

Direitos Sociais em Tempos de Crise: vedação ao retrocesso social e moderação judicial¹

Social Rights in Times of Crisis: prohibition of social regression and judicial moderation

Zélia Luiza Pierdoná²

José Carlos Francisco³

Lourenço de Miranda Freire Neto⁴

Resumo

Em razão de crises econômicas conjunturais e estruturais vividas por diversos países, os respectivos Poderes Legislativo e Executivo foram levados a equacionar suas contas públicas e a promover mudanças que afetaram a implementação progressiva e a manutenção dos seus sistemas de proteção social. Partindo do problema jurídico concernente aos limites do controle judicial dessas mudanças para reequilíbrio e sustentabilidade de compromissos sociais, este estudo tem como hipótese a inviabilidade de a vedação ao retrocesso social servir como fundamento para o Poder Judiciário afastar legítimas e inevitáveis escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo de alocação de escassos recursos disponíveis em tempos de crise, de modo que o Poder Judiciário deve respeitar as difíceis escolhas dos poderes políticos postas dentro de margens discricionárias fixadas pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Crise dos direitos sociais. Custo dos direitos. Implementação progressiva. Moderação judicial. Vedação ao retrocesso social.

¹ Recebido em: 29/09/2019 | Aprovado em: 15/12/2019.

² Possui Mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade Complutense de Madrid (2010-2011). É professora da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Também é Procuradora Regional da República, na 3ª Região.

³ Possui Mestrado (1998) e Doutorado (2003) em Direito pela Universidade de São Paulo. Realizou estágio pós-doutoral na Université de Paris 1 - Panthéon-Sorbonne (2008-2009). É professor da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Também é Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

⁴ Possui Mestrado (2015) em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e é doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. É professor da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Também é Coordenador da Educação Continuada da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Abstract

Due to cyclical and structural economic crises experienced by several countries, the respective Legislative and Executive Powers were led to balance their public accounts and to promote changes that affected the progressive implementation and maintenance of their social protection systems. Starting from the legal problem concerning the limits of the judicial control of these changes for rebalancing and sustainability of social commitments, this study has as hypothesis the unfeasibility of the prohibition of social regression as a basis for the Judiciary to remove legitimate and inevitable choices of the Legislative and Executive Powers to allocate scarce resources available in times of crisis, so that the judiciary must respect the difficult choices of political powers placed within the discretionary margins set by the legal system.

Keywords: Cost of rights. Judicial moderation. Progressive implementation. Prohibition of social regression. Social rights crisis.

Introdução

A noção de que direitos sociais correspondem a custos e que não há possibilidade de efetivá-los sem dotação orçamentária que garanta seu custeio tem-se tornado cristalina com a situação fiscal precária das mais diversas nações na última década. Diante da escassez de recursos mostrada pela realidade econômica recessiva, na qual há aumento da robotização, tomando espaços até antes destinados ao trabalho humano, além de plataformas digitais reduzindo empregos formais, em face dos quais há recolhimento de contribuições previdenciárias (“uberização”), varios governos enfrentam verdadeira impossibilidade de efetivação da proteção social prometida pelo Estado Social e Democrático de Direito que marcou o desenho constitucional no século XX.

A implantação das cadeias de proteção social previstas nas constituições hodiernas pressupõe o elemento da progressividade, isto é, a implementação das políticas públicas que resguardem tais direitos sociais será feita de maneira paulatina e gradual, não estando sujeitas a adoção imediata, ampla e irrestrita. Entretanto, em cenário de crise, não apenas este ciclo evolutivo permanecerá estagnado, como pode impor a redução de certas conquistas sociais, não por vilania ou ideologia liberal de governantes, mas por fatores concretos e insuperáveis exibidos pela realidade.

Nesse contexto, surge um possível óbice a esta inexorável postura estatal: o princípio da vedação ao retrocesso social, postulado que preconiza a impossibilidade de regressão na implementação dos direitos sociais, que potencialmente coloca em conflito os Poderes constituídos. Porém, a escassez de recursos exige que o Poder Executivo reduza seu campo de ação em diversas áreas sociais, pela impossibilidade de custeio, levando o Poder Legislativo a alterar as normas de proteção social com a finalidade, não apenas de preservação de contas públicas, mas, também, e principalmente, da própria sustentabilidade dos direitos sociais, sob pena de um colapso econômico. As referidas medidas, por outro lado, conduzirão a uma série de conflitos que serão postos à apreciação do Poder Judiciário, notadamente pelo argumento da vedação ao retrocesso (seja pelo viés doutrinário, seja pela positivação contida no art. 60, §4º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵ na cláusula de proibição de proposta de emenda “tendente a abolir” direitos e garantias individuais).

A rigor, esse conflito entre poderes constituídos coloca-se tanto em relação a crises econômicas conjunturais (em face das quais os desequilíbrios são temporários e superáveis a curto e a médio prazo) quanto em desequilíbrios estruturais do Estado Social e Democrático de Direito (quando os ônus ou deveres de proteção social ficam permanentemente incompatíveis com o equilíbrio fiscal estatal).

Diante do problema posto, empregamos pesquisa bibliográfica e documental para comprovar a hipótese suscitada, por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, tendo por hipótese que a vedação ao retrocesso não deve ser óbice para reequilíbrio e sustentabilidade de direitos sociais em tempos de crise, bem como que o Poder Judiciário não deve intervir na alocação de recursos nem na realização de escolhas orçamentárias dos poderes políticos, o presente artigo discute o papel institucional dos Poderes constituídos à luz da teoria da moderação judicial.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

1. Direitos sociais: ingresso nas constituições, implantação progressiva e vedação ao retrocesso

Os direitos sociais no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito (ou Estado Democrático de Direito), como positivado no art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶, relacionam-se com a construção da teoria dos direitos humanos e fundamentais, desde o mero reconhecimento até a defesa da afirmação dos aludidos direitos que possuem como marco uma novel concepção de sociedade egressa da era moderna⁷. A tentativa de universalização de direitos inerentes a toda pessoa humana é antiga e remonta à teoria jusnaturalista, mas, dentre outros fatores teóricos, em virtude da ampla codificação trazida pelo positivismo jurídico, a ideia de Direito Natural foi sendo criticada e dissolvida⁸.

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a constatação de atrocidades, o conceito de Direitos Globais ganhou nova força, tendo por base fundamento filosófico exposto no princípio da dignidade da pessoa humana⁹, em kantiana visão de que "as coisas têm preço; as pessoas, dignidade"¹⁰. O documento marco desse momento foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que começa afirmando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Falar de direitos humanos hoje é afirmar dois conceitos - democracia e paz -, cuja proteção passa pela construção da paz global, pela autodeterminação de nações e pela cooperação entre países. Além disso, a democracia é a base para surgimento de Constituições nacionais aptas a positivar localmente esses direitos, fazendo nascer, nos variados tempos e localidades, direitos

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁸ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1996.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 107-151.

fundamentais¹¹. Com isso, teorias de direitos fundamentais têm-se notabilizado gradualmente, preocupadas com a efetivação desses direitos em suas diversas dimensões, desde os direitos civis e políticos, passando pelos direitos sociais, até os direitos difusos, transindividuais, metaindividuais.

Portanto, a pedra fundamental na construção dos direitos fundamentais são as Constituições Democráticas, e será no Estado Social e Democrático de Direito que eles terão maior base teórica e maiores mecanismos de concretização social. Como, os direitos convergem para a pessoa humana nesse modelo de Estado, os valores estarão orientados pela dignidade¹².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³, no que tange ao seu núcleo essencial relacionado aos direitos fundamentais, fixa pretensões equivalentes a Estados Sociais e Democráticos de Direito europeus, ainda que o país tenha déficits históricos importantes quando comparados às construções dessas sociedades. O Constituinte brasileiro manteve direitos e garantias clássicas (como direitos civis e políticos) e consagrou diversas conquistas sociais e instrumentos de efetivação fortalecendo instituições estatais, inclusive prevendo novos direitos, sobretudo a minorias¹⁴.

Em virtude disso, críticos ironizaram a grandeza de conquistas enumeradas no texto constitucional, notadamente no campo dos direitos sociais, pontuando que constitucionalistas tentaram ser modernos e politicamente corretos ao extremo, esquecendo de calcular os custos e as possibilidades de efetivação das normas, porque, no campo das prestações positivas, não se deve prometer o que não se pode cumprir¹⁵. Por outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁶ pode ser defendida por ter montado um sistema de proteção social, na medida que estas conquistas seriam implantadas de maneira paulatina e progressiva, não se prestando o texto constitucional para afirmação imediata, ampla e irrestrita dos direitos e garantias

¹¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

que previu, orientação contida no art. 2º do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966¹⁷.

Entretanto, antes mesmo de seguir significativamente na trilha evolutiva que levaria o Estado brasileiro a, em etapas, efetivar os direitos sociais enumerados em seu moderno texto constitucional, o país se mostrou incapaz de satisfazer toda a gama de prestações elencadas¹⁸. De igual forma, outros países, com anterior construção e efetivação de direitos sociais, viram-se na necessidade de regredir em parte destas conquistas sociais já implementadas, com destaque para Portugal¹⁹. Nesse contexto, surgiram diversos questionamentos sobre a possibilidade jurídica de retrocesso social, com parte da doutrina considerando que, uma vez reconhecido o caráter progressivo da implementação dos direitos sociais, seria inválida qualquer possibilidade de regressão:

Concretamente, o princípio da “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de proteção”, a acção do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei²⁰.

¹⁷ “Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020).

¹⁸ FRANCISCO, José Carlos. LOAS, Bolsa-Família e a Resiliente Desigualdade Econômica no Estado de Direito Brasileiro. In: ROCHA; Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; BORSIO, Marcelo Fernando; MELO, Raimundo Simão de (Orgs.). **Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho: direitos humanos nas relações sociais**. 1. ed. Belo Horizonte: RTM Editora, 2017. p. 234-246.

¹⁹ SILVA, Jorge Pereira da. Justiça Intergeracional: entre a política e o Direito Constitucional. In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (Coords.). **Justiça entre Gerações: perspectivas interdisciplinares**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 93-137.

²⁰ QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 116.

Em sentido contrário, o retrocesso social seria tema subordinado à autonomia do legislador, e a vedação a regressão em direitos não poderia engessar a atuação democrática desse poder constituído:

A admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflitua com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum. Em consequência, muitos rejeitam-no, com o argumento de que não se pode converter o grau de realização legislativa de um direito social em direito constitucional material contra a vontade do legislador²¹.

Cientes deste debate e da propagada defesa da implementação progressiva e da vedação do retrocesso, bem como da discussão acerca da existência constitucional ou universal dos mencionados postulados, entendemos que, em momentos de escassez e crise orçamentária (conjuntural ou estrutural), não a vilania ou a ideologia liberal, mas a realidade que está integrada à interpretação do ordenamento jurídico torna inevitável o reequilíbrio na alocação de recursos escassos, medida que pode reduzir o alcance ou o ritmo de implantação da proteção de alguns direitos sociais em favor da sustentabilidade do sistema de proteção social e de outros imperativos do Estado Democrático de Direito, aspectos delimitadores de atuação dos Poderes constituídos, notadamente do Poder Judiciário do controle dessas medidas.

2. Escassez, crise dos direitos sociais e medidas extremas

Conforme defendem Holmes e Sunstein²², direitos nada mais são que serviços públicos prestados pelo Governo em troca de tributos, e, sendo assim, “direito existe, tão somente, quando se pode revelar seus custos orçamentários”. Portanto, a concretude de determinadas garantias passa inexoravelmente pela questão de financiamento: alocação de receitas.

²¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 163.

²² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 19. Tradução nossa, no original: “*A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs*”.

Nesse sentido, a satisfação dos direitos, especialmente os sociais, está na dependência da receita arrecadada, que envolve recursos escassos. A escassez de recursos, portanto, não pode ser ignorada na criação, na interpretação e na aplicação do direito²³.

Assim, em tempos de crise (conjuntural ou estrutural), com Estados enfrentando problemas com geração de riqueza e de renda, a consecução de seu programa social fica substancialmente comprometida quando não houver receitas suficientes para fazer frente às despesas crescentes com a implementação progressiva dos direitos sociais, o que conduz a realização de escolhas alocativas com conseqüente regressão social.

As escolhas trágicas que levem à redução de direitos sociais ou do ritmo de implementação devem ser feitas como medidas extremas, quando forem inevitáveis por não haver outro modo de harmonização do programa social com o orçamento estatal, razão pela qual a transparência de dados governamentais e o debate democrático são pressupostos indispensáveis para que esses cortes sejam legítimos, uma vez que direitos sociais são prioritários em qualquer padrão civilizatório contemporâneo. Mesmo dentro dos direitos sociais geradores de custos, a avaliação minuciosa e pública deve preservar os serviços mínimos e indispensáveis à realização da natureza humana e à vida em sociedade (p. ex. saúde básica, educação básica e assistência social à população economicamente miserável).

Para a adoção dessas medidas extremas, o Estado deve redesenhar-se, adequando suas dimensões e proposições a projetos realistas e exequíveis. Sobre este caminho, e cuidando de crises estruturais do Estado, Nabais²⁴ adverte:

²³ GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. A Judicialização do Direito à Saúde no Constitucionalismo Brasileiro: escassez, custos e eficiência econômico-social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 13, n. 1, p. 238-264. 2018. p. 251.

²⁴ NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30. 2002. p. 27.

[...] é cada vez mais evidente que o problema da actual dimensão do estado apenas se pode solucionar (ou atenuar) através da moderação do intervencionismo estadual, moderação que implicará, quer o recuo na assunção das modernas tarefas sociais (realização dos direitos económicos, sociais e culturais), quer mesmo o abandono parcial de algumas tarefas tradicionais. Com efeito a crise do actual estado, diagnosticada e explicada sob as mais diversas teorias, passa sobretudo pela redefinição do papel e das funções do estado, não com a pretensão de o fazer regredir ao estado mínimo do liberalismo oitocentista, mas para o compatibilizar com os princípios da liberdade dos indivíduos e da operacionalidade do sistema económico, procurando evitar que o estado fiscal se agigante ao ponto de não ser senão um invólucro de um estado em substância dono (absoluto) da economia e da sociedade pela via (pretensamente) fiscal.

Com os históricos déficits sociais brasileiros (a desigualdade social é exemplo eloquente), esse redesenho das tarefas estatais não é simples, embora necessário, e deve ser precedido (ou acompanhado) de outras estratégias como superação da escassez de recursos por meio do aumento de arrecadação (especialmente a tributária), em respeito à efetivação progressiva desses direitos sociais e a própria sustentabilidade de programas sociais (p. ex., antes de cortar benefícios, a crise do sistema de previdência do regime próprio de servidores deve ser enfrentada como aumento de carga tributária dos beneficiários desse sistema).

O aumento de tributação gera redução da satisfação individual e só se justifica pela análise de dois questionamentos principais: “Os meios escolhidos pelo governo são adequados para atingir o objetivo pretendido? A realização desse objetivo compensa a privação imposta aos cidadãos?”²⁵. Isso ocorre justamente porque “a máquina administrativa governamental, *per se*, não funciona sem custos. Na verdade ela pode, em algumas situações, ser extremamente custosa”²⁶, pois não há razões para supor que as medidas tomadas por “uma administração falível, submetida a pressões políticas, e que opera sem o peso da concorrência, serão sempre, necessariamente, voltadas para o aumento da eficiência com a qual o sistema econômico opera”²⁷. O tema

²⁵ MISES, Ludwig von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 845.

²⁶ COASE, Ronald. O Problema do Custo Social. Tradução de Francisco Alves e Renato Caovilla. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44. 1960. p. 14.

²⁷ COASE, Ronald. **O Problema do Custo Social**. p. 14.

recai, portanto, na Análise Econômica do Direito, teoria descrita por Gonçalves e Stelzer²⁸ nos seguintes termos:

Os diplomas legais, efetivamente, não mudam a realidade embora a influenciem. Assim, devem, eles, guardar, em si, relação estreita com os mínimos pressupostos das leis econômicas de forma a facilitar a fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção de riquezas verificadas no meio social em que são criados tais diplomas; ou seja, no mercado. (...) Ao invés de ter preocupação em relação ao fenômeno ocorrido, conforme ocorre no atual modelo jurídico-legal, o Direito, segundo a LaE, volta-se para o futuro de forma a influir a ação dos indivíduos através de conjunto de incentivos e obstáculos. O Direito, portanto, além de controlador social, passa, funcionalmente, a determinar o comportamento social segundo análise da relação custo/benefício.

Com isso, é possível a substituição de pensamentos extremos e estáticos, como a tentativa de proibir em qualquer hipótese o retrocesso social, ou querer impor a implementação progressiva dos direitos sociais mesmo em tempos de escassez de recursos, por um modelo que tem por base o desenho de programa social sustentável e exequível, harmonizado com a eficiência socioeconômica. A aplicação das normas de maneira economicamente eficiente é ciente do fato de que “a utilização cuidadosa de critérios econômicos harmonizados com objetivos de justiça e bem-estar social representa alternativa para regras de Direito próprias do desenvolvimento”²⁹.

Nesse contexto, incumbe ao Direito: em primeiro lugar, manter-se em seu clássico papel de controlador e organizador social; em segundo lugar, transformar o seu papel tutelador, isto é, quando se coloca à disposição da sociedade para tutelar a busca pelos seus objetivos e metas, exercendo-o de forma que o uso das escassas riquezas ocorra de maneira racional, eficiente e equilibrada³⁰.

²⁸ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122. 2012. p. 87-88.

²⁹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 261-290. Jun. 2014. p. 275.

³⁰ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico Social no Direito Brasileiro**: a tomada de decisão normativo-judicial.

Atentando para a realidade do custo dos direitos sociais, a análise também deve passar sobre quem deve decidir acerca da alocação desses valores, e com base em quais diretrizes esses atores devem fazer essas escolhas, conscientes de que:

[...] ao se escolher entre arranjos sociais, em um contexto no qual decisões individuais são tomadas, nós temos de ter em mente que a mudança no sistema existente, a qual conduzirá ao aperfeiçoamento em algumas decisões, pode muito bem levar à pioria em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (se seria o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos considerar o efeito total³¹.

Desse modo, nessa realidade de crise do Estado, muitas discussões sobre a efetivação de programas sociais são levadas ao Poder Judiciário, no qual podem se deparar com a utopia principiologista da irrestrita afirmação dos direitos fundamentais, olvidando que esta máxima concretude deve ser pautada pela equilibrada repartição das rendas, sob pena dos direitos (custos) serem arbitrariamente distribuídos entre os jurisdicionados. Os direitos sociais devem ser compreendidos e conformados com a preservação geral do sistema (especialmente sua sustentabilidade), com proporcional entrega de prestações estatais, por meio de formulação da política pública por Poder constituído em base democrática, razão pela qual há que se preservar as competências constitucionais dos poderes públicos.

3. Alocação de recursos e escolhas orçamentárias: o papel institucional dos poderes à luz da moderação judicial

A tutela dos direitos sociais é tema que impõe a ação dos Poderes constituídos na consecução dos interesses da sociedade em efetivar programas normativos, isto é, transpor os textos legais para a realidade cotidiana dos titulares das prerrogativas. De início, é importante lembrar que “uma das formas

³¹ COASE. O Problema do Custo Social. p. 36.

de tutelar eficazmente os direitos sociais ou de se promover esta tutela é incrementar os laços entre os direitos sociais e a democracia participativa”³².

Assim, a legitimidade dessa tutela se encontra em regras de competência definidas pela Constituição³³, no que emerge, em primeiro lugar, a atuação do Poder Legislativo. Salvo casos excepcionais de preceitos constitucionais de eficácia direta e imediata, dispositivos constitucionais que versam sobre direitos sociais só terão exequibilidade se acompanhados de decisões legislativas com previsões específicas que conduzam à transposição do positivado na Constituição³⁴ (com elevada abstração), para a concreta aplicação prática dessas previsões legais no dia a dia dos seus titulares³⁵. De maneira secundária, o Poder Executivo também é constitucionalmente competente para a tutela desses direitos, considerando que deverá a Administração Pública, após as prescrições legislativas específicas, promover a “criação/realização das prestações fácticas, materiais, orientadas à promoção do acesso individual aos bens protegidos pelos direitos sociais”³⁶.

Portanto, a adoção de políticas que objetivem a implementação prática dos direitos sociais é da competência constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo, sobretudo quando estamos diante de escassez de recursos, o que gera a inexorável necessidade de realizar escolhas orçamentárias acerca da melhor alocação de valores. Nesse ambiente, surgem múltiplos conflitos de interesses e pretensões resistidas, muitos deles judicializados.

No art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁷, o acesso à justiça vem ao lado da inafastabilidade da jurisdição, garantindo que qualquer lesão ou ameaça a um direito poderá ser levada para a apreciação do Poder Judiciário, que exerce a jurisdição, definida como a

³² BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise**: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015. p. 357.

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁵ BOTELHO. Os Direitos Sociais em Tempos de Crise.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010. p. 376.

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

“posterior ação do Estado, destinada a pôr em prática a coação prevista e a tornar efetiva a assistência prometida pelas leis”³⁸.

Todavia, conforme Touraine³⁹, "A democracia define-se não pela separação dos poderes, mas pela natureza dos elos entre sociedade civil, sociedade política e Estado. Se a influência se exercer de cima para baixo, não existirá democracia". Assim, a atuação do Poder Judiciário deve respeitar seus limites de competência, sob pena da distribuição de direitos ocorrer de forma extremamente custosa, não isonômica e antidemocrática. Além disso:

A alocação de certos papéis tem uma importante função de permitir que os resultados sejam alcançados sem forçar os tribunais a tomar decisões sobre questões fundamentais. Essas questões são resolvidas por referência à competência institucional, não por seus méritos⁴⁰.

As decisões discricionárias dos poderes políticos são passíveis de controle judicial em caso de vício de forma e, excepcionalmente, se o mérito das escolhas violar os limites da discricionariedade definidos pelo ordenamento jurídico, de modo objetivo, inequívoco ou manifesto. Nas denominadas áreas cinzentas, o controle judicial deve respeitar as escolhas do titular da competência normativa, sob pena de violação da separação dos poderes.

Com relação ao valor econômico, tem-se que cada método de alocação de recursos escassos impõe custos de transação para que se faça sua distribuição e, quanto mais incertas forem as possibilidades de decisão e mais individualizados os seus destinatários, maiores serão os custos envolvidos⁴¹. Por isso, a forma de efetivação de direitos sociais que potencialmente mais exige recursos é a judicial, com possíveis distorções e desequilíbrios em políticas públicas.

³⁸ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. v. 1. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 114

³⁹ TOURAINE, Alain. **O que é a Democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 151.

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 40. Tradução nossa, no original: "*The allocation of certain roles has an important function of allowing outcomes to be reached without forcing courts to make decisions on fundamental issues. Those issues are resolved by reference to institutional competence, not on their merits*".

⁴¹ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

Além disso, o tratamento será não isonômico, pois, em processos individuais, a decisão tomada terá valor apenas para aquela parte promotora da ação, em detrimento da coletividade, bem como, porque o próprio acesso à justiça é custoso, o que impede que cidadãos de baixa renda busquem obter aquele mesmo provimento favorável. Ainda, é possível constatar que essa tomada de decisão ocorre em um ambiente antidemocrático, considerando que o Poder Judiciário, de forma diversa dos Poderes Legislativo e Executivo, não se submete ao sufrágio direto, universal, igualitário e periódico. Também é verdade que os órgãos judiciários não são necessariamente melhores que o Legislador e que o Administrador Público para decidir sobre temas técnicos de gestão (até mesmo pela formação de profissionais e de informações disponíveis), motivo pelo qual o intérprete judicial deve respeitar regras já positivadas e as escolhas do poder político⁴².

Apesar disso, há na cultura jurídica hodierna a defesa do ativismo judicial (ainda que comedido), que justifica a violação de regras de competência e põe em risco as tarefas legítimas dos Poderes Legislativo e Executivo⁴³.

Em oposição ao ativismo judicial, Dworkin⁴⁴ destaca a moderação judicial no contexto da *common law*, cujos fundamentos são úteis para o sistema jurídico brasileiro:

⁴² Nos EUA, corrente conhecida como minimalismo judicial afirma que o Congresso norte-americano atua de modo mais democrático que a Suprema Corte, e que a Suprema Corte não é melhor que o Congresso para decidir sobre princípios e direitos fundamentais. Sobre o minimalismo, PETERS, Christopher J. Assessing the New Judicial Minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1454-1537. Out. 2000, e SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1999.

⁴³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129 e 138, mostra o ativismo judicial como violação dos limites impostos ao magistrado pelo próprio ordenamento. Com ressalvas mas numa perspectiva favorável ao ativismo, ROTHENBURG, Walter Claudius. A Dialética da Democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 429-440.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. [...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível.

O intervencionismo estatal desmedido que encontra seu ápice na coerção judicial é um grande risco à sociedade. É o que explica José Ortega y Gasset⁴⁵:

Imagine-se que sobrevém na vida pública de um país qualquer dificuldade, conflito ou problema: o homem-massa tenderá a exigir que imediatamente o assuma o Estado, que se encarregue diretamente de resolvê-lo com seus gigantescos e incontrastáveis meios. Este é o maior perigo que hoje ameaça a civilização: a estatificação da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado; quer dizer, a anulação da espontaneidade histórica, que em definitivo sustenta, nutre e impele os destinos humanos. Quando a massa sente uma desventura, ou simplesmente algum forte apetite, é uma grande tentação para ela essa permanente e segura possibilidade de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida nem risco – apenas ao premir a mola e fazer funcionar a portentosa máquina.

Porém, se é necessário que o Estado controle ou monitore certos segmentos socioeconômicos, e até mesmo parametrize aspectos da vida privada, essas medidas devem ser adotadas pelos Poderes constituídos em base democrática e segundo regras de competência estabelecidas pela Constituição⁴⁶ - por membros que receberam voto popular e delegação dos eleitores para atuarem em seus nomes, principalmente se estiver diante de escolhas que envolvem como e quando alocar receitas públicas escassas, em tempo de crise (conjuntural ou estrutural), para melhor atender programas sociais desenhados pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, diante de um cenário propício, em virtude da presença de “rendimentos” crescentes (alta carga tributária para custear o sistema),

⁴⁵ ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas**. Tradução de Felipe Denardi. Campinas: Vide Editorial, 2016. p. 193.

⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

juntamente com a deficiência do “mercado” (altos custos de transação na repartição das receitas por coerção judicial), é preciso promover uma verdadeira mudança institucional⁴⁷, com limitação de atuação do Poder Judiciário, “o que nos faz voltar para a solidez dos abrigos pragmáticos”⁴⁸.

Considerações finais

Crises econômicas, conjunturais e estruturais, podem impor decisões difíceis ou trágicas em relação a programas sociais, mesmo em países com déficits históricos como o Brasil, porque direitos corresponderem a custos que podem deparar-se com orçamentos públicos debilitados. Tendo a realidade como contexto impositivo e restritivo, o texto normativo de direitos sociais deve ser reelaborado pelos Poderes Legislativo e Executivo, equacionando suas contas públicas e promovendo mudanças, ainda que reduzam direitos sociais ou reduzam o ritmo de implementação progressiva prometido pelo Estado Democrático de Direito. Essas mudanças para reequilíbrio e sustentabilidade de compromissos sociais, levadas a efeito por exigências da realidade, potencialmente ensejam judicialização, favorecida pelo livre acesso à prestação jurisdicional e pela inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, que deve fazer interpretação integrada do contexto de crise com o texto positivado (para o que também serve a análise econômica do Direito), em face do que a vedação ao retrocesso social (em sua concepção teórica ou extraída da vedação “tendente a abolir” do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁹) não pode servir como fundamento para afastar legítimas e inevitáveis escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo de alocação de escassos recursos disponíveis.

É incontroversa a relevância da proteção social, mas sua compreensão deve ser conectada com a realidade, e em convergência com os demais imperativos do ordenamento jurídico. Por isso, a redução de benefícios sociais ou do ritmo de suas implementações se legitima se forem medidas extremas,

⁴⁷ NORTH, Douglass Cecil. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

⁴⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 526.

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

adotadas após debate transparente e democrático, respeitadas prestações sociais essenciais e vitais (p. ex., saúde básica, educação básica e assistência social à população economicamente miserável).

O Poder Judiciário deve respeitar as difíceis escolhas dos poderes políticos postas dentro de margens discricionárias fixadas pelo ordenamento jurídico, tendo como norte teórico a moderação judicial, razão pelo qual o controle judicial deve ser feito apenas em casos de violação formal ou de clara, objetiva e manifesta violação material da discricionariedade. Em áreas cinzentas, o Poder Judiciário moderado deverá respeitar as escolhas dos poderes políticos, até porque, além de não possuir legitimidade democrática na investidura e em competências definidas pela Constituição⁵⁰, suas escolhas não são necessariamente mais qualificadas que as feitas pelo Poder Legislativo e Poder Executivo (para os quais converge importante volume de complexas informações socioeconômicas, potencialmente avaliadas por corpo técnico).

Ao cabo, abre esta pesquisa norte investigativo para que outras possam ser realizadas, especialmente de maneira empírica, para comprovar os danos causados pela intervenção do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas, especialmente em tempos de crise.

Referências

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou visitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015.

⁵⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. v. 1. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

COASE, Ronald. O Problema do Custo Social. Tradução de Francisco Alves e Renato Caovilla. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44. 1960.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANCISCO, José Carlos. LOAS, Bolsa-Família e a Resiliente Desigualdade Econômica no Estado de Direito Brasileiro. In: ROCHA; Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; BORSIO, Marcelo Fernando; MELO, Raimundo Simão de (Orgs.). **Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho: direitos humanos nas relações sociais**. 1. ed. Belo Horizonte: RTM Editora, 2017. p. 234-246.

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. A Judicialização do Direito à Saúde no Constitucionalismo Brasileiro: escassez, custos e eficiência econômico-social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 13, n. 1, p. 238-264. 2018.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122. 2012.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 261-290. Jun. 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana: um tratado de economia**. Tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 107-151.

NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30. 2002.

NORTH, Douglass Cecil. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas**. Tradução de Felipe Denardi. Campinas: Vide Editorial, 2016.

PETERS, Christopher J. Assessing the New Judicial Minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1454-1537. Out. 2000.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A Dialética da Democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 429-440.

SILVA, Jorge Pereira da. Justiça Intergeracional: entre a política e o Direito Constitucional. In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (Coords.). **Justiça entre Gerações**: perspectivas interdisciplinares. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 93-137.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a Democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.