

CIDADANIA E ATIVISMO JUDICIAL: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM AS AÇÕES INDIVIDUAIS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DE SEGURIDADE SOCIAL

CITIZENSHIP AND JUDICIAL ACTIVISM : THE BRAZILIAN EXPERIENCE WITH INDIVIDUAL STOCKS IN THE EFFECTIVE SOCIAL RIGHTS OF SOCIAL SECURITY

CARLOS GUSTAVO MOIMAZ MARQUES¹

Sumário: Introdução - 1 O conceito de Cidadania - 2 A delimitação do cidadão pela constituição de 1988 - 3. Ativismo judicial - 4. A normatização constitucional *dos direitos de seguridade social* - 5. *As ações individuais: incompatibilidade da utilização de instrumento individual para concretização de direito genuinamente coletivo* - 5.1. *Realização da microjustiça (justiça comutativa) sob o pretexto de instrumentalização da macrojustiça (justiça distributiva)* - 5.2. Direitos sociais – direitos de dupla face - 5.3. *A quebra da isonomia e a transformação do direito em privilégio* - 6. Considerações finais - referências

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

INTRODUÇÃO

Há mais de duas décadas atrás o Brasil promulgava seu mais importante instrumento político na busca da efetivação dos direitos: a Constituição Federal.

Quebrando com vários paradigmas até então existentes, o novo sistema constitucional trouxe em seu texto garantias e direitos até então inexistentes.

Justamente em razão do detalhamento, a Constituição brasileira acabou-se caracterizando de forma peculiar, na medida em que quase tudo está lá definido, ainda que por diretrizes ou preceitos.

Essa característica fez com que quase todos os pontos e temas jurídicos pudessem ser apreciados e debatidos constitucionalmente, ganhando jurisdicionalidade².

É assim que fenômenos como o “ativismo judicial”, que em muitos Países apresentam intensa discussão no campo doutrinário, no Brasil, a ele extrapolou, colocando-se já como realidade da praxe jurídica: para constatação, por exemplo, cita-se a decisão do Supremo Tribunal Federal que garantiu a pesquisa e utilização das células-tronco, a união homoafetiva, sem falar nos atuais debates envolvendo à seguridade social (concessão ilimitada de medicamentos, definição de miserabilidade para proteção assistencial pecuniária e desaposeção).

Ainda que o debate doutrinário quanto à legitimidade do ativismo judicial fomenta grandes e acirradas discussões, na prática, o dia-a-dia da Corte Suprema, como apontado no parágrafo anterior, já autoriza a conclusão de que o ativismo judicial no Brasil é uma realidade.

² Cumpre destacar, desde já, que judicialização e ativismo judicial (que será abordado no presente trabalho) não se confundem. Como ensina José Roberto Barroso, “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (2009, p. 6).

Assim, seja pelo aspecto sociológico (o passado próximo marcado pela ditadura militar, a queda do presidente da república e os sucessivos escândalos de corrupção), seja pelo aspecto jurídico (o caráter extremamente analítico do texto constitucional brasileiro), o fenômeno ativista é uma realidade nacional.

Partindo desta constatação, o presente texto busca analisar se o fenômeno ativista, quando legitimado por ações individuais, tem contribuído para efetivação dos direitos sociais de seguridade social e, conseqüentemente, para a própria efetivação da cidadania.

1. O CONCEITO DE CIDADANIA

Como observa Jaime Pinsky, a definição de cidadania é algo dinâmico, face ao seu forte elemento histórico, “o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço” (PINSKY, 2010, p.09). Assim, ainda que o termo cidadão ganhe contornos específicos de acordo com o tempo e o local, um núcleo fundamental dele pode ser extraído. É justamente esse que se busca apresentar.

Apesar de ser possível apontar o gênese da cidadania já na antiguidade (a democracia da polis gregas, os institutos protetivos dos romanos, etc.) há consenso no sentido de que o termo “cidadania”, como empregado hoje, origina-se com o surgimento do Estado³ e ganha corporificação com as revoluções burguesas. Isto porque, é como consequência dessas revoluções que o indivíduo torna-se sujeito de direito dentro de um Estado, direitos esses que, ao longo da história vão se constituindo e agregando por várias dimensões ou gerações.

Como expõe Marshall, o desenvolvimento das gerações dos direitos que definem a cidadania, inicia-se no século XVIII, na Inglaterra, e se caracteriza pela aquisição dos direitos civis: direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei; desenvolve-se no século XIX, com o reconhecimento e absolvição dos direitos políticos (participação política/governamental) e se consolida no século XX com o reconhecimento dos direitos sociais: direito ao trabalho, à educação e

³ Como descreve Gianpaolo Poggio Smanio, “o momento histórico do surgimento do uso linguístico da expressão ‘cidadania’ no sentido que evoca o que utilizamos atualmente encontra-se em Jean Bodin, em 1576, nas *Les Six Livres de La Republique*, onde ocorre o início da fundamentação jurídica do Estado Moderno, como poder absoluto, perpétuo e incondicionado do soberano sobre os súditos. A formulação da ideia de soberania traz a conceituação da cidadania como instituto” (2009, p. 13).

saúde.

Dentro dessa perspectiva, o mencionado autor define cidadão como o detentor de direitos, ou seja, o *status* concedido pelo Estado a todos os indivíduos já que a estes estão conferidos todos os direitos. Assim, cidadania pode ser compreendida como o conjunto de direitos civis, políticos e sociais.

Dentro desse ciclo evolutivo, faz-se necessário chamar atenção para um fato histórico: a Revolução Francesa de 1789. Como ensina Paulo Bonavides, “a Revolução do século XVIII gênero de importantíssimas renovações institucionais, na medida em que içou a favor do Homem, a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade, decretando, com seus rumos, o presente e o futuro da civilização”⁴. O lema que embasa a revolução transforma-se em verdadeiro axioma principiológico a construir as gerações dos direitos acima sintetizadas, reorientando o fenômeno jurídico do constitucionalismo (constituições escritas e rígidas, divisão de poderes, direitos individuais, soberania popular, etc) e servindo de lastro para toda a atuação política do Estado.

Na perspectiva do Estado, os direitos de primeira dimensão (civis e políticos) impunham Àquele uma orientação passiva, de não intervenção na liberdade de ação individual e no contrato (inclusive laboral). Era o “Estado liberal”, ou seja, a liberdade tendo como premissa a igualdade formal: se todos são iguais e hipersuficientes, bastaria ao Estado garantir essa liberdade (não intervindo) para que assim estes conseguissem seu pleno desenvolvimento. Por seu turno, o *estado social*, decorrente da constatação de que a real liberdade se faz com a efetivação da igualdade, impõe ao Estado uma efetiva atuação na concretização da isonomia. Como observa Fernando Aith “caberia ao Estado, desta forma, interferir na atividade dos particulares para que estes usufruíssem da liberdade individual sem que com isso prejudicassem os direitos sociais e a busca pela igualdade, através da solidariedade e fraternidade” (p. 224).

De forma precisa, sintetiza Paulo Bonavides quanto à atuação do Estado desde a revolução francesa até os dias atuais:

Estado liberal, Estado socialista, Estado social com primazia dos meios

⁴ Continua destacando, “daquele lema derivam, ao mesmo passo, as diretivas revolucionárias fadadas a se concretizarem no decurso da ação política subsequente. Dos três dogmas, já referidos, partiram os espécimes de cada Revolução com que se particularizam as fases imediatas da caminhada emancipadora, ou se define cada momento singular e transformador da História, ou, ainda, se alcança um grau qualitativo na progressão daquela divisa que faz o Homem ocupar o centro de toda a tecnologia do poder sobre a Sociedade” (2008, p. 149).

intervencionistas do Estado e, finalmente, Estado social com hegemonia da Sociedade e máxima abstenção possível do Estado – eis o largo painel ou trajetória de institucionalização do poder em sucessivos quadros e modelos de vivência histórica comprovada ou em curso, segundo escala indubitavelmente qualitativa no que toca o exercício real da liberdade (2008, p. 149).

É nessa toada que o Estado apresenta-se como o principal, ou um dos principais, agentes sociais de reconhecimento e concretização da cidadania, principalmente quando o objeto em estudo trata-se justamente da análise da efetivação dos direitos sociais de seguridade social.

Por outro lado, se a atuação do Estado mostra-se imprescindível para a concretização dos direitos dos cidadãos, não menos importante também está a própria colocação de qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos como co-autor social na efetivação da cidadania. Daí porque se afirmar que a definição de cidadania não se restringe ao reconhecimento de direitos, mas também a uma gama de deveres desses indivíduos/cidadãos para com a sociedade. Nesse sentido observa Ana Maria D'Ávila Lopes:

A cidadania deve ser concebida com um direito, sendo que, simultânea e paralelamente, a não de dever deve ser inserida no seu conteúdo, já que não existem direitos sem seus correlatos deveres. O grande erro da concepção de Marsall foi ter conceituado a cidadania como um status, ou seja, como um estado que, uma vez concedido ao indivíduo, não exige nada dele para conservá-lo. A visão estática e individualista de cidadania deve ser superada, na medida em que a experiência histórica mundial de violência, injustiça e desigualdade tem comprovado a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, com base no valor da solidariedade, essencial à sobrevivência de qualquer comunidade (2006, p.25) .

Diante de todo o exposto, pode-se definir cidadania como sendo o elo que confere a qualquer indivíduo a titularidade de direitos e deveres ínsitos à condição humana, sejam eles de dimensão civil, política ou social. Mais que um direito, contudo, é também um dever, pois compete a todos a construção e efetivação desses direitos que ela própria busca resguardar (dever de solidariedade)⁵.

⁵ “Desta forma, a nova dimensão do conceito de cidadania não pode prescindir da idéia de solidariedade, para resgatar o seu sentido de participação política, bem como para a garantia da efetivação dos direitos fundamentais” (SMANIO, 2008, **Ciências Sociais Aplicadas em Revista - UNIOESTE/MCR - v.14 - n. 26 - 1º sem.2014 - p 9 a 37 - ISSN 1679-348X**)

Conclusão: o conceito de cidadania evolui na mesma perspectiva que evoluíram os direitos humanos, irradiando seus efeitos na “constitucionalização” pelos Estados e, se Estado é o principal (ou um dos principais) agente na efetivação destes direitos, faz-se necessário analisar como a Constituição Federal de 1988 delimitou a cidadania e que instrumentos se vale o Estado na concretização destes.

2. A DELIMITAÇÃO DO CIDADÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal emprega o termo “cidadão” por doze vezes:

*Art. 5º, LXXIII - qualquer **cidadão** é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;*

*Art. 58, §2º. V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou **cidadão**;*

*Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos **cidadãos**, na forma e nos casos previstos nesta Constituição*

*Art. 74, § 2º. § 2º - Qualquer **cidadão**, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.*

*Art. 89,VII - seis **cidadãos** brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução. (participação no Conselho da República).*

*Art. 97 II - justiça de paz, remunerada, composta de **cidadãos** eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o*

processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Art. 101. *O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.*

Art. 103-B, XIII - *dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (composição do CNJ)*

Art. 103-A VI *dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.(composição do CNMP).*

Art. 131. § 1º - *A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.*

ADCT,Art. 8, §3. § 1º - *A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.*

ADCT,Art. 64. *A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.*

Partindo da forma como o termo “cidadão” é empregado pelo constituinte, pode-se afirmar, de forma superficial, que o Texto Constitucional não abarca a definição de cidadania apresentada anteriormente no presente texto, tratando e delimitando-a tão somente cidadania como aptidão para a vida política em um determinado Estado. Consequentemente, cidadania estaria assim definida e orbitando em dois elementos: nacionalidade e direitos políticos.

É justamente nesse viés que parte da doutrina constitucional define cidadania. Nesse sentido aponta José Afonso da Silva:

Cidadania, já vimos, qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Cidadão, no direito bra-

sileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências. Nacionalidade é o conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão (2000, p. 348-349).

No mesmo caminho segue Alexandre de Moraes:

Cidadão: é o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) no gozo dos direitos políticos e participantes da vida do Estado. (1997, p. 176).

No entanto, se atentado for para o termo “cidadania”, também empregado na Constituição, verifica-se que a concepção de cidadania como status do indivíduo restrito aos direitos políticos encontra-se insuficiente:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a **cidadania**;

Art. 5º.

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à **cidadania**;

LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da **cidadania**.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre

XIII - nacionalidade, **cidadania** e naturalização;

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, **cidadania**, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, **cidadania**, direitos individuais, políticos e eleitorais;

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da **cidadania** e sua qualificação para o trabalho.

Ora, se cidadania constitui-se pela junção de nacionalidade e direito político, por qual razão colocou o constituinte especificamente o termo “cidadania” nos artigos 62 e 68 se já havia sido destacado à nacionalidade e aos direitos políticos? Por qual razão, no art. 5, inciso LXXI, frisar a viabilidade do mandado de injunção para salvaguardar direitos de “cidadania” se as prerrogativas inerentes à nacionalidade (e que inclusive os direitos políticos) já havia sido resguardado?

Se é princípio basilar de hermenêutica que a norma não tem palavras inúteis, há que se concluir que o termo “cidadania” empregado nos artigos 5º, 62 e 68 apresenta uma conotação muito maior daquela restrita ao exercício de direitos políticos pelo nacional.

Agrega-se a isso, o fato de que “a cidadania” e não apenas “os direitos dos nacionais” foi colocada como um dos objetivos fundamentais da Constituição (art. 1º, II), bem como de que ao tratar dos direitos políticos dos nacionais em momento algum a Constituição usa o termo “cidadania” ou “cidadão”.

Findando qualquer dúvida quanto à exatidão do conceito constitucional “cidadania”, vem a própria concepção do constituinte em delimitar o Brasil como um “estado democrático de direito”, cujos objetivos fundamentais, dentre outros, é a construção de um sociedade livre justa e solidária (art. 3º, inciso I).

Se a Constituição agasalha os direitos sociais e se a própria construção da “cidadania”

se desenvolve na mesma toada da evolução dos direitos humanos (a estes correspondendo), não há como dissociar a definição do sujeito de direitos constitucionais (cidadão) com a própria definição dada ao Estado (estado social) pela Constituição.

Ademais, a vinculação entre nacionalidade e gozo de direitos políticos liga-se a definição apresentada pelo estado liberal (direito civis e políticos), vindo a ser superada com os direitos de segunda geração (direitos sociais): a Constituição brasileira institui-se como estado social, na medida em que tem como objetivo principal a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria, apontando constitucionalmente instrumentos para isso (ordem econômica e social – Títulos VII e VIII)

Assim, falar que a concepção de cidadania apresentada pelo constituinte brasileiro delimita-se como sendo o nacional com direitos políticos é atestar a contradição da própria Constituição que reconhece a dimensão social dos direitos humanos, mas ignora esses direitos quando define os titulares desses direitos (cidadãos). Nesse sentido explica Smanio:

A Constituição Federal de 1988 desvinculou a cidadania da nacionalidade, conferindo maior amplitude ao seu significado. Hoje podemos afirmar que ao lado do conceito liberal de cidadania, de vinculação à nacionalidade, como concessão de direitos políticos de votar e ser votado há o conceito amplo, compatível com a nova dimensão da cidadania, como expressão de direitos fundamentais e solidariedade. (2008, p. 340).

Dessa forma, há que se concluir que nossa Constituição Federal reconhece como direitos de cidadania todos aqueles direitos constitucionais fundamentais, seja de dimensão civil, política ou social.

Se cidadania é o direito a ter direitos, quaisquer medidas que justamente busquem efetivar direitos fundamentais é medida de fortalecimento da cidadania.

Hoje, se no mundo ocidental a efetivação de direitos fundamentais civis e políticos se apresentam, de forma geral, como uma realidade concreta, a grande problematização ainda ocorre na efetivação dos direitos sociais. Direitos esses de extrema importância para a própria afirmação da condição de cidadão como um todo: sem efetivação dos direitos sociais não se pode falar efetivamente em liberdade, muito menos ainda em igualdade, visto que as principais fontes de privação da liberdade

são justamente pobreza, tirania, destituição social sistemática, negligência de serviços públicos, etc⁶. Sob esse aspecto sintetiza Hannah Arendt:

A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos (2003, p. 7).

Partindo do pressuposto de que o ativismo judicial tem como lema a maior efetivação dos direitos fundamentais resguardados constitucionalmente, seu estudo mostra-se relevante na medida em que pode sinalizar um novo caminho jurídico para a real efetivação dos direitos sociais e, por consequência, da própria cidadania.

3. ATIVISMO JUDICIAL

Alimentado pela ideia neoconstitucional de que o Estado Constitucional não se constitui pela ruptura entre Direito e moral e busca traçar parâmetros claros para a concretização normativa, o fenômeno do ativismo judicial coloca-se como o mecanismo judicial de potencialização e concretude dos direitos constitucionais.

Como define José Roberto Barroso, o ativismo judicial “expressa uma postura do intérprete, um odo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário” (Barroso, 2009, p. 17). Destaca:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do

⁶ Como observa Amartya Sen (2005, p. 17-18), o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. A liberdade é a que o desenvolvimento promove. Consequentemente, “o desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência de serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”⁶. Assim, a liberdade é central para o processo de desenvolvimento, seja em razão de sua natureza avaliatória (pois ela permite verificar primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas), seja por sua eficácia (a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas – quanto maior for a liberdade individual, maior será o desenvolvimento social). E isto é facilmente corroborado por nossa história, basta observarmos que a busca pela eliminação das necessidades sociais é que traz a linha evolutiva desde a proteção individual até o surgimento do estado social de direito.

Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (2008).

Segundo Elival da Silva Ramos (2009, p. 99), “por ativismo deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.

Partindo das definições acima apresentadas, pode-se concluir que o ativismo judicial compõe-se do seguinte núcleo: atuação judicial que reconhece o direito além do que definido pelo comando normativo (administrativa e legislativa em sentido estrito).

O presente texto busca analisar a efetivação dos direitos de seguridade social, pela via individual, compreendendo o fenômeno ativista a partir dessa definição. Assim, todo o raciocínio desenvolve-se focando nas hipóteses em que a atuação judicial se coloca além dos limites fixados pela legislação (aqui compreendida lei ou ato normativo administrativo) para o reconhecimento de um direito social.

4. A NORMATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DE SEGURIDADE SOCIAL

Quando se fala em direito social pensa-se, de forma geral, nos direitos postulados em face do Estado, que podem exigir ação negativa ou ação positiva.

De regra, exigem comportamento positivo, visto buscarem uma atuação do ente político (muitas vezes consubstanciada em um serviço). No entanto, há direitos sociais eminentemente negativos, como são os casos dos direitos de greve e de sindicalização.

Não há dúvidas de que as hipóteses típicas de normatização dos direitos sociais de seguridade social (objeto da presente análise) são aquelas em que há a dependência de atuação legislativa complementar e que o objeto desta obrigação exija um comportamento ativo (prestação) do Estado. Tanto assim o é que o constituinte originário foi claro em dispor que “*competete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social*” (art. 194, parágrafo único), afirmação corroborada depois nos artigo 200: “*ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei*” (...); artigo 201: *a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, (...)*; e 203, inciso V: *a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.*

Tendo em vista que os direitos de seguridade social se apresentam no cenário constitucional dependendo de complementação legislativa, e sendo o “ativismo judicial” o mecanismo pelo qual se busca a efetivação dos direitos sociais face à possível inação (total ou parcial) ou até mesmo retração dos Poderes Legislativo e/ou Executivo, não restam dúvidas de que o ativismo judicial tem se desenvolvido nessa ceara.

Isto é facilmente constatado quando se observa que o Supremo Tribunal Federal tem, dentro de sua pauta de análise (com incidente de repercussão geral reconhecido), os seguintes temas envolvendo a seguridade social:

1. **Previdência:** tema – desaposentação: possibilidade do segurado se desaposentar para obter nova aposentadoria mesmo o regime geral apresentando regra proibitiva nesse sentido (art.18, da Lei 8.213/91) – Recurso Extraordinário nº 661.256/DF ;
2. **Assistência:** tema – fixação da miserabilidade para obtenção do benefício assistencial de prestação continuada: possibilidade de se conceder o beneficiário mesmo que o interessado não observe o requisito objetivo que fixa a Lei 8.742/93 (art. 20, § 3º) – Recurso Extraordinário nº 567.985/MT ;
3. **Saúde:** tema – concessão de medicamento/tratamento: reconhecimento do direito à obtenção de qualquer medicamento/tratamento, ainda que o mesmo não esteja dentro daqueles fornecidos pelo SUS, sejam de alto custo ou que devam ser realizados no exterior – Recurso Extraordinário nº 566.471/ES.

Os três temas apontados podem ser caracterizados como hipóteses de “ativismo judicial”, visto que o Poder Judiciário buscou expandir o traçado pelos Poderes Legislativo e Executivo, justamente para tornar mais expansiva a teia de proteção social à luz da Constituição.

Diante desse contexto apresentado pode-se chegar a duas constatações: 1. Nas três hipóteses discute e postula-se que o Poder Judiciário reconheça o direito “além” do que fixado pela norma administrativa ou legal; 2. Que as discussões e a “potencialização” dos direitos advindas do fenômeno ativista foram postas, em geral, por meio de ações individuais.

Se o ativismo judicial tem se afluído por meio das ações individuais, resta a indagação se é possível compatibilizar a efetivação dos direitos sociais pelas ações individuais, tendo em vista que o objeto do direito trabalhado em tais ações é genuinamente da coletividade.

5. AS AÇÕES INDIVIDUAIS: INCOMPATIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTO INDIVIDUAL PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITO GENUINAMENTE COLETIVO

Ninguém diverge de que o direito social se caracteriza pela titularidade coletiva e pela busca da concretização da isonomia material. Como aponta Osvaldo Canela Junior, “*os direitos fundamentais sociais foram concebidos para garantir a igualdade substancial de todos os membros da sociedade. O objetivo da satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais é o fornecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento a todos os integrantes da sociedade. Logo, estes bens da vida devem ser disponibilizados indistintamente, sem quaisquer privilégios particulares*” (p. 114).

Dessa forma, há que se concluir que toda sistemática que alimenta os direitos sociais gravita sob duas regras básicas: 1. O direito de todos sobre bens coletivos; 2. A busca pela isonomia material.

A concretização dos direitos sociais por ações individuais se contrapõe a essas duas ordens. Assim vejamos:

5.1. REALIZAÇÃO DA MICROJUSTIÇA (JUSTIÇA COMUTATIVA) SOB O PRETEXTO DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DA MACROJUSTIÇA (JUSTIÇA DISTRIBUTIVA)

Como já apresentado, ao tratar dos direitos sociais, em especial dos direitos de seguridade social, fala-se em direito coletivo por essência, cuja caracterização se apresenta pela pluralidade de indivíduos titulares de um direito coletivo e abstrato, que só poderá ser mensurado e divisível a cada titular, quando essa repartição puder ser estendida, ainda que abstratamente, a todos. Daí porque se falar em justiça distributiva.

Se o ativismo judicial em matéria de seguridade social vem ganhando força justamente por meio das ações individuais, uma primeira problemática precisa ser ponderada: como se falar em justiça distributiva dentro do processo judicial individual, identificado e criado justamente para dirimir conflitos individuais e produzir justiça comutativa?

Como lembra José Reinaldo da Lima Lopes (2006, p. 199), o processo judicial tradicional caracteriza-se como instrumento hábil para dirimir conflitos de direitos individuais (divisíveis) entre partes identificadas ou identificáveis (estrutura bipolar), reportando-se a fatos passados (natureza retrospectiva). Por seu turno, os direitos sociais envolvem necessariamente direitos coletivos (bem comuns), com destaque ao caráter plurilateral do conflito (justiça distributiva) e reportando-se a fatos futuros (impingindo a realização de serviços públicos com intuito de relocação da riqueza). Como todo o sistema foi estruturado dentro da idéia do processo judicial tradicional (operacionalizado para realizar justiça comutativa), o mencionado autor destaca seis pontos que denomina “*limites do judiciário*” para analisar questão envolvendo direitos sociais dentro do processo tradicional. São eles: 1. os limites da coisa julgada; 2. legitimação política para decidir; 3. o processo contraditório bilateral; 4. a inércia institucional; 5. o precedente, a tradição e a cultura jurídica; e 6. o aparelhamento insuficiente⁷.

⁷Em apertada síntese, disserta o autor que a justiça distributiva é coletiva por definição, torna-se temerário o julgamento tendo por base relações processuais individualizadas. “Ao decidir os casos em bases individuais, ao criar precedentes em bases individuais, o risco é julgar com critérios de justiça comutativa problemas de justiça distributiva. Podem-se até invalidar normas cuja razão de ser é, necessariamente, coletiva e distributiva” (2006, p. 134). Não menos, nossa Justiça está tradicionalmente estruturada para dirimir conflitos individuais, o que leva, muitas vezes, a esquecer que, por se tratar de questões comuns, “ou de bem comum, a iniciativa de alguns pode significar, mediamente a lesão de outros” (2006, p. 136). Sem falar na deficiência estrutural: a justiça distributiva exige capacidade de obter informações que vai além dos

Ora, justiça social nada mais é do que a tentativa de disposição geral e concomitante sobre bens coletivos, justamente para se dirimir a desigualdade e alcançar a isonomia material. Não se trata de mera restituição ao estado anterior (justiça comutativa), mas sim de promover medidas buscando (re)construir o meio social, ou seja, diminuir desigualdades (justiça distributiva).

Como orienta a própria acepção da palavra, distribuir é atribuir a diversos, partilhar, espalhar em diversos sentidos. Se fazer justiça distributiva é tomar algo que seja um todo e dividi-lo entre todos do grupo, só se poderá falar em adjudicação legítima do direito quando se verificar a possibilidade de exercício simultâneo e na mesma extensão a todos aqueles que se encontram na mesma situação.

É justamente nesse ponto que esbarra a concretização da “justiça” e dos próprios valores constitucionais empregados para justificar o ativismo e embasar o comportamento proativo das diretrizes constitucionais nas ações individuais.

5.2. DIREITO SOCIAIS – DIREITOS DE DUPLA FACE

Direitos sociais nascem e se constituem alicerçados no princípio da solidariedade. Sua delimitação está calcada na disposição individual de bens coletivos. Ainda que fundamentais, sua titularidade está calcada no todo, diversamente dos direitos individuais ou coletivos (de cada indivíduo isoladamente ou em conjunto/grupo).

Sendo genuinamente um direito coletivo, sua definição se faz pela própria coletividade a qual está inserido. Daí a necessidade de se observar que tais direitos não devem ser visto e apontados como “direitos subjetivos” de forma isolada e sem contextualização: os direitos sociais só podem ser apontados como “direitos subjetivos” quando a perspectiva coletiva prévia assim o tenha definido. Nesse sentido esclarece José Reinado Lopes:

limites materialmente impostos pela organização dos tribunais e juizados de primeiro grau, com questão envolvendo o meio ambiente, ou o aumento de uma tarifa de serviço público, ou o orçamento de educação pública (2006, p. 137). Além do que “a falta de poder de iniciativa retira do Judiciário a possibilidade de estabelecer uma agenda, uma política, isto é, um conjunto de atos determinados para atingir um certo objetivo. Os tribunais, por definição, num sistema republicano, democrático e não inquisitorial, são privados do poder da espada e da bolsa: ora, uma reforma social exige alocação de recursos, que os tribunais são proibidos de fazer pela appropriation clause da Constituição (proibindo que o tesouro faça qualquer pagamento sem que haja autorização legislativa)” – 2006. p. 196

Embora todos tenhamos interesses sobre estas coisas, nenhum de nós tem um direito subjetivo sobre uma destas coisas em particular pela mesma razão que um condômino não tem um direito subjetivo exclusivo e excludente sobre uma parte qualquer de um bem condominial pro indiviso. O exercício de seus respectivos direitos está condicionado à possibilidade de exercício simultâneo e na mesma extensão do direito dos outros condôminos (LOPES, 2006, p. 170).

É justamente por isso que a própria afirmação de que direito social gera “direito subjetivo”⁸ deve ser vista observando essa dicotomia (interesse da coletividade justificando aquele). Tanto que o direito subjetivo inexistente quando se contrapõe ao coletivo. Assim observa Daniel Marchado da Rocha (p. 87):

(...), quando se enfocam as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, o que se pretende, inicialmente, é fazer ver que estes não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes, mas que estes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como valores ou fins a que esta se propõe a seguir, possuindo uma função diretiva de ação. A descoberta da faceta objetiva dos direitos fundamentais desencadeou uma profunda renovação nos fundamentos da dogmática dos direitos fundamentais, os quais, como direitos de dupla face, não se limitam a uma função de direitos de defesa nem tampouco ficam restritos à noção de direitos subjetivos.

A perspectiva dos direitos fundamentais, portanto, revela as funções distintas desempenhadas pelos direitos fundamentais que poderiam ser apontadas como uma faceta axiológica e a sua “mais-valia” jurídica, expressão consagrada por Vieira de Andrade. Por seu turno, como áreas de intensa irradiação da referida “mais-valia” jurídica dos direitos fundamentais, cabem destacar; a)

⁸ Como destaca Marcos Paulo Veríssimo, “direito subjetivos” significa a titularidade e controle sobre determinado bem consagrado pelo direito privado e que expressa o viés típico do individualismo individual. Por isso destaca: *direito subjetivo e interesse são, por isso, categorias inseparáveis, pontos distintos numa mesma escala de grau. Mas sua distinção como modelos ideais gera percepções esclarecedoras. Uma delas, que tem toda a utilidade para a compreensão dos desafios gerados pelo novo contencioso de políticas sociais, é que, “ao passo em que os direitos subjetivos aparecem pré-constituídos antes de todo o litígio, os interesses somente tomam verdadeira consistência quando, por ocasião do litígio, suscita-se a regra ou a obrigação da qual eles são a contrapartida (p. 133)*

as garantias institucionais; b) a eficácia externa e o dever de proteção; c) a organização e o processo; d) outros efeitos normativos.

A faceta axiológica seria relevante para legitimar restrições aos direitos subjetivos individuais, à medida que esses incorporam e expressão valores comunitários, razão pela qual o seu exercício deve ser aquilatado também sob o ponto de vista da comunidade. Nesse sentido, ela legitimaria não apenas restrições aos direitos subjetivos individuais, como também contribuiria para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que o seu núcleo essencial deva ser sempre preservado. (destaquei)

Dessa forma, para a delimitação de um direito individual social, faz-se necessário a conjunção do binômio direito subjetivo – bem comum. Como consequência, “ninguém pode operar distribuições sem considerar o conjunto inteiro dos possíveis candidatos à fruição do benefício que será distribuído. Ao menos, ninguém pode fazê-lo sem que se perca a racionalidade da operação distributiva, ou sem que se obtenham resultados finais indesejados sob o ponto de vista da racionalidade que se quis aplicar” (VERÍSSIMO, p. 112). Até porque só se pode dizer o que pode ou deve ser apropriado (direitos subjetivo) quando se tem a exata compreensão do que se tem (bem comum).

Nas ações individuais, como o foco da questão é apresentada apenas e tão somente sob a perspectiva subjetiva, inexistente qualquer análise do aspecto objetivo (interesse da coletividade). O bem da vida buscado e delineado nas ações individuais é o bem particular (direito subjetivo) e não o bem comum. Consequência: define-se um direito plurilateral pela perspectiva individual.

Um outro exemplo pode ser apontado: ações individuais em que se discute a fixação da miserabilidade envolvendo o benefício assistencial de prestação continuada⁹.

⁹ Em apertada síntese, a discussão envolvendo a definição da miserabilidade para fins de obtenção do benefício assistencial pode ser assim contextualizada:

A Constituição Federal garante a concessão do benefício assistencial no valor de um salário mínimo ao idoso ou deficiente tido por miserável, miserabilidade esta aferida “conforme dispuser a lei” - art. 203, V, CF.

O legislador ordinário (Lei 8.72/93) definiu miserável como sendo todo aquele “cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

Ante o quantum fixado pelo legislador ordinário, há mais de quinze anos o Poder Judiciário vem discutindo essa definição. O Supremo Tribunal Federal, já em 1996, apontou pela higidez do conceito legal, asseverando que “o gozo do benefício depende de comprovação na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição” (fragmento do voto vencedor proferido pelo Ministro Nelson Jobim no julgamento da Adin 1.232/DF).

O cerne para a ampliação da definição da miserabilidade, pela Justiça, se dá justamente na necessidade de melhor proteger os miseráveis, permitindo assim que um maior número de pessoas efetivamente consigam a proteção do sistema assistencial.

Analisando sob a perspectiva individual, o raciocínio não merece censura. No entanto, quando a questão é abordada sob a perspectiva da coletividade, os contornos dessa maior proteção se mostra questionável. Assim vejamos:

Se empregado for o raciocínio desenvolvido pela jurisdição ativista, estima-se que o aporte orçamentário do benefício assistencial de 0,5% do PIB, e que hoje atinge menos que 4 milhões de pessoas¹⁰, passará a comprometer o orçamento no aporte de 1,5% do PIB (mais do que o dobro do programa assistencial “bolsa-família”).

Pelo viés individual, não há dúvidas de que a interpretação dada pelo Poder Judiciário vai efetivamente proteger novos miseráveis que, pela regra legal, estariam de fora. No entanto, se agregado for a esta análise também o viés coletivo, essa raciocínio não se mostra tão evidente assim, pois se deixa o foco individual e parte para análise macro, da proteção assistencial social como um todo: novos argumentos entram, inclusive no que diz respeito à interação entre as diversas políticas públicas de proteção à miserabilidade: concomitante com o benefício de prestação continuada, a assistência social trabalha também com outro instrumento de proteção social que é o bolsa-família, e que tem sido destacado como um dos principais instrumentos de combate a miséria brasileira¹¹.

Apenas para apontar a complexidade da análise quando abordado pelo viés coletivo, cumpre destacar que, em termos financeiros, o bolso família compreende hoje 0,6% do PIB, e protege quase 14 milhões de famílias¹².

Mesmo com as conclusões apresentadas no julgamento da Adin acima mencionada, o Superior Tribunal de Justiça, aliado na quase unanimidade com os demais Tribunais, permanece com posicionamento radicalmente contrário, admitindo a flexibilização do conceito legal. Por isso, aponta o critério legal, trazido pela Lei 9742/93, como um “critério mínimo”, e não absoluto, podendo “ao magistrado, diante do caso concreto, aferir a carência e o estado de miserabilidade autorizadores do deferimento do benefício por outros meios” - STJ – AgRg no AgIn no. 490.841 e Resp 868.600).

¹⁰ Segundo dados do IPEA, até 2011 o número total de beneficiários era de 3.863.503.

¹¹ Segundo relatório das Organizações das Nações Unidas, o programa assistencial bolsa família tem merecido destaca dentre os programas mundiais de combate e enfrentamento da miséria em razão de seus resultados (<http://www.onu.org.br/desigualdades-na-area-da-saude-persistem-no-brasil-aponta-organizacao-mundial-da-saude/>, acessado em 10.10.2012).

¹² Segundo relatório divulgado no *site* do Ministério do Desenvolvimento Social, “O Programa Bolsa Família (PBF) Ciências Sociais Aplicadas em Revista - UNIOESTE/MCR - v.14 - n. 26 - 1º sem.2014 - p 9 a 37 - ISSN 1679-348X

Ora, se analisado sob a óptica coletiva, principalmente comparando às coletividade protegida pelos dois sistemas, o gasto orçamentário, e a própria eficácia dos dois mecanismos de proteção da assistencial social, verifica-se que a resposta apresentada pelo Poder Judiciário nas ações individuais envolvendo os benefícios assistenciais de prestação continuada não consegue analisar a questão sob a óptica da política pública nacional, da melhor efetivação dos valores protegidos pela assistência social, e de qual seria o melhor para a coletividade (uma ampliação do sistema do benefício de prestação continuada, sobrepondo ao gasto financeiro do bolsa-família é mais eficaz para se combater a miserabilidade da sociedade brasileira? O aparo financeiro que será dispensado caso o Supremo imponha a flexibilização do conceito de miserabilidade para o benefício assistencial está justificado e se mostra mais legítimo com a política assistencial pública?¹³).

Conclusão: afasta-se a natureza coletiva desse direito e ignora-se a política pública constituída para esse fim (a análise é fragmentada, restringindo-se ao caso concreto), tornando-se irreal a perspectiva de que direitos sociais exigem (re)construção, reforma social, especificamente, justiça social.

5.3. A QUEBRA DA ISONOMIA E A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO EM PRIVILÉGIO

Os direitos sociais partem do pressuposto de que os homens encontram-se em situações de desigualdade, exigindo que estas desigualdades sejam consideradas como condição para a própria definição desses direitos.

Por isso, a constituição dos direitos sociais se pauta na elaboração e responsabilização pelo Estado de medidas que efetivamente garantam a igualdade material. É justamente o pressuposto da desigualdade que legitima e norteia a elaboração e o reconhecimento de qualquer direito social. Como destaca Paulo Bonavides, “*nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.*” Vide: BONAVIDES, Paulo. (Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994, p.518).

beneficiou, no mês de set/2012, 13.724.590 famílias, que receberam benefícios com valor médio de R\$ 136,62. O valor total transferido pelo governo federal em benefícios às famílias atendidas alcançou R\$ 1.875.032.856 no mês (<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/Riv3/geral/relatorio.php#>).

¹³ O caso em testilha deixa bem claro que, além de não resolver a desigualdade buscada pelos direitos sociais, ela também pode interferir de forma concreta em toda a política pública definida e trabalhada da coletividade.

Sob esse aspecto disserta também Osvaldo Canela Júnior:

Os direitos fundamentais sociais foram concebidos para garantir a igualdade substancial de todos os membros da sociedade. O objetivo da satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais é o fornecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento a todos os integrantes da sociedade. Logo, estes bens da vida devem ser disponibilizados indistintamente, sem quaisquer privilégios particulares.

Tal situação criou um sério paradoxo, pois, ao ser permitir ao cidadão postular individualmente direitos fundamentais sociais, cria-se uma nítida distinção entre os que obtiveram a satisfação da pretensão e os que não a obtiveram. Desta forma, ao conceder direito fundamental social individualmente, o Poder Judiciário está, de forma reflexa, promovendo a desigualdade, porquanto apenas uma parcela mínima dos cidadãos terá garantido o direito postulado.

O paradoxo da desigualdade, portanto, consiste na impossibilidade de se conceder, individualmente, direitos fundamentais sociais, sem a criação de novas formas de discriminação. Por mais que se afigure altruística a concessão de direitos fundamentais sociais ao cidadão individualmente, tal conduta implica na violação do art. 6º, combinado com o art. 3º, ambos da Constituição Federal.

Se o objetivo do Estado é a igualdade de todos indistintamente e os direitos fundamentais sociais pertencem a toda a sociedade, a concessão destes direitos individualmente representa ruptura do sistema e conduta de certa forma discriminatória, que não contribui para a consolidação da democracia social (p. 114).

No mesmo caminho destaca José Eduardo Farias:

“Os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios” (FARIA, p. 105).

A fixação de critérios específicos em cada caso concreto e radiando efeitos exclusivos apenas e tão somente ao autor não ação vai de encontro do **espírito isonômico e igualitário** buscado por todo o sistema de seguridade social. E mais, como a perspectiva analisada é individual resta

inviabilizada qualquer tentativa de se alcançar um **tratamento desigual entre os desiguais (norte da isonomia material), visto que esse compatibilização pressupõe a compreensão da realidade coletiva (ignorado nas ações individuais).**

Um exemplo claro dessa distorção pode ser visto na judicialização do direito à saúde: se a efetivação dos direitos sociais se constroem alicerçados no vetor da isonomia material, torna-se contrasenso apontar a discussão no Supremo Tribunal Federal quanto à concessão de medicamentos de alto custo e procedimentos médicos no exterior, quando é público e notório que ainda hoje não há, para muitos brasileiros, nem mesmo o acesso aos tratamentos básicos de saúde pública.

Se a isonomia material parte da desigualdade justamente para proteger os mais necessidades, não teria que estar na discussão da Supremo Tribunal Federal discussões envolvendo o efetivo acesso à saúde pública básica de toda a população?

Esta quebra isonômica é mais identificada quando se observa que a “melhor” efetivação dos direitos sociais não tem alcançado os mais necessitados. Nesse sentido aponta a pesquisa realizada por Fernanda Vargas Terrazas (2008): em mais de 200 decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que impôs ao Poder Público à concessão gratuita de medicamentos, observou-se que apenas 13,13% dos demandantes judiciais haviam se submetido a tratamento público acessível às classes mais carentes (atendimento do SUS comum, exemplo: posto de saúde, santa casa, hospital), sendo que a grande maioria havia sido atendida em serviços diferenciados de saúde (60,63% do sistema de saúde privado e 26,25 de hospitais públicos de referência)¹⁴.

Seguindo esse mesmo diapasão, aponta André Medice que “com base no Índice Paulista de Vulnebrabilidade Social (IPVS) da Fundação SEADE, mostra que em 2006 somente 13% das ações judiciais contra o SUS para aquisição de medicamentos no município de São Paulo foram solicitadas por pessoas que vivem em áreas de vulnerabilidade social alta ou muito alta. Por outro lado, 16% das ações judiciais contempladas para a aquisição de medicamentos foram impetradas por pessoas que vivem em áreas onde não há nenhuma vulnerabilidade social e 31% por pessoas que vivem em áreas de

¹⁴ Ainda em sua pesquisa aponta que em 2006, foram gastos pela Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, em razão de determinação judicial, 65 milhões de reais de medicamentos para atendimento de cerca de 3.600 pessoas, ao passo que no mesmo ano a Secretaria gastou com a distribuição de medicamentos do “Programa de Dispensação Excepcional”, R\$ 838 milhões para um total de 380 mil pessoas. Por isso concluiu: (...) isso significa que no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional foram gastos em média R\$ 2.205/ano por usuário, enquanto que com o cumprimento das determinações judiciais foram gastos em média R\$ 18.000/ano por beneficiário.

vulnerabilidade social muito baixa. Portanto, as ações sociais reformam a lógica dos pedidos de medicamentos excepcionais que atendem às patologias dos grupos sociais de mais alta renda” (2011, p. 62)¹⁵.

Ora, se o direito social busca intervir em favor do mais necessitado, justamente para diminuir a desigualdade material, o que legitimaria tais decisões se a maior efetivação aqui está sendo operada em favor daqueles que menos necessitam?

E não é só. Dentro dessa realidade, a própria igualdade formal resta fragilizada, uma vez que o critério de aferição da proteção é particularizado em cada decisão judicial, muitas vezes protegendo de forma diferenciado dois jurisdicionados.

Por exemplo: na discussão envolvendo a aferição da miserabilidade para fins de obtenção do benefício assistencial de prestação continuada, inclina-se majoritariamente a jurisprudência para pugnar pela definição da miserabilidade à luz do caso concreto. Justamente por isso, o grau de subjetividade impregna essa definição, levando a contradições inafastáveis quando analisado o coletivo: vide Proc. no. 200.61.20.007278-5 (TRF/3a. Região), em que o benefício foi deferido sendo o núcleo familiar de três pessoas e a renda do grupo de R\$ 1.642,68; ao passo que no Proc. 2000.03.99.070194-1 (TRF;3ª. Região), com o mesmo núcleo familiar e renda abaixo da metade daquela (R\$ 760,00), o benefício foi indeferido¹⁶.

O mesmo é verificado no campo da saúde: a concessão ou não de serviços tem sido dado, ou não, tendo como critério exclusivo a subjetividade do julgador. É comum duas ações judiciais, com o mesmo objetivo, apresentarem desfechos diferentes.

Até mesmo os direitos tidos como “mínimo existencial”¹⁷ não deixa de escapar dessa

¹⁵ Aponta o contracenso das decisões judiciais, observa, ainda, o mencionado autor o seguinte: somente no Ministério da Saúde os gastos com ações judiciais para a compra de medicamentos aumentaram vinte vezes entre 2005 e 2008, passando de R\$ 2,5 milhões para R\$ 52 milhões, valor suficiente para realizar 5,2 milhões de consultas pré-natais e 130 mil partos normais num país que ainda sofre com elevadas taxas de mortalidade materna (MEDICI, 2011, p. 61).

¹⁶ É oportuno destacar que a divergência de resultados ocorreu ante a diversidade de critérios utilizados pelos julgadores, uma vez que a situação concreta de miserabilidade retratada nos dois casos apontava em sentido radicalmente contrário ao desfecho concretizado nas ações.

¹⁷ Como explica Ricardo Lobo Torres, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (1999, p. 141). Esta parte dos direitos sociais integra o *status positivus libertatis*, ao passo que os demais integram o *status positivus socialis*, comportando condicionamentos: *o status positivus socialis é de suma importância para o aperfeiçoamento do estado social de direito*,

contradição: a própria delimitação do que seja esse mínimo, dentro de uma ação individual, acaba provocando a quebra isonômica, pois o que poderia ser essencial para um determinado julgador talvez não o seja para outro.

Apenas para exemplificar a dificuldade, cita-se como exemplo a doutrina de Sarlet. Para ele, encontra-se dentro do núcleo “mínimo existencial” a própria quantificação do salário mínimo. Expõe o autor:

acreditamos que os exemplos referidos assumem relevância, tanto no que concerne à análise dos argumentos esgrimidos a favor dos direitos subjetivos a prestações e contra eles, quanto no que diz com a problematização da possibilidade de extrapolarmos os estritos limites impostos pela legislação infraconstitucional. Neste contexto, parece oportuna a referência à posição sustentada por alguns dos nossos mais ilustres doutrinadores, que, dentre outros aspectos, chegam a admitir a possibilidade de reconhecer-se, no caso concreto, a insuficiência e, em decorrência, a inconstitucionalidade do valor estabelecido pela lei para o salário mínimo, condenando-se o empregador ao pagamento da diferença apurada em juízo (SARLET, 2006, p. 328-329).

Pergunta-se: como seria fixado o valor do salário mínimo em cada processo? Certamente se chegaria à esdrúxula situação em que dentro de uma mesma empresa, dois empregados, em iguais posições, teriam seus ganhos declarados judicialmente de forma diferenciada, justamente porque a interpretação dada por um julgador foi, ou poderia ser, mais abrangente que a do outro.

Essa quebra de igualdade fica ainda mais acentuada quando lembrado que o acesso à justiça brasileira é ainda muito elitizado. Quanto a esse particular vale a pena trazer à tona a observação apresentada por Gustavo Amaral, ao discorrer sobre a escassez de recursos no campo da saúde:

No Brasil, embora não faltem endemias e epidemias que grassa milhares de vidas, a

sob a sua configuração de estado de prestações e em sua missão de protetor dos direitos sociais e de curador da vida social, responsável pela previsão ou cura da existência (“daseinvorsorge” para os alemães): compreende o fornecimento de serviço público essencial (educação secundária e superior, saúde, moradia, etc.) e prestações financeiras em favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais (...) ao contrário do status positivus libertatis, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a “reserva do possível” ou na conformidade da autorização orçamentária (TORRES, 1999, P. 133-134).

questão relativa ao tratamento de doenças veio a baila com a AIDS. Ainda hoje, se consultadas as bases de Jurisprudência dos tribunais, encontraremos decisões relacionadas a AIDS, a câncer, a algumas doenças raras e nenhuma relativa às chamadas doenças da miséria (AMARAL, p.24).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- Cidadania à luz do texto constitucional, deve ser compreendida como o conjunto de direitos e deveres ínsitos da condição humana, sejam eles de dimensão civil, política ou social. Mais que um direito, contudo, é também um dever, pois compete a todos a construção e efetivação desses direitos que ela própria busca resguardar.

- Constata-se ante a forma como as questões tem sido apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, que o ativismo no campo da seguridade social vem se afluando por meio das ações individuais.

- Toda sistemática que alimenta os direitos sociais gravita sob duas regras básicas: a) o direito de todos sobre bens coletivos; b) a busca pela isonomia material.

- O bem da vida buscado e delineado nas ações individuais é o bem particular (direito subjetivo) e não o bem comum. Consequência: define-se uma direito plurilateral pela perspectiva individual, ignora-se a política pública constituída para esse fim (a análise é fragmentada, restringindo-se ao caso concreto), tornando-se irreal a possibilidade de que direitos sociais exigem (re)construção, reforma social, especificamente, justiça social.

- Os direitos sociais partem dos pressupostos de os homens encontram-se em situações de desigualdade, exigindo que estas desigualdades sejam consideradas como condição para a própria definição desses direitos. A análise individual feita nas ações individuais afasta essa aferição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 3ª Edição. São Paulo: LTr, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 10 Out. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2ª Edição. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **As Garantias do Cidadão na Justiça**. (organização Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Jurisdicional das Leis no Direito Comparado**. 2ª Edição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1992.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Políticas dos Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988**: releitura de uma Constituição dirigente. Tese (Doutorado). São Luís/MA: Universidade Federal do Maranhão, 2005.

JÚNIOR, Osvaldo Canela. **A Efetivação dos Direitos Fundamentais através do Processo Coletivo**: o Âmbito de Cognição das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da USP, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais. Teoria e Prática**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição. 4ª. Edição. Coimbra Editora, 2000.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz Marques. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada**: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. LTR Editora, 2009.

_____. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos de Seguridade Social**. In: José Carlos Francisco. (Org.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional Do Passivismo ao Ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, v. , p. 279-307.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade** – Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácio – Organizado por Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **As Novas Tendências do Direito Processual**: uma contribuição para o seu reexame. Revista Forense, v. 361, 2002.

MEDICI, André. BACHA, Edmar Lisboa. **Brasil: A Nova Agenda Social**. Org. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2ª. Edição. São Paulo: Atlas, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____ Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

RAMOS, Erival da Silva. **Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional**. Tese (provimento ao cargo de professor titular). São Paulo: Universidade de São Paulo - USP, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania Brasileira e a Constituição de 1988, in: **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil** – Coordenador Alexandre de Moraes – São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário com Voz Institucional dos Pobres: os casos das demandas judiciais por medicamentos**. Dissertação (mestrado). São Paulo – Universidade de São Paulo-USP, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: O Processo Judicial no Pós-1988**. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo- USP, 2006.

Artigo recebido em: Novembro/2014

Aceito em: Julho/2015
