspiração brasileira proveio de países nos quais esses direitos não estão contemplados constitucionalmente e nos quais os déficits de acesso a estes direitos é bem menor do que o aqui identificado.

Desta forma, considere enriquecedor poder me deparar com a questão em dois países com um histórico econômico-social similar. Porém, ao principiar o estudo, não tinha conhecimento das soluções orquestradas nestes países, nem do sucesso das mesmas. Tais países possuem déficits institucionais não detectados no Brasil, porém ao enfrentar o problema da não realização de direitos sociais optaram por uma via conciliatória que lhes trouxe resultados de sucesso ante os prognósticos mais pessimistas.

Não visualizo qualquer impedimento a um debate público a respeito de soluções deste naipe no Brasil. Pelo contrário, elas arrefeceriam inúmeros dos argumentos utilizados para se negar a possibilidade de uma decisão judicial a respeito de direitos fundamentais prestacionais.