

LEAL, ROGÉRIO GESTA. CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES EFICACIAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – OS DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2009.

Resenhado por Rogério Luiz Nery da Silva*

A presente obra de Rogério Leal, aqui modestamente sumariada sob a forma desta “resenha”, enfrenta tema de alta recorrência na atualidade, no contexto da doutrina e jurisdição nacionais e também internacionais, percorrendo de transversalidade aspectos relativos à Teoria do Estado e da Jurisdição, notadamente a necessidade de repaginar suas instituições e, mesmo, algumas das concepções de democracia – já em notório esgotamento, como modelo para a sociedade contemporânea.

Jurista de prestígio nacional e autor de mais de dezenas de livros e artigos publicados em periódicos jurídicos de expressão, o Professor Doutor Rogério Gesta Leal é Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cargo ao qual ascendeu pelo mecanismo do quinto constitucional, em razão de sua intensa militância na advocacia gaúcha, notadamente sobre temas de direito social à educação – área que domina como poucos.

A produção se estrutura em duas grandes partes: *a parte I*, composta de dois grandes capítulos – o primeiro, dedicado ao estudo da natureza filosófica e jurídica dos Direitos Fundamentais Sociais e o segundo, à equação político-jurídica dos direitos sociais em relação ao atendimento do mínimo existencial; e *a parte II*, desenvolvida a partir do estudo de cinco casos concretos relativos aos direitos fundamentais sociais: direito de igualdade racial; direito aos serviços essenciais em caso de hipossuficiência financeira; direito à saúde; direito ao meio ambiente e à gestão das cidades.

No primeiro capítulo, verifica-se o aporte sobre questões complexas, como a atribuição aos direitos fundamentais da natureza de resultado do entrelaçamento entre direito e moral, com o estudo de matrizes filosóficas relacionadas às estruturas e conjunturas de organização social – de alto grau de diferenciação, cuja extensão pode ser melhor compreendida pelo estudo de aspectos políticos e culturais, a partir de clássicos, como: Peter Spiro, *The Judiciary and Legislation: on the role and legitimacy of Constitutional Adjudication* (2003); Robert Post, *The social foundations of privacy: community and self in the*

* Doutor; Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina; rogerionery@gmail.com

Common Law Tort (2004); Ronald Dworkin, *The judge's new role: should personal convictions count?* (2003); Laurence Tribe, *Constitutional Choices* (1985), e, do próprio autor – Rogério Gesta Leal, *Possibilidades procedimentais de controle dos conteúdos morais das decisões judiciais* (2005), entre tantos outros.

O livro demonstra como o modelo social foi aos poucos optando pela gradativa interferência ou direção na vida econômica, na rotina dos setores de produção – medida de natureza coletiva –, avocando o Ente Estatal à responsabilidade de tutelar mais eficazmente a vida política, voltada às satisfações de necessidades socioeconômicas básicas da população, visando rechaçar e mitigar os conflitos oriundos das correspondentes estruturas sociais. O ponto de especial importância para o presente estudo dos direitos sociais, neles incluído o direito à educação, é que, embora o Estado social tenha por finalidade garantir a efetividade da justiça social e a promoção da dignidade da pessoa humana, sua atuação deva ocorrer com base na ordem jurídica, orientado pela ética e destinado a assegurar os direitos humanos fundamentais e decorrentes prerrogativas; mas não precisa acontecer exclusivamente por iniciativa do Estado, também a sociedade pode e deve cumprir seu dever de solidariedade.

Valendo-se da lição de Cécile Fabre (*Social rights under the Constitution*, 2000), a proteção aos direitos fundamentais tem-se embasado em documentos internacionais que se desdobram em prever direitos, vedações ou garantias e princípios gerais, enfatizando que a soberania não se apresenta mais ilimitada. Estes documentos se estendem desde as Declarações das Revoluções Francesa e Americana, para alcançar a Carta do Atlântico entre Churchill e Roosevelt (1941) e a Declaração da Liga das Nações (1942), mas o grande marco histórico ocorreria no segundo grande pós-guerra, com a Declaração dos Direitos do Homem, da ONU (1948), que apesar da notoriedade enfrenta sistemáticas críticas ou pela carência de uma base filosófica ou teórica definidas ou por sua opção pela apoliticidade, mas, por outro, lado colhe o mérito de realizar a mediação entre o liberal e o social, pugnando não somente pela universalidade dos direitos humanos, mas, sobretudo, por sua indivisibilidade – no sentido de negar a separação entre os direitos individuais e os sociais. Destaca-se a Resolução n. 32/130 da Assembleia Geral, que assenta em definitivo a compreensão da indivisibilidade entre os direitos fundamentais.

Especial destaque é conferido pela obra aos dois pactos de direitos humanos – o dos Direitos Cíveis e Políticos e o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nesse último, em particular, saliente-se a assinatura em 1966, separada por 10 longos anos de sua efetiva entrada em vigor, com a Resolução n. 2.220/76, somente alcançando a ratificação de 75 Estados-partes em 1982. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômi-

cos, Sociais e Culturais (PIDESC) recebe tratamento detalhado à altura de sua importância, esmiuçadas as suas cláusulas, de modo a reforçar a investida modesta realizada pela Declaração de 1948 sobre os direitos sociais e econômicos (meros três artigos). Fica, entretanto, o registro de que o controle sobre o cumprimento do PIDESC é mais fraco do que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), pois no âmbito individual é possível recorrer às Cortes Internacionais de Direitos Humanos, enquanto que no social, previu-se procedimento específico perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, portanto, descartando o recurso subsidiário àquelas Cortes.

Também são objeto da abordagem as Convenções direcionadas a proteções específicas, como a Declaração Sumária dos Direitos dos Povos Indígenas (1945); a Convenção para a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção para a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção dos Direitos da Criança (1989); todas da ONU, bem como a Carta Social Europeia e a Carta Europeia de Direitos Humanos.

De recorrente importância, a discussão acerca do *status* destes tratados e convenções, em termos de monismo e dualismo, quanto aos procedimentos e efeitos de sua incursão no direito interno dos Estados-partes se mostra bem aparelhada, embora mereça para uma próxima edição a atualização em relação à evolução jurisprudencial operada pelo julgamento do RE 466.343-SP pelo STF, da relatoria do Ministro Cesar Peluso, com votos espetaculares, além do relator, os dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

No segundo capítulo, diante da dificuldade de equacionar política e juridicamente a relação Estado social *versus* direitos sociais, identifica-se que os Estados passaram a apresentar perfil de ativa participação no cotidiano das comunidades, a partir da Primeira Guerra Mundial, mediante postura mais intervencionista na ordenação dos recursos e na política econômica, quanto aos aspectos relacionados à sobrevivência e melhoria das condições da vida. Essa investida estatal teve amplo espectro, como o próprio autor exemplifica, partindo das escolhas quanto aos produtos estratégicos – tanto em termos internos quanto internacionais, decorrentes da guerra – para finalidades de definição das prioridades de produção, atingindo os níveis intermediários (*ex vi*. o aproveitamento, a distribuição e o controle da mão de obra) até alcançar pontos mais elementares, com a distribuição de alimentos. O fenômeno marca a transição da isenção característica do Estado liberal para uma economia controlada, por meio do intervencionismo do Estado social, cujo desafio se vincula à efetiva realização da justiça social, comprometida com o desenvolvimento da pessoa humana e com a licitude, tendo por suporte concomitante e inafastável o ordenamento jurídico:

A partir dessas ideias o autor conclui estar o Estado Social necessariamente vinculado às preocupações éticas orientadas à efetivação dos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais.

As garantias jurídico-sociais constitucionais, embora determinadas nas cartas políticas do período, não constituem efetivas limitações estatais em sentido estrito. Na verdade, expressam, fundamentalmente, o estabelecimento de parcerias e participações do poder público, com vistas a realizar os novos direitos e garantias relacionadas ao exercício da cidadania. Com apoio em Theodore C. Boven (*Estudio del derecho internacional positivo sobre derechos humanos*, Barcelona), vê-se que as tradicionais estruturas estatais passam a demonstrar sua ineficiência e a exigir nova conformação, o que se reverbera pela clara necessidade de rever os contornos conferidos originalmente ao dogma da soberania absoluta.

Destaca-se que – dado o seu interesse internacional – a efetivação dos direitos fundamentais não pode repousar apenas sobre a responsabilidade exclusiva e excludente do Estado –; isso demanda uma segunda análise também do reconhecimento da *legitimatío ad processum* do indivíduo, no cenário internacional, para além do papel de sujeito de direitos, com auxílio no magistério de Juan Travesso, *História de los derechos humanos y garantias* (2007).

Na discussão acerca do atendimento do mínimo existencial, faz-se a advertência de que não se trata de sustentar a possibilidade da mera alegação de carência de recursos por parte do erário para justificar o amesquinamento dos direitos fundamentais, dada sua repercussão sobre a vida dos homens e suas dignidades. O conceito de dignidade mínima aceitável, por si só, determina a sujeição dessas situações ao exame pelo Poder Judiciário, com a finalidade de que seja aferida a razoabilidade das condutas institucionais.

A obra adverte para a conveniência de aprimoramento dos parâmetros, das variáveis e dos fundamentos, além, é claro, da proporcionalidade de dosagem de cada um desses direitos sociais *sub examine*. É necessário considerar a respeito do custo que qualquer exercício de direito social, como educação e saúde, representa efetivo custo em dinheiro, que, por óbvio, não se traduz em compromissos desprezíveis, em nenhum país do mundo.

Sustenta-se a premente necessidade de saber dimensionar, nesse particular, as diferenças constitutivas das atividades/funções legislativas e judicantes no contexto de ordem democrática e sua projeção de seus signos sobre o ideário de Democracia Representativa. Isso porque a vida na sociedade democrática também conhece contradições necessárias, na obra, denominadas de *paradoxo democrático*, operado a partir de previsões constitucionais que garantam às maiorias políticas conjunturais algumas prerrogativas – caracterizadoras das formas de opressão interna operada sobre certas minorias políticas, cooptadas em favor de metas gerais de Estado.

No estudo dos casos concretos, após denso sobrevoo, incursiona o autor na problemática da eficácia dos direitos sociais; o problema tópico identificado pelo eminente autor se traduz nas competições que se estabelecem em torno do Judiciário: com o Parlamento, para a fixação de regras sociais cotidianas, na tentativa de *establishment* de um senso comum social – diante da ausência da norma jurídica o que se põe a desafiar o Estado-Juiz a assegurar os direitos e garantias individuais e sociais, como bem demonstra a tendência revelada de maior aplicabilidade do mandado de injunção; com o Executivo, pelas iniciativas de atendimento eficiente das demandas sociais, quer por inspiração democrático-republicana, quer pela casuística ou eleitoreira.

No caso das Medidas Provisórias, por exemplo, o Poder Judiciário brasileiro tem admitido a possibilidade de controlar suas razões de justificação e suas razões de fundamentação, com base nos requisitos de urgência e necessidade da medida. O Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões que reconhecem, ainda que em sede de excepcionalidade, a possibilidade do controle jurisdicional sobre a constatação dos pressupostos de validade para a edição de Medida Provisória (urgência da prestação legislativa e relevância da matéria a ser disciplinada), com fulcro de prevenir a ocorrência de abuso do poder de legislar (ADI n. 162/DF, Relator Ministro Moreira Alves), assim, também, nos casos de ausência dos citados pressupostos (RTJ 165/173-174, Relator Ministro Carlos Veloso).

O problema assume dimensões críticas no plano jurisdicional, despertando o questionamento em torno da legitimação das cortes e seus procedimentos. A fricção não se funda exclusivamente em sede de legalidade, mas, sobretudo, tem como pano de fundo as questões sociais – com natureza eminentemente política –, que deveriam corresponder às atribuições legislatórias do competente processo parlamentar, por meio dos mecanismos institucionais e seus consectários, como bem assinalam as obras de Carlo Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial* (2001) e Cass Sunstein, *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa* (2001).

Nem o Estado-Juiz nem o homem-juiz reúnem habilitação técnica, tampouco doutrinária para compreender os aspectos substantivos dos pleitos submetidos. A dificuldade em interpretar novos conceitos advindos com a sociedade industrial, com destaque aos de índoles coletiva e difusa – que reclamam precedência em relação aos economicamente desfavorecidos – na maioria das vezes, é capital em inviabilizar o adequado entendimento, desde situações simples às mais complexas e, por conseguinte, inibir o atendimento das demandas sociais dos hipossuficientes a serem efetivamente tutelados. Sem compreensão do problema, não há como estabelecer agenda, nem como equacionar eventuais soluções. O autor aponta visível dificuldade na dogmática em abordar os temas de Direitos Fundamentais,

em especial pela pouca familiaridade ora com o conteúdo, ora com o alcance das normativas internacionais pertinentes em vigor.

Nos países de modernidade tardia e economia dependente – como Brasil, África do Sul, México, Argentina e Índia – a necessidade de um Judiciário presente, voltado à promoção de medidas compensatórias, nem sempre encontra um Judiciário apto a assumir o papel de promotor das referidas medidas sociais compensatórias e, por que não, satisfativas, em certas e determinadas hipóteses de demandas individuais ou coletivas, com o objetivo central de assegurar o cumprimento de um mínimo existencial – conformador da dignidade da pessoa humana, o que se verifica em certos *cases*, representados por decisões judiciais sobre o tema do fornecimento de medicamentos, por exemplo, e assim como em outros relativos ao corte de energia elétrica ou de água; de outra sorte, deve-se ter em mente que essa postura não pode se tornar regra de conduta – espécie de fórmula substitutiva, de vertente emancipadora dos poderes instituídos e de suas funções democráticas, pelo que o autor pugna por que seja revisitado o ideário da Democracia Representativa, sobrevivente no sistema político ocidental.

O trabalho toma por premissa que, em uma sociedade plural, a comunicação política deve necessariamente se configurar autônoma, permeada por plena visibilidade e com viés includente. São revigorados modernos institutos de Democracia Representativa: o Parlamento – como formulador das ações políticas públicas promotoras dos interesses comunitários; o Executivo – jungido às funções operativas do projeto de vida societal – comprometido com a revisão de suas formas instituidoras, permanentemente aberto à discussão democrática: pelas vias da discussão, deliberação, constituição, execução e avaliação das políticas públicas a si atinentes.

Finalmente, espera-se um Poder Judiciário completamente imerso em compromisso republicano – a garantir as regras do jogo político societal quanto às ações e tensões em permanente atividade no espaço público cotidiano, que, como Habermas¹ denomina: “[...] relação circular entre autonomia privada e autonomia pública”, uma sendo reforçada/confirmada pela outra em movimento constante (e por vezes tenso).

Enfatiza-se a importância do sistema de mecanismos de compensações – *check and balances* – ativado de pronto quando da falha de algum dos Poderes de Estado, autorizando autocorreções sistêmicas a partir da atuação de outro Poder, que não o faltante. A medida e a intensidade da falha – e correspondente correção – instigadora de controle externo corretivo a partir do caso concreto.

Na parte referente ao estudo de casos tem-se o aprofundamento ponto a ponto das estruturas estudadas nos primeiros capítulos, de forma

¹ HABERMAS, Jürgen. *Communication and the evolution of society*. Boston: Beacon, 1979.

deveras elucidativa: o livro adverte que o esforço para garantir um padrão mínimo de segurança social não pode sacrificar substancialmente outros princípios ou interesses igualmente relevantes, de ordem constitucional. Na equilibrada restrição aos casos em que a manutenção do referido paradigma material, em termos de direitos sociais, estiver efetiva e concretamente ameaçada é que se admite, pela jurisdição constitucional, uma necessária, mas esporádica, ponderação de interesses, com o fito de reparar potencial restrição de bens jurídicos fundamentais e que venham a colidir com as supramencionadas demandas, pretensões e interesses dos jurisdicionados. Prossegue o autor, ressaltando que, nas demais hipóteses, haverá de se optar pela integração que conserve intocada e incólume a ordem normativa e preserve a concretização de todos os bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica.

Nessa perspectiva de análise, promove-se a reflexão quanto à importância da gestão das políticas públicas, desde a atuação do legislador até a sua implementação pelo administrador público, o que permite reiterar a noção de reserva do possível sempre que se discute a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Nessa linha de pensamento, é pertinente reconhecer que, com a ampliação dos direitos pela Lei Maior, haja a consciência de cidadania, em confronto com a omissão do legislador e, na falta de políticas públicas que contemplem objetivamente esse rol de direitos, muitos cidadãos recorram à justiça em busca da concretização de seus direitos sociais.

Como bem se pode inferir dessas poucas e resumidas linhas acerca do livro em comento, tem-se a certeza de que a obra ofereceu o tratamento digno da importância do tema, e, no melhor estilo, com a modéstia de não se posicionar como encerradora do tema, mas, sobretudo, de seu papel como instigadora de novas pesquisas e mais extensas reflexões em busca das respostas ao problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Data da submissão: 16 de outubro de 2012

Aceito em: 26 de outubro de 2012

