

PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: A IMPORTÂNCIA DA AVALIAÇÃO EMPÍRICA NO DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E SUA LEGITIMIDADE

JUDICIARY AND PUBLIC POLICIES: THE IMPORTANCE OF EMPIRICAL EVALUATION IN THE DEBATE ON JUDICIAL ACTIVISM AND ITS LEGITIMACY

Thiago Alves Ribeiro

RESUMO

Neste breve ensaio apresento algumas das mais importantes questões que permeiam o debate sobre o papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Procuo identificar alguns dos argumentos mais recorrentes no debate sobre a judicialização das políticas públicas para, em seguida, indicar possíveis problemas que o chamado ativismo judicial pode gerar nessa seara; questões que muitas vezes só podem ser constatadas com mais clareza por meio de pesquisas empíricas que apontem quais têm sido as conseqüências do ativismo judicial nas políticas públicas.

Ressalto a importância de definir o que são direitos sociais, tendo em vista as implicações negativas de uma interpretação equivocada do dispositivo constitucional. A partir da discussão sobre o risco do ativismo judicial e de seus resultados concretos, suscito as questões que considero fundamentais para a definição do papel do Judiciário.

Por fim, apresento minha posição acerca de qual deve ser o papel legítimo do Poder Judiciário no controle das políticas públicas que busquem a realização dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos (art. 6 da CRFB/88).

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; Políticas Públicas; Ativismo Judicial

ABSTRACT

In this brief essay I present some of the most relevant issues that permeate the debate on the role of the Judiciary and its regulation of public policies. I indicate some of the most recurring arguments on the judicialization of public policies in order to point out potential problems that the so-called judicial activism might cause; issues that often can only be observed more clearly by means of empirical research that evidence the consequences of such judicial activism.

It is emphasized the importance of defining social rights, in view of the negative implications of an erroneous interpretation of the constitutional provision. From the discussion on the risk of judicial activism and its concrete results, I raise up issues that, in my opinion, are pivotal to define the role of the Judiciary in this matter.

Finally, I present my position on what should be the legitimate role of the judiciary in regulating public policies that seek the realization constitutionalized social rights (art. 6 CRFB/88).

KEYWORDS: Judiciary Power; Public Policies; Judicial Activism

INTRODUÇÃO

Neste breve ensaio apresento, inicialmente, algumas das mais importantes questões que permeiam o debate sobre o papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Nesse sentido, procuro identificar alguns dos argumentos mais recorrentes no debate sobre a judicialização das políticas públicas para, em seguida, indicar alguns dos perigos que o ativismo judicial nessa seara.

Ressalto a importância de definir o que são, de fato, direitos sociais, tendo em vista as implicações que uma interpretação equivocada do dispositivo constitucional acarretaria e que, na prática, têm acarretado. A partir da discussão sobre o risco do ativismo judicial e de seus resultados concretos, suscito as questões que considero fundamentais para a definição do papel do Judiciário.

Por fim, apresento minha posição acerca de qual deve ser o papel legítimo do Poder Judiciário no controle das políticas públicas que busquem a realização dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos (art. 6 da CRFB/88). Proponho que a definição de papéis na formulação, execução e fiscalização de políticas públicas deve ser baseada, fundamentalmente, na capacidade institucional dos entes envolvidos, com uma repartição de competências que garanta a maior legitimidade democrática possível às políticas públicas, e que também seja fruto de uma análise que leve em consideração os *resultados* concretos do desenho institucional mais adequado para a realização dos direitos econômicos e sociais constitucionalizados.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Nas últimas décadas, tem se percebido um contínuo processo de positivação de direitos econômicos e sociais - como o direito à saúde, à educação, ao emprego e à moradia - em constituições de diversas nações, como o Brasil e a África do Sul. Por mais que se admita que o processo de constitucionalização de direitos econômicos e sociais tem variado e vem ocorrendo de acordo com dinâmicas particulares à cada sociedade, pode-se afirmar que a constitucionalização propriamente dita dos referidos direitos é um tema muito menos controverso do que outrora (Ferraz 2011, 1643).

Em certo sentido, a controvérsia foi deslocada para um dos efeitos da constitucionalização dos direitos econômicos e sociais, a saber, a *judicialização* desses mesmos direitos. O debate da judicialização dos direitos econômicos e sociais

constitucionalizados e, em última instância, das políticas públicas visando promovê-los, divide os teóricos. As questões fundamentais que se colocam são: cabe ao Poder Judiciário envolver-se na implementação dos referidos direitos? Aos que respondem afirmativamente, *como e até que ponto* os juízes devem interferir?

Em relação às posições assumidas no debate, é possível traçar um espectro que vai desde uma análise puramente procedimental por parte do Judiciário, até correntes que defendem uma análise substantiva da questão. Em outras palavras, os extremos do espectro vão de baixos níveis de interferência do Judiciário a um alto grau de intervenção judicial nas políticas públicas implementadas (ou não) pelo Poder Executivo (Ferraz 2011, 1644).

Neste sentido, de um lado do espectro, a jurista brasileira Flávia Piovesan defende que “o fracasso do Estado em implementar ditames constitucionais, em particular aqueles relacionados a direitos sociais, pode ser considerado um ato inconstitucional sujeito à revisão judicial¹” (tradução livre) (*apud* Ferraz 2011, 1644). Por outro lado, Aryeh Neier no artigo *Social and Economic Rights: a Critique* afirma: “minha preocupação com os direitos econômico-sociais é quando amplas afirmações são feitas...Neste caso, eu penso, que entramos em território ingovernável pelo processo judicial e que se imiscui fundamentalmente em uma área onde o processo democrático deve prevalecer²” (tradução livre) (*apud id.* 2011, 1644).

Ferraz, por sua vez, procura destacar em seu artigo *Harming the Poor Through Social Rights Litigations* (2011), que o debate vem sendo colocado em termos quase exclusivamente teóricos, enquanto abordagens práticas baseadas em estudos empíricos têm sido negligenciadas. Dessa forma, discute-se a legitimidade da atuação das cortes em um estado democrático, em grande medida, sob fundamentos teóricos abstratos, como o da capacidade institucional, enquanto muito pouco vem sendo dito a respeito dos efeitos propriamente ditos da judicialização dos direitos econômicos e sociais, o que, em sua visão, seria uma importante omissão.

¹ “[A] failure by the State to implement constitutional dictates, particularly those related to social rights, can be considered an unconstitutional act and subject to judicial review”. Piovesan, F. *Impact and Challenges of Social Rights in the Courts*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 182, 184 (Malcolm Langford ed., 2008).

² “The concern I have with economic and social rights is when there are broad assertions.... There, I think, we get into territory that is unmanageable through the judicial process and that intrudes fundamentally into an area where the democratic process ought to prevail”. Neier, A. *Social and Economic Rights: A Critique*, in INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS 283, 284 Henry J. Steiner et. al. eds., 3d ed. 2008.

Nesse sentido, no artigo *Constitution, Social Rights, and Political Justification* (Michelman 2003), por mais que também entenda que o debate vem sendo colocado em termos inadequados, Frank Michelman permanece em busca de respostas utilizando uma abordagem exclusivamente teórica para enfrentar o problema.

Michelman (2003, 15) indica que o debate tem se concentrado, fundamentalmente, na questão sobre qual o lugar e a função que o Judiciário deve ocupar na ordem política e democrática da sociedade. Vale dizer, tratar-se-ia de uma questão, em grande medida, de separação de poderes e legitimidade.

Para os críticos da judicialização dos direitos econômicos e sociais, a maior preocupação jaz na alegada *incapacidade institucional* do Poder Judiciário de avaliar adequadamente a observância ou inobservância do Executivo em relação à persecução dos direitos econômicos e sociais constitucionalizados. Ou ainda, se os juízes estariam aptos a prescrever remédios jurídicos pontuais quando constatado o descumprimento legal por parte do Executivo. No pior cenário, teríamos juízes atuando de maneira desastrosa em questões relativas à alocação de recursos que estariam, claramente, para além de sua alçada e instrumental como juízes de Direito.

Assim, o Judiciário estaria condenado a um cruel dilema entre a usurpação e a abdicação, do qual resultaria necessariamente embaraço ou descrédito das cortes. De um lado do dilema, afirma Michelman, os juízes optariam por atuar no *enforcement* dos direitos econômicos e sociais de maneira afirmativa, o que seria, contudo, uma tentativa pretensiosa, amadora e provavelmente vã de realocar e repensar as mais básicas prioridades na gestão de recursos públicos escassos, usurpando uma competência que em momento algum teria sido conferida pelo constituinte. Do lado da abdicação, o Judiciário correria o risco de rebaixar perigosamente a própria noção de *rule of law* ao ceder abertamente ao Executivo e ao Legislativo o privilégio de postergar indefinidamente, sem revisão judicial, a realização de um declarado direito constitucional (Michelman 2001, 16).

Teóricos como Cass Sunstein (*Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*, 2001), por sua vez, sugerem que é possível vislumbrar um cenário com juízes atuando de forma razoável e que, apoiados nas lições do direito administrativo, apliquem *standards* para testar possíveis violações de direitos sociais, e remédios jurídicos adequados quando tais violações forem identificadas.

Michelman não propõe uma completa transformação nos termos do debate, mas sugere uma modificação na forma como o problema da constitucionalização dos direitos

econômicos e sociais é colocado. Com efeito, Michelman (2001, 13) indica que existem três tipos de objeções não substantivas (i.e., assumindo que, na substância, admite-se a importância/necessidade da constitucionalização dos direitos econômicos e sociais) que têm sido feitas à constitucionalização dos direitos econômicos e sociais, a saber: (i) a objeção *institucional*; (ii) a *contratualista* e; (iii) a *majoritária*.

Com relação à objeção institucional, Michelman argumenta que, mesmo nos casos em que o Judiciário realiza o controle constitucional convencional, é possível visualizar com clareza como os juízes podem ter um papel importante na promoção dos direitos e garantias sociais e seus objetivos distributivos. E ainda que contestássemos tal afirmativa e defendêssemos que o melhor arranjo institucional para a consecução dos direitos econômicos e sociais previstos na constituição devesse excluir do âmbito do Judiciário o controle da legalidade das referidas políticas públicas, tal argumento não seria suficiente para convencer aqueles que crêem que um regime político moralmente legítimo deve incluir um compromisso efetivo e visível com certas formas de apoio social positivo aos indivíduos e famílias (Michelman 2001, 15).

Com efeito, o dilema usurpação/abdicação é simplesmente incapaz de explicar a quantidade e a complexidade de possibilidades que a participação do Judiciário no controle das políticas públicas pode engendrar. Como exemplo, Michelman aponta que, na pior das hipóteses, direitos econômicos e sociais podem ser protegidos “negativamente” até pelas mais tradicionais formas de intervenção judicial. Uma mera decisão de *improcedência* em uma ação judicial que poderia gerar grave violação de um direito social constitucionalizado, pode funcionar como importante instrumento de defesa dos referidos direitos, como demonstra o caso sul-africano *Minister of Public Works v. Kyalami Ridge Association*³.

Da mesma maneira, o dilema abdicação/usurpação parece adotar uma concepção estreita de norma constitucional, que parte da premissa de que um direito constitucionalizado, para ser considerado como tal, deve, necessariamente, implicar ativo *enforcement* deste mesmo direito por parte do Judiciário. Michelman desafia essa concepção argumentando que

³ “In *Minister of Public Works v. Kyalami Ridge Association*, the government proposed to relocate homeless and destitute flood victims to housing it would cause to be built on state-owned land. Neighboring homeowners sued for an interdict against this plan on the ground, among others, of ultra vires, pointing out that no act of parliament authorized the government to build housing for the purpose in question... The court, however, denied the plaintiffs the relief they sought. In effect, it found authorization for the government’s action in section 26 of the Constitution, as construed in *Government of Republic of South Africa v. Grootboom* to place the government under a duty to make reasonable provision within its housing plans for short-term aid to persons blamelessly in conditions of housing crisis” (Michelman 2001, 17).

Para mais detalhes do caso, cf. <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2001/19.html>

é admissível que uma proposição normativa seja considerada uma *norma jurídica*, mesmo adotando a completa exclusão do Judiciário do papel de *enforcer* da referida norma (Michelman 2001, 22). Como afirma Tushnet (1999, 168⁴), não é preciso que existam cortes com poderes para revogar leis para se ter uma linguagem vibrante de direitos fundamentais ao nosso dispor.

Nesse sentido, o autor defende que o próprio direito constitucional deve exercer um papel preeminente no debate das questões públicas, ainda que o debate seja travado fora dos limites do Judiciário. A discussão, fora das barras dos tribunais, a respeito da exegese dos direitos e obrigações previstos na Constituição, pode, efetivamente, funcionar como atividade política influente, e como *locus* ativo do jogo democrático (Michelman 2001, 28).

Portanto, cortando o laço, supostamente necessário, entre norma e o *enforcement* da mesma pelos tribunais, a objeção institucional não seria, de fato, um obstáculo à constitucionalização dos direitos econômicos e sociais. Restaria enfrentar as objeções contratualistas e majoritárias.

Supondo, portanto, que o Judiciário se abstinhasse de intervir ativamente na consecução dos direitos econômicos e sociais e na concepção e execução das políticas públicas, Michelman sugere dois cenários possíveis: (i) os Poderes Legislativo e Executivo, ciosos de seus papéis institucionais, cumpririam com seus deveres previstos na Constituição, no sentido de promover os mencionados direitos e garantias; (ii) O Legislativo e o Executivo não se sentiriam suficientemente compelidos a tomar as medidas necessárias na ausência de intervenção judicial.

No segundo cenário, cabe, então, indagar qual seria o sentido de se inserir na Constituição um direito econômico e social que não suscitasse obrigatoriedade no seu cumprimento por parte do Executivo e do Legislativo. O argumento mais incisivo da objeção *democrática* surge em face do primeiro cenário proposto por Michelman, em que os Poderes Legislativo e Executivo sentem-se suficientemente compelidos a cumprir com os ditames constitucionais. Neste caso, os críticos indagariam se o fato do Poder Legislativo estar constrangido a conferir os direitos econômicos e sociais a todos os indivíduos, não importaria em significativa limitação da discricionariedade dos outros Poderes na concepção e execução de políticas públicas. Em outras palavras, a objeção democrática questiona: *como é possível constitucionalizar direitos econômicos e sociais, baseando-se numa concepção ampla destes*

⁴ *Apud* Sadurski (2002, 275).

direitos, como a sugerida por Forbath - “social citizenship rights”⁵, e não criar sérias restrições aos agentes públicos (“policymakers”) eleitos democraticamente? (Michelman 2001, 29)

Michelman aborda a questão da indeterminação dos “*social citizenship rights*” de maneira oposta e, em face da objeção democrática, indaga: se os “*social citizenship rights*” fossem tão indeterminados e desprovidos de aplicabilidade mecânica a qualquer uma das questões mais contestadas de política pública, como querem os críticos, de que forma, então, a sua constitucionalização seria um obstáculo à democracia?

Em seguida, para apresentar a objeção contratualista, Michelman propõe o seguinte exemplo: em uma determinada Constituição com vinte e cinco cláusulas, de A a Y, a exegese do texto constitucional é incontestada. O capítulo de direitos e garantias fundamentais vai de P a Y, com cláusulas como “*é garantida a liberdade de imprensa*”. Em busca de um acordo que legitime de maneira mais completa a Carta Magna, nos termos do contratualismo constitucional, a sociedade vem debatendo a criação de uma nova cláusula, Z. A cláusula Z estabeleceria que “*todos têm o direito à cidadania social (“social citizenship”), como descrito nas obras completas de William Forbath. Na medida dos recursos disponíveis, o Estado deve direcionar e conformar o Legislativo e outras medidas para a progressiva realização deste direito*” (Michelman 2001, 30).

Ressalte-se que a preocupação dos constitucionalistas de convicção contratualista (“*constitutional contractarians*”) quanto à legitimidade política de um determinado país é, fundamentalmente, focada nas normas constitucionais e se estas, de fato, constituem um acordo constitucional suficiente e legítimo perante todos os cidadãos. Para tanto, os dispositivos legais precisariam incluir uma garantia que incluísse cada tópico pelo qual uma pessoa racional, agindo de maneira razoável, demandaria uma garantia como condição de seu apoio ao sistema legiferante como um todo (o chamado *standard* constitucional-contratualista de aceitabilidade universal razoável⁶).

Partindo de tais premissas, seria quase impossível para qualquer um afirmar com convicção se a cláusula Z estaria sendo respeitada pelo Estado, bem como se o Legislativo e o

⁵ Em relação à ampla noção proposta por Forbath de *social citizenship rights*, Michelman afirma: “*In sum, it looks as though a constitutional social-citizenship right has tentacles reaching in a hundred directions, into the deepest redoubts of the common law and the most basic choice of political economy a modern society can make. Abortion aside – if it is aside, which it very arguably is not – I can think of no leading issue on the current American political calendar that a constitutional right of social citizenship would leave untouched.* (Michelman 2001, 28)

⁶ No original: “*Constitutional-contractarian standard of universal reasonable acceptability*” (Michelman 2001, 30).

Executivo estariam realizando os maiores esforços para cumpri-la. É justamente este alto grau de indeterminação que parece impossibilitar os direitos econômicos e sociais de figurarem como um dos componentes exigidos do que os contratualistas chamariam de um *acordo constitucional legitimador*. Isto porque, de acordo com o argumento constitucional-contratualista, um indivíduo só poderia aceitar livremente os contínuos atos coercivos de um regime político constituído, caso (i) tal regime seja racionalmente aceitável por qualquer indivíduo razoável, e (ii) seja possível perceber que os outros cidadãos e o *governo* obedecem ao regime.

Ora, como saber se o governo está “obedecendo ao regime” se a indeterminada cláusula Z está presente na Constituição? Assim, de acordo com a objeção contratualista, ao inviabilizar uma das condições necessárias para formação de um acordo constitucional legitimador, os direitos econômicos e sociais (a cláusula Z) não poderiam ser considerados como parte indispensável de uma constituição que deve exercer sua função moral de instrumento legitimador de um regime político (Michelman 2001, 31).

Deste modo, ao enfrentar a objeção contratualista, Michelman apresenta um paradoxo: se os direitos econômicos e sociais – concebidos na sua forma mais ampla – falham no teste dos contratualistas, tais direitos não poderiam, em hipótese alguma, formar parte de um acordo constitucional suficiente e legitimador. E, apesar de tudo, eles fazem. Assim sendo, a teoria constitucional contratualista de justificação política por meio da figura dos acordos constitucionais completos e legitimadores parece apresentar sérias fragilidades.

Michelman indica como alternativa uma proposta baseada no pensamento rawlsiano. Aos direitos sociais deveria ser dado o status constitucional de “princípios diretivos” (“*directive principles*”), no lugar de direitos *stricto sensu*, de modo que apenas o que Rawls denomina de “*central ranges of the basic negative liberties*”, estejam sujeitas ao teste mais estrito do *standard* constitucional-contratualista de aceitabilidade universal razoável. Os direitos de *social citizenship* estariam sujeitos a requisitos mais leves. O que se exigiria destes seria a garantia de que, sempre que fossem feitas escolhas políticas e legislativas concernentes às condições estruturais básicas de direitos econômicos e sociais, tais escolhas estariam sujeitas ao escrutínio e debate públicos. Isto é, os agentes públicos deveriam estar sempre preparados a expor suas razões de acordo com determinada concepção de *acordo constitucional completo e legitimador* que seja aceitável por todos os indivíduos racionais e razoáveis envolvidos (Michelman 2001, 33).

Ora, como se pode notar, tanto as críticas como a proposta de Michelman no debate sobre a constitucionalização dos direitos econômicos e sociais e sua judicialização, tiram sua fundamentação de uma racionalidade teórica desprovida de quaisquer dados empíricos que a suportem.

Para determinados autores, como Ferraz (2011), isto significaria negligenciar um fator fundamental na determinação do papel do Judiciário. Com efeito, a legitimidade das cortes deveria estar condicionada à *efetividade*, na prática, de sua atuação na proteção dos direitos econômicos e sociais, o que nos levaria à conclusão de que não haveria um papel legítimo, *a priori*, a ser exercido pelas cortes (Ferraz 2011, 1645).

No caso do Brasil, se fizermos um exercício retrospectivo no sentido de buscarmos as origens do fenômeno que hoje é amplamente chamado de “judicialização das políticas públicas”, pode-se afirmar que ele é, em certa medida, fruto do movimento de democratização do país, da promulgação da “Constituição Cidadã” e dos profundos anseios da sociedade brasileira, no início da década de 90, por avançar também no âmbito dos chamados direitos sociais.

Nesse contexto, o Poder Judiciário foi, gradativamente, tornando-se uma das principais arenas onde eram travadas as lutas pelo avanço na implementação dos referidos direitos sociais. Com entusiasmo, juízes de todo o Brasil passaram a ordenar que administrações municipais, estaduais e federal fornecessem medicamentos e procedimentos médicos não disponíveis no SUS, muitas vezes caríssimos, bem como garantissem vagas em escolas e creches superlotadas. A contribuição do Judiciário nessa seara seria justamente no sentido de assegurar a efetividade de tais direitos constitucionalmente protegidos nos casos em que os Poderes Legislativo e Executivo não cumprissem com suas atribuições legais.

No entanto, esse entendimento a respeito do papel do Judiciário avançou no sentido de que o referido ativismo judicial seria, na realidade, um *dever* a ser cumprido por seus membros que não poderia ser abdicado, sob pena de se estar negligenciando sua principal missão constitucional (Ferraz 2009).

A adoção por parte do Judiciário de um posicionamento dessa natureza, combinado com um cenário nacional onde há (i) uma verdadeira massa de despossuídos de seus direitos sociais, (ii) políticas públicas ineficientes, e (iii) a camada mais rica da sociedade percebeu um alto grau de receptividade por parte do Judiciário a esse tipo de demanda, resultou numa explosão de litígios em busca de “direitos sociais” com graves conseqüências, as quais tratarei mais a frente.

2. ECONOMISTA: - DINHEIRO NÃO NASCE EM ÁRVORE. JUIZ: - E DAÍ?

Um dos primeiros embates a serem travados no Brasil, e particularmente no Judiciário, se deu entre juizes de um lado e economistas, especialistas em políticas públicas e administradores públicos de outro. De imediato, ficou evidente o choque de premissas adotadas pelas partes. Enquanto economistas e especialistas em políticas públicas buscaram reforçar a necessidade de se ter em mente que os recursos são escassos e que, portanto, é preciso fazer escolhas onerosas, juizes reagiram afirmando que quando estamos tratando de direitos sociais como o direito à saúde, tais premissas simplesmente não se aplicam.

Questões financeiras do Estado não poderiam, em hipótese alguma, se sobrepor aos bens maiores da vida e da saúde, expressamente protegidos pela Constituição (Ferraz 2009). Neste sentido, o argumento da escassez de recursos continua a ser desqualificado com base na má gestão pública e no desperdício de recursos. Não obstante, isso não faz com que os recursos deixem de ser escassos e liberem o Estado da obrigação de decidir como e em quê empregá-los.

3. O QUE É DIREITO À SAÚDE, EDUCAÇÃO, MORADIA...?

Para se discutir qual deve ser o papel legítimo do Judiciário no controle de políticas públicas, acredito que seja fundamental fazer algumas considerações a respeito de qual deve ser a correta interpretação do art. 6º da Constituição Federal, e como uma interpretação equivocada do dispositivo constitucional tem gerado graves problemas e distorções.

O fato é que a maioria das ações que chegam ao Judiciário não tem como objeto políticas públicas iníquas de distribuição de medicamentos, ou de acesso a creches. No caso da saúde, por exemplo, a miríade de ações judiciais, também conhecidas como “receitas judiciais”, dizem respeito, na realidade, a intervenções médicas específicas e pontuais que, como o apelido sugere, buscam garantir que o Estado forneça a um indivíduo um medicamento caríssimo ou a realização de um procedimento cirúrgico.

Certamente, o acesso a medicamentos faz parte de uma política de saúde pública, contudo, uma visão que se baseie estritamente nesse aspecto ou mesmo medidas concretas (como decisões judiciais) que tenham significativo impacto na alocação de recursos públicos para a saúde, educação etc, acabam prejudicando políticas pensadas levando em consideração

outros aspectos tão importantes quanto na consecução desses direitos sociais (Ferraz *in* Yamin e Gloppen 2011, 82 e 95)⁷.

Em última instância, o que gostaria de ressaltar é que os direitos sociais elencados no art. 6º da CRFB/88 não podem ser interpretados estritamente como direitos individuais à saúde, à educação, ao trabalho etc (Yamin e Gloppen 2011, 4)⁸. Essa individualização dos direitos sociais gera sérias distorções na alocação dos recursos públicos e acaba inviabilizando a criação de uma política pública consistente que, de fato, avance na realização dos direitos sociais previstos pela Constituição.

4. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NÃO É SÓ UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE

É legítimo que juízes – que não foram escolhidos de forma democrática – possam negar vigência às escolhas legislativas tomadas por representantes do povo em nome do povo e que, em última instância, prestam contas ao povo periodicamente via eleições? Wojciech Sadurski (2002) sugere que essa talvez não seja a pergunta mais importante a se fazer. Sendo a judicialização dos direitos econômicos e sociais legítima ou não, uma outra significativa pergunta a ser feita é: *a judicialização exerce um papel positivo na realização dos direitos econômicos e sociais?*

Dessa forma, Sadurski introduz a necessidade de tratar a questão da legitimidade da intervenção judicial como uma questão conceitualmente e politicamente *distinta* da questão que avalia os efeitos propriamente ditos da revisão judicial dos referidos direitos.

O ponto que Sadurski quer ressaltar - e que tem particular ressonância no contexto brasileiro - é que não deveríamos estar nos questionando apenas acerca da legalidade e legitimidade das intervenções judiciais, ou se os juízes devem ou não ter a palavra final a respeito da hermenêutica constitucional, mas também se, *à luz de uma análise de resultados*, os magistrados deveriam continuar a tomar decisões de tamanha extensão e repercussão (Sadurski 2002, 279).

⁷ Sobre a interferência na destinação dos recursos para determinadas políticas públicas, Ferraz afirma: “*Given that the health budget is limited and is determined by law and other formal regulations at least a year in advance, these judicial orders, which must be complied with immediately, force an inevitable reallocation of resources that is potentially harmful to the rational use of funds and to health equity. Indeed, resources are being diverted from health policies – planned by health experts to serve the population as a whole – to the judicially ordered individual treatment of a few thousand patients who managed to access the courts* (Ferraz *in* Yamin e Gloppen 2011, 92).

⁸ Neste sentido, Gloppen e Roseman afirmam: “*realizing the right to health also requires the realization of a range of other rights – to food; housing; work; education; human dignity; life; non-discrimination; equality; freedom from torture; privacy; access to information; and freedom of association; assembly; and movement.* (grifei)

Neste sentido, a *forma* como os direitos econômicos e sociais são articulados⁹ importa, já que não faria qualquer sentido valorizar um determinado direito, se a maneira como este é articulado e os resultados fruto da articulação não estão de acordo com os objetivos almejados. Assim, não faria sentido para um determinado indivíduo valorizar a ‘liberdade de expressão’, a menos que a forma como este direito fosse articulado estivesse de acordo com as preferências por ele valorizadas.

Além disso, não basta analisar os impactos do Judiciário na realização dos direitos econômicos e sociais levando em consideração tão somente as decisões judiciais propriamente ditas. A mera *existência* da revisão judicial pode ter conseqüências positivas ou negativas sobre o estado dos direitos (Sadurski 2002, 286). Do lado positivo, a revisão judicial pode exercer uma função “educacional” em relação aos parlamentares e gestores públicos, ao gerar uma cultura mais consciente da existência de tais direitos, da necessidade de realizar esforços para sua realização e de que há uma interpretação dos direitos constitucionais adotada pelas cortes.

Por outro lado, a existência de revisão judicial pode gerar incentivos para que legisladores hajam de maneira irresponsável ou mesmo negligente, uma vez que haveria a garantia de que o Judiciário não permitiria a positivação de flagrantes ilegalidades. Do ponto de vista educacional, a revisão judicial também poderia ter um efeito negativo ao passar a impressão de que o discurso dos direitos e o debate sobre sua articulação seria um assunto povoado de technicalidades inteligíveis unicamente por advogados e juizes, excluindo, assim, a participação da população e seus representantes eleitos.

Sadurski (2002, 298) formula, então, a seguinte questão: *sistemas jurídicos com uma magistratura de orientação mais ativa na proteção dos direitos constitucionais conseguem protegê-los melhor do que sistemas jurídicos desprovidos de revisão judicial de direitos sociais?*

Para o autor, não devemos ter receio de aceitar que a resposta seja contingente às circunstâncias de cada caso. Dessa forma, Sadurski questiona tanto a postulação de que haveria, *por uma questão de princípio*, uma conexão entre a existência de (forte) revisão judicial e maior proteção de direitos, como também critica a postulação que, por princípio, defende que a existência de revisão judicial é prejudicial à proteção de direitos constitucionais.

⁹ Sadurski chama a aplicação ao caso concreto de um direito constitucional de “articulação de direitos” (“*rights articulations*”), i.e., a tradução de amplos e genéricos direitos constitucionais em visões e resultados específicos que estejam de acordo com as preferências escolhidas (Sadurski 2002, 282).

Com efeito, a análise do papel do Judiciário na proteção dos direitos econômicos e sociais deveria partir de um cálculo de perdas e ganhos a partir de sua presença e atuação em cada país em particular. O cálculo deve levar em consideração não só as decisões proferidas pelo Judiciário, mas também o impacto da mera existência de revisão judicial naquela sociedade.

Certamente, um cálculo de tamanha complexidade é condicionado às escolhas de articulações dos referidos direitos que, por definição, são abstratos. Necessariamente, portanto, sempre haverá pessoas que discordem das articulações escolhidas e, conseqüentemente, do resultado do cálculo que aponte o papel mais adequado para o Judiciário na matéria.

Não obstante, ainda que tais pessoas discordem do resultado alcançado, é possível que elas continuem a defender que o Judiciário deva ter um papel ativo na proteção dos direitos constitucionais. Isto porque as particularidades institucionais do Poder Judiciário podem indicar que os tribunais são mais sensíveis à proteção de direitos do que os Poderes Legislativo e Executivo, cuja natureza é fortemente *política*. Contudo, também este cálculo é variável e contingente a comparações institucionais específicas de cada país, não podendo ser realizado em abstrato de forma desvinculada do caso concreto (Sadurski 2002, 299).

5. OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL

É justamente nesse sentido e imbuídos da convicção de que é fundamental analisar os resultados concretos do ativismo judicial na matéria, que Ferraz e Coutinho, no artigo *Direitos Sociais e o Ativismo Judicial* (2008), procuram alertar para o fato de que o maior risco de optarmos por um Judiciário brasileiro ativo no campo dos direitos sociais não é o de uma “política judicial” inócua e irrelevante em relação aos grandes objetivos estatais. O risco maior é o de que a judicialização, efetivamente, venha a produzir efeitos relevantes nas políticas públicas, mas que esses efeitos sejam perversos (Ferraz 2011, 1643)¹⁰.

¹⁰ Em “*Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lesson from Brazil*” (2011, 1643), Ferraz sintetiza suas principais postulações: “*My main contentions are these: (1) when pushed to enforce some social rights assertively, courts have a tendency (and an incentive) to misinterpret these rights in an absolutist and individualistic manner; (2) such interpretation unduly favors litigants (often a privileged minority) over the rest of the population; (3) given that state resources are necessarily limited, litigation is likely to produce reallocation from comprehensive programs aimed at the general population to these privileged litigating minorities; and (4) contrary to the contention of some scholars, enhancing access to courts would not solve the problem. My suggestion, based on these arguments, is that social and economic rights might be better protected when courts refrain from trying to enforce those rights assertively, as some social rights supporters expect and pressure them to do.* (grifei)

Tais efeitos negativos não estariam restritos ao eventual desmonte de determinada política pública que, ainda que com defeitos e fragilidades, teria uma lógica interna e obedeceria a um planejamento e a critérios próprios de alocação de recursos. A judicialização das políticas públicas estaria tendo um efeito ainda mais perverso.

Sem conseguir medir os impactos distributivos de suas decisões, juízes voluntaristas e bem-intencionados podem estar privilegiando justamente a camada mais rica da sociedade e, portanto, invertendo as prioridades. Assim, uma das antigas facetas da desigualdade social no Brasil, o acesso à Justiça, passa também a influenciar de maneira perversa a alocação dos recursos das políticas públicas, na medida em que os maiores beneficiários do ativismo judicial são justamente os indivíduos com recursos suficientes para pagar advogados e os custos de um (longo) processo. É o que Ferraz (2009, 245) chama de *sobreposição de duas iniquidades*.

Portanto, as distorções causadas pelo ativismo judicial, em última instância, geram uma cruel transferência de renda dos mais necessitados aos mais privilegiados. O recurso destinado por programas do Executivo a vacinas para crianças pobres pode virar, via Judiciário, pagamento de cirurgias realizadas por cirurgiões de primeira linha em hospitais de primeira linha para indivíduos abastados¹¹.

Tais constatações geram uma série de questões desafiadoras. Os resultados produzidos pelo ativismo judicial obriga-nos a indagar: a não-intencional transferência de renda é justa? O que é uma política pública justa? Quais critérios adotar? Quem deve determinar o que é uma política pública justa? Quem tem condições e o instrumental adequado para implementar determinada política pública? Finalmente, como garantir que a política pública seja efetiva? Parece-me que responder a essas questões é fundamental para determinarmos qual o papel legítimo do Judiciário em relação às políticas públicas.

Em verdade, os estudos empíricos que vêm indicando que o ativismo judicial tem, ao contrário do que se poderia imaginar, exacerbado as desigualdades sociais ao, indiretamente, transferir recursos destinados aos mais pobres para os mais ricos, apresentam de forma contundente a iniquidade de uma política “pensada pelo Judiciário”.

¹¹ “What is clear is that the vast majority of right-to-health litigation in Brazil is concerned with access to medicines, many of which have not been incorporated in the official lists. Many of these drugs, moreover, are extremely expensive, and some without a clear significant additional benefit to the patient. Others have a proven benefit, yet an inordinate cost compared to the alternative therapies available. This type of litigation represents the bulk of the costs of judicialization and has a significant, and potentially perverse, social impact (Ferraz in Yamin e Gloppen 2011, 93). (grifei)

O exemplo das milhares de vacinas para crianças pobres que se transformam em um único tratamento de milhares de reais destinado a um único indivíduo (v.g. que sofra de câncer, seja portador do vírus HIV etc) suscita outra questão dramática. Esse indivíduo, rico ou não, que demanda um tratamento de altíssimo custo não deve ter seu tratamento incluído na política de saúde pública? Em outras palavras, quais os critérios de alocação desses recursos? É certo que o critério que prioriza tratamentos de menor custo com maior alcance possível de beneficiários parece justo, mas isso significa que pacientes que precisem de tratamentos de alto custo estariam condenados à morte?

Não há dúvidas de que as respostas a essas questões seriam as mais diversas, já que apresentam enormes complexidades de ordem ética, econômica e política a serem sopesadas. Isso tudo sugere que o processo de definição de políticas públicas dessa natureza deve ser o mais democrático possível.

Dessa forma, no caso do Brasil, os estudos empíricos – embora ainda insuficientes para traçar um quadro mais abrangente e preciso – já apontam no sentido de que a ação do Judiciário nas diretrizes de políticas públicas e na sua alocação de recursos, tem apresentado resultados, no mínimo, questionáveis do ponto de vista da realização dos direitos econômicos e sociais previstos na Constituição Federal (Ferraz *in* Yamin e Gloppen 2011, 100¹²). Com efeito, os resultados concretos do ativismo judicial vêm descortinando a inadequação funcional/instrumental do Judiciário como ente formulador e executor de políticas públicas. Ferraz (2011, 1649) é incisivo a esse respeito:

“If it could be shown that some or all types of court interference lead to outcomes that are more harmful than helpful to the protection of interests recognized in constitutional social rights norms, then the courts’ prima facie claim to legitimacy derived from constitutionalization would seem to be seriously undermined. It might even be argued, depending on how negative the effects of judicialization are, that the constitution should be reformed to remove social rights from the courts”.

O Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes, como assinalam Ferraz e Coutinho (2008). Parece ser improvável, por exemplo, a criação e

¹² O diagnóstico de Ferraz sobre a “judicialização da saúde” no Brasil sugere que o saldo é negativo: “*When we combine these two key elements of the current Brazilian model of right-to-health litigation, it seems plausible to conclude that the model’s overall social impact is negative. Rather than enhancing the provision of health benefits that are badly needed by the most disadvantaged – such as basic sanitation, reasonable access to primary health care, and vaccination programs – this model diverts essential resources of the health budget to the funding of mostly high-cost drugs claimed by individuals who are already privileged in terms of health conditions and services* (Ferraz *in* Yamin e Gloppen 2011, 100).

implementação de uma política pública do porte do SUS, do Programa Bolsa Família ou do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) por ordem judicial.

Políticas desse porte exigem um nível de esforço e coordenação legislativo-administrativa que, claramente, o Judiciário não está apto a realizar. Não está, nem estará, uma vez que, analisando a questão do ponto de vista da capacidade institucional, fica evidente que este não é o papel a ser exercido pelo Judiciário no processo de consecução de direitos sociais.

6. O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Tendo em vista as questões colocadas acima, entendo que o caminho sugerido por Ferraz (2009 e 2011) parece ser o mais adequado tanto do ponto de vista político (em termos de legitimação da política), como do ponto de vista econômico (em termos de uma alocação ótima dos recursos disponíveis).

Com efeito, a revisão judicial de políticas públicas sociais deve limitar-se a um controle de procedimentos e de razoabilidade na definição de prioridades distributivas, bem como um controle dos meios escolhidos para sua execução. O que poderia, a princípio, parecer relegar a participação do Judiciário a um papel de coadjuvante exercendo funções puramente formalistas, é, na verdade, o caminho para uma atuação em consonância com sua capacidade institucional e que contribua efetivamente para a realização dos direitos sociais.

Nesse sentido, o Judiciário é o ator capaz de exigir do administrador público transparência e racionalidade na alocação de recursos para tais políticas públicas. Da mesma forma, o Judiciário deve garantir a efetividade da participação popular na formulação das referidas políticas e assegurar o real funcionamento dos mecanismos de controle social.

A partir de uma concepção de repartição de competências dessa natureza é possível alcançar uma relação harmônica e eficiente entre os Poderes na realização dos direitos sociais, uma vez que o Judiciário passa a funcionar não mais como uma espécie de concorrente na formulação de políticas públicas, mas como um catalisador das políticas formuladas pelo Executivo. O controle de procedimentos e a análise da razoabilidade das decisões permitem ao Judiciário exercer suas competências sem atropelo aos demais Poderes e sem extrapolar sua própria capacidade institucional, fiscalizando a implementação das políticas públicas e assegurando que as mesmas estejam em consonância com o que foi estabelecido pelo Constituinte e pelo Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

- BADIN, A. *Controle Judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
- COUTINHO, D. e FERRAZ, O. *Direitos Sociais e o Ativismo Judicial*. *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 27 de outubro de 2008.
- FERRAZ, O. e Vieira, F. “Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante”. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol 52, n.1, 2009, pp. 223-251.
- FERRAZ, O. “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lesson from Brazil”. *Texas Law Review*, Issue 7, vol. 89, Junho de 2011.
- MICHELMAN, F. “Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification”. *International Journal of Constitutional Law*. Volume 1, Number 1, 2003, pp. 13-34.
- TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999.
- SADURSKI, W. “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n. 2, 2002, pp. 275-299.
- SUNSTEIN, C. “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, 11, *Constitutional Forum* 123, 2001.
- YAMIN, A e GLOPPEN, S. *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health Systems?* Harvard University Press, 2011.