



Fábio Brumana

14

O PODER JUDICIÁRIO COMO EFETIVADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva

RESUMO

Investiga os limites e possibilidades do Poder Judiciário na realização dos direitos fundamentais. Entende, assim, que os direitos sociais são direitos fundamentais imediatamente aplicáveis, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, por isso, não podem os juízes, com prudência e comedimento, deixar somente ao encargo do Poder Executivo o atendimento do pleito dos cidadãos, pois significaria o aniquilamento da credibilidade das funções jurisdicionais.

Afirma que, em regra, as políticas públicas devem partir dos Poderes Legislativo e Executivo, devendo entrar em cena o Judiciário em situações emergenciais e agudas. Nesse caso, o juiz não se substitui ao legislador, trata somente de cumprir a Constituição por meio de uma interpretação tópico-sistemática, conferindo relevância ao núcleo essencial dos direitos sociais, e resta vinculado às prestações garantidoras de uma vida saudável e digna.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Poder Judiciário; direitos fundamentais; direito social.

1 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1.2 CONCEITO

Embora cientes da falta de consenso quanto à terminologia e ao conceito dos direitos fundamentais, optamos, como Ingo Sarlet, pela terminologia “direitos fundamentais”, aderindo à fórmula adotada pelo constituinte no título II da nossa Carta, a qual se harmoniza com a tendência do constitucionalismo recente, como exemplificam as constituições de Portugal, de 1976, da Espanha, de 1978, da Turquia, de 1982, e da Holanda, de 1983. Os direitos fundamentais sociais são constitucionalização dos direitos naturais do homem, os quais passaram a ser reconhecidos também na esfera internacional, a partir de impulso representado pela Declaração da ONU, de 1948¹.

Entretanto, urge fazer uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. O termo “direitos fundamentais” aplica-se aos direitos da pessoa, reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de Direito Internacional.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais podem ser conceituados como posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao Texto Constitucional e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo ou não assento na Constituição foral, considerando a abertura conferida pelo art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

Para Jorge Miranda, os direitos fundamentais fazem parte integrante da Constituição, não havendo ordem constitucional que não tenha, explícita ou im-

plicitamente e positiva ou negativamente, uma certa ordem, uma regulação de direitos fundamentais. Salieta ainda o constitucionalista português que a Constituição carece de interpretação jurídica, assente nos instrumentos de trabalho da hermenêutica, sem embargo de adequações e adaptações impostas por algumas especialidades.

A face atual dos direitos fundamentais nos mais modernos ordenamentos do Ocidente, entre eles o português e o brasileiro, caracteriza-se pela ampliação e diversificação do catálogo, indo além das declarações clássicas, pela acentuação da dimensão objetiva dos direitos como princípios básicos de todo o sistema jurídico; pela consideração do homem situado, traduzida na relevância da comunidade e dos grupos, no enlace entre direitos de liberdade e direitos sociais; pela relevância de um conteúdo positivo, tanto nos direitos sociais quanto nos direitos de liberdade; pela produção de efeitos não apenas verticais (frente aos poderes), mas também horizontais (frente aos particulares); pela complexidade dos processos e técnicas de regulamentação; e pela multiplicação dos meios de tutela e sua ligação aos sistemas de fiscalização da legalidade e da constitucionalidade.

Os direitos fundamentais a prestações objetivam a garantia, não apenas da liberdade perante o Estado, mas também da liberdade por intermédio do Estado (...)

Atualmente a doutrina sustenta a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que já não se restringem mais à função de direitos de defesa contra os poderes públicos, nem poderiam ser reduzidos à noção de direitos subjetivos públicos. Desse modo, sem menosprezar outros critérios classificatórios, considera-se que apenas uma classificação sistemática, calcada em critérios objetivos, funcionais e embasada nas especificidades do Direito Constitucional positivo, poderá ser de efetiva utilidade prática. Assim, reporta-se à classificação referida por Ingo

Sarlet, proposta por Alexy e parcialmente adotada por Canotilho.

1.1.3 CLASSIFICAÇÃO: DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS A PRESTAÇÕES

Inicialmente, poderíamos dividir os direitos fundamentais em dois grupos, de acordo com o critério de sua função predominante: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

Os direitos de defesa são integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos fundamentais, os quais exigem uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares. No que se refere a esses direitos, a lei não é indispensável à sua fruição, devendo, por isso, prevalecer o postulado constitucional do art. 5º, § 1º, quanto a sua aplicabilidade imediata, já que aqui, ao contrário dos direitos sociais prestacionais, não há, na maioria das vezes, os óbices de escassez de recursos (limite da reserva do possível) e falta a legitimidade dos tribunais para definição e alcance da prestação.

Conforme a precisa lição de J. J. Gomes Canotilho, são direitos cuja referência primária é a sua função de defesa, autoimpondo-se como “direitos negativos” di-

retamente conformadores de um espaço subjetivo de distância e autonomia com o correspondente dever de abster ou proibir a agressão por parte dos destinatários passivos, públicos e privados.

Os direitos fundamentais, como direitos de defesa, objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo eliminação de eventuais agressões em sua esfera de autonomia

peçoal. Abrangem, além dos denominados “direitos de liberdade”, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade. Em princípio, são garantidas a manifestação da personalidade, uma esfera de autodeterminação dos indivíduos, os direitos políticos, proteção da intimidade e da vida privada, e até novos direitos contra manipulações genéticas, a liberdade de informática e o direito à autodeterminação informativa.

Do mesmo modo, são direitos fundamentais os direitos sociais prestacionais. Quanto à definição dos direitos à prestação, o ilustre constitucionalista português, J. J. Gomes Canotilho elucida que os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular para obter algo por meio do Estado (saúde, educação, segurança social). A função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais: a) problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex.: derivar da norma consagrada do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no direito de exigir uma casa); b) problema dos direitos sociais derivados que se reconduzem ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizada das “normas constitucionais sociais” (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex.: prestações médicas e hospitalares existentes); c) problema de saber se as normas consagradas de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes, independentemente de direitos subjetivos ou pretensões subjetivas dos indivíduos a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (ex.: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços e segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações econômicas).

(...) qualquer ação do Poder Público ou de particulares que viole o direito à saúde é, em princípio, inconstitucional e pode ser objeto de demanda judicial individual ou coletiva (...)

Os direitos fundamentais a prestações objetivam a garantia, não apenas da liberdade perante o Estado, mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo depende de uma postura ativa dos poderes públicos no que tange à conquista e à manutenção de sua liberdade. Os direitos a prestações implicam postura ativa do Estado no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material. São os assim chamados “direitos de segunda geração”, correspondendo à evolução do Estado de Direito para o Estado democrático e social de Direito.

Para além disso, ressalta-se que os direitos fundamentais podem exercer, inclusive simultaneamente, uma função defensiva ou prestacional. O direito à saúde, por exemplo, será direito de defesa (negativo) no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, mas será direito a prestações (direito positivo) quando impor ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse

direito para a população, tornando o particular credor de prestações materiais que dizem respeito à saúde – como atendimento médico-hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames, enfim, toda a prestação indispensável para a realização do direito à saúde.

A saúde, como bem jurídico fundamental, está protegida contra qualquer agressão de terceiros. Isso significa que o Estado tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer no sentido de prejudicar a saúde. Assim, qualquer ação do Poder Público ou de particulares que viole o direito à saúde é, em princípio, inconstitucional e pode ser objeto de demanda judicial individual ou coletiva em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade. Esse núcleo indispensável do direito à saúde, essencial à vida com dignidade de toda a pessoa humana, é sempre justificável.

Ainda no que tange à dimensão negativa do direito à saúde, é fundamental tratar do princípio da proibição do retrocesso, segundo o qual o legislador está impedido de desconstituir o grau de concretização que ele havia dado às normas constitucionais, especialmente às que dependem das infraconstitucionais para alcançar sua eficácia, para serem cumpridas pelos particulares e órgãos estatais. Com relação à saúde, deve-se evitar que o legislador revogue uma ou mais normas constitucionais que concretizaram o direito à saúde constitucionalmente consagrado.

No mesmo contexto, o direito à moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se em princípio protegido de qualquer sorte de agressões de terceiros. Como expressão do direito de defesa, o Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida violadora do direito à moradia é passível de ser impugnada em juízo. Já na sua dimensão prestacional, o direito à moradia assume também, mas não só, a condição de norma programática, impondo ao Poder Público a tarefa de atuar positivamente na promoção, proteção e concretização das metas constitucionalmente estabelecidas, no sentido de assegurar uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana para a população. Entretanto, é certo, para grande parte da doutrina, e assim também nos posicionamos, que os direitos sociais prestacionais, em que pese sua dimensão programática, nem por isso perdem sua fundamentalidade.

Para Andreas Krell, os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos “através do Estado”, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais.

Os direitos sociais prestacionais, em sua grande parte, diferenciam-se dos direitos de defesa devido à sua dimensão economicamente relevante. Isso ocorre porque os direitos de defesa podem ser considerados destituídos de sua dimensão econômica, já que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades etc.) pode ser assegurado juridicamente, a princípio, independentemente das circunstâncias econômicas. Já os direitos prestacionais sociais têm uma situação de dependência da situação econômica. Embora sejam apontadas prestações economicamente neutras, mesmo nessas situações é possível verificar uma repercussão econômica, embora indireta.

Todavia, essa “irrelevância econômica” dos direitos negativos não pode ser tida como absoluta, de modo que todos os direitos fundamentais podem implicar um custo, como já sustentado por Holmes e Sustain. Mas os direitos de defesa gozam de uma “neutralidade” econômico-financeira, pois sua efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência de sua possível relevância econômico-jurídica. Já quanto aos direitos sociais a prestações, a realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso. Por isso, são direitos dependentes da conjuntura econômica, pois discute-se a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao Poder Público a satisfação dos direitos postulados em juízo.

Relacionado a esse traço distintivo dos direitos prestacionais, existe um questionamento sobre se o destinatário da norma está em condições de dispor da prestação reclamada. Nesse diapasão, o Poder Público encontra-se na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação. Por essa razão, a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, limite fático à efetivação desses direitos. Com relação à dimensão prestacional, ou positiva dos direitos, surge a indagação: com base nas normas constitucionais que asseguram esse direito, poderá o titular exigir do Poder Público alguma prestação material, tomando por exemplo o direito à saúde, como um tratamento médico, um exame laboratorial?

A escassez de recursos econômicos e financeiros impede a realização de todos os objetivos sociais, de tal sorte que a realização de alguns desses relevantes objetivos impõe o sacrifício de outros, igualmente importantes. Considerando a impossibilidade de solução da tensão entre os valores subjacentes aos mencionados objetivos sociais em conflito, há a necessidade de serem feitas escolhas, que, por vezes, são trágicas.

Tendo em vista que os meios para satisfazer esses direitos são finitos, surge a escassez. A falta de recursos parece ser mais relevante quando, por sua causa, resta obstado o direito à saúde, o qual desponta como dos mais necessários para a manutenção da vida humana.

Como bem anotado por Ingo Sarlet,

distinta da possibilidade material de disposição encontra-se a capacidade jurídica de disposição, já que o Estado também deve ter o poder de dispor, sem o qual os recursos existentes de nada lhe valem. Devido a esses aspectos, passaram a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível” que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade quanto o poder de disposição por parte do destinatário.

Os direitos sociais prestacionais, em sua grande parte, diferenciam-se dos direitos de defesa devido à sua dimensão economicamente relevante.

Considerando estar em jogo uma escolha na alocação de recursos, de igual modo deve ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que depende da conjuntura socioeconômica global. Nesse sentido, adotamos a preciosa lição do mestre português Vieira Andrade, quando ensina que, na realidade, certos direitos – como, por exemplo, os direitos à habitação, saúde, assistência, cultura etc. – dependem, na sua atualização, de determinadas condições de fato. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes, e é necessário ainda que o Estado possa dispor desses recursos. A escassez dos recursos à disposição (material e jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um dado de experiência, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas uma verdadeira opção pela respectiva afetação material. De outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa, já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento econômico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam esse desenvolvimento.

Os direitos sociais à prestação reclamam, em regra, atuação positiva do Executivo, a fim de implementar uma prestação que constitui direito fundamental, já que os direitos sociais a prestações se encontram vinculados às tarefas de me-

lhorar, distribuição e redistribuição dos recursos existentes e à criação de bens essenciais não-disponíveis para todos que necessitem. Ainda assim, cumpre lembrar a lição de Ingo Sarlet, no sentido de que os direitos prestacionais sociais apresentam também uma dimensão negativa, pois a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, apontando para uma interpenetração entre ambos os grupos de direitos fundamentais.

1.1.4 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A melhor interpretação constitucional assenta-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no sistema. A nenhuma norma constitucional pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Além disso, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê, em obediência ao princípio insculpido no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Tal mandamento otimizador é de extrema relevância para a compreensão dos direitos fundamentais e, por isso, permitiremo-nos traçar algumas linhas sobre ele. Primeiramente urge que se afaste a exegese restritiva, no sentido de limitar a aplicação do §1º do art. 5º ao rol de direitos elencados no art. 5º da Constituição. Por certo, o constituinte não pretendeu excluir do âmbito do art. 5º, §1º, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade, pelo menos em sentido formal, parece inquestionável. Assim, trilhamos o mesmo entendimento de Ingo Sarlet no sentido de que todos os direitos fundamentais são normas de aplicabilidade imediata.

Nesse diapasão, a norma contida no art. 5º, §1º, da Constituição Federal impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, investindo os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efe-

tivos. A aplicabilidade dos direitos fundamentais não pode ser resolvida à luz de concepções extremadas. O alcance da aplicabilidade da norma dependerá da hipótese em concreto. Desse modo, correta a posição de atribuir ao preceito o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias individuais – a eventual recusa de sua aplicação, devido à ausência de ato concretizador, deverá ser fundamentada e justificada.

Isto é, no que tange aos direitos fundamentais, a regra geral é a aplicabilidade imediata e eficácia plena, ressalvadas as exceções que, para serem legítimas, dependem de justificação à luz do caso concreto. Portanto, os direitos fundamentais possuem, em comparação às demais normas, maior aplicabilidade e eficácia, mas isso não significa que entre os direitos fundamentais não possam existir distinções quanto à graduação desta aplicabilidade e eficácia.

Entretanto, *prima facie*, cabe ao legislador uma margem substancial de autonomia com relação à forma e à medida que o direito social deve ser assegurado. Em um sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações, de acordo com as alternativas escolhidas pelo eleitorado. Desse modo, a apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos.

Em um primeiro momento, em respeito à cláusula pêtrea da separação dos poderes, prevista no art. 60 da Constituição Federal, o Poder Judiciário não deve intervir na esfera de outro Poder para substituí-lo, em juízos de conveniência e oportunidade, a fim de controlar as opções legislativas de organização e prestação – a não ser em casos excepcionais, quando for evidente a violação pelo legislador de sua incumbência constitucional.

(...) os direitos fundamentais possuem, em comparação às demais normas, maior aplicabilidade e eficácia, mas isso não significa que entre os direitos fundamentais não possam existir distinções quanto à graduação desta aplicabilidade e eficácia.

Respeitável é a posição de Vieira de Andrade, frisando que, no caso de não haver legislação sobre a matéria ou na parte em que esta se revelar insuficiente para permitir o cumprimento das normas constitucionais, essas não poderão ser atualizadas e aplicadas pelo juiz ou pela administração. É indispensável o juízo autônomo do legislador, e ele não pode ser substituído por outra entidade. Só em casos excepcionais e mais uma vez com referência ao conteúdo mínimo dos preceitos, poderia eventualmente pensar-se em retirar diretamente da Constituição um direito determinado. Isso só seria admissível em situações de necessidade ou injustiça extremas, de tal modo que, ao serem verificadas, permitissem configurar este recurso como uma “válvula de segurança” da ordem jurídico-constitucional.

Nesse diapasão, surge também a questão da eficácia dos direitos sociais prestacionais programáticos. Essas normas sobre direitos sociais definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretiza-

ção. Krell ressalta que essas normas-programas prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas, não representando meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável.

Segundo Ingo Sarlet, somente se justifica a necessidade de interposição legislativa dos direitos prestacionais de cunho programático por se tratar de um problema de natureza competencial, já que a realização desses direitos depende da disponibilidade dos meios e da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica. Entretanto, é inegável que **todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.**

Desse modo, as normas de cunho programático teriam carga eficaz, acarretando a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade; vinculando o legislador, no sentido de que não apenas está obrigado a concretizar os programas a tarefas, fins e ordens, mas também de que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações; impondo-se a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidente com o conteúdo dos direitos fundamentais. Além disso, os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, gerando, no mínimo, um direito subjetivo negativo e possibilitando sempre ao indivíduo exigir do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.

1.1.5 DIREITO SUBJETIVO À PRESTAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO

1.1.5.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Os que entendem que há ofensa ao princípio da separação dos poderes devido ao conhecimento e deferimento de prestações positivas pelo Poder Judiciário argumentam que o Judiciário invade, nesse caso, esfera de poder do Legislativo e do Executivo; que apenas o Executivo e o Legislativo têm legitimidade democrática para fixar políticas públicas; que não cabe ao Judiciário a decisão política sobre onde investir e que bens materiais oferecer, pois sua seara é jurídica; que o Judiciário não tem condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado, pois dispõe de uma perspectiva casuística, e não global dos problemas.

Os que entendem que o Judiciário não está autorizado a atender a essas demandas dos direitos sociais prestacionais, sustentam serem direitos que, por sua dimensão econômica, implicam alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por isso, na dependência da efetiva disponibilidade desses recursos, e submetidos a uma reserva do possível. Asseveram que apenas o legislador é democraticamente legitimado para decidir sobre a afetação destes recursos – falam em um

princípio de reserva parlamentar em matéria orçamentária, originado do princípio da separação dos poderes³.

1.1.5.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

O Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado, em muitos casos, favoravelmente à possibilidade de o Poder Judiciário outorgar prestações positivas por meio da jurisdição. Exemplo desse entendimento é o célebre acórdão referente à aplicabilidade do direito fundamental à saúde, no qual se determinou o fornecimento gratuito de medicamentos aos pacientes portadores de Aids⁴.

Imbuído do mesmo espírito da decisão acima citada, o juiz federal George Marmelstein Lima, no julgamento da Ação Civil Pública n. 2003.81.00.009206-7, garantiu aos pacientes que estavam à espera de assistência o tratamento na Unidade de Tratamento Intensivo.

O magistrado apresenta, como sugestão de concretização dos direitos sociais, a possibilidade de o juiz determinar que um hospital particular execute tratamento coberto pelo SUS, autorizando que o hospital faça a compensação dos gastos efetuados na operação com tributos de responsabilidade do ente demandante.

Compartilhamos da posição de Andreas J. Krell; o autor sustenta a necessidade da revisão do dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado social, visto que os poderes Legislativo e Executivo no Brasil mostraram-se incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

1.1.5.3 NOSSO POSICIONAMENTO

Estamos de acordo com os favoráveis à possibilidade de o Judiciário, por meio de sua jurisdição, conferir direitos fundamentais prestacionais. Assim agindo, o Judiciário não viola o princípio da separação dos poderes.

A questão está em saber se as normas relativas à separação dos poderes visam obstaculizar as normas relacionadas com a dignidade da pessoa humana. Não é possível admitir a preponderância da separação de poderes e das prerrogativas dos poderes Legislativo e Executivo em detrimento da possibilidade de o Judiciário determinar de forma positiva

direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

O princípio da separação dos poderes surgiu com o propósito de evitar a concentração de poderes nas mãos de uma pessoa ou em uma esfera. Assim, evitando-se o exercício arbitrário de poder, restam garantidos os direitos individuais contra a tirania estatal.

A separação de poderes não é um óbice ao controle pelo Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público. Somente haveria tal violação, se o Judiciário, no controle de constitucionalidade, pudesse criar a legislação e aplicá-la sem que outro Poder pudesse controlar essa atividade, o que, na realidade, não ocorre.

1.2 OS LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO QUE TANGE À RESERVA DO POSSÍVEL

Diante da escassez de recursos e do reclamo urgente de efetivação dos direitos fundamentais, o Estado surge como instância de concretização e de decisão para a realização dos direitos do homem. Nesse passo, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

(...) todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.

A assim chamada “reserva do possível” teria nascido na Corte Constitucional Federal da Alemanha e que, desde o paradigmático caso sobre o acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal modo que, mesmo o Estado dispondo dos recursos, não se poderia dele exigir o que não estivesse dentro do limite do razoável. Decidiu a corte, então, pela não-obrigatoriedade de criação de novas vagas no curso de Medicina. Embora a corte alemã tenha decidido que não se pode exigir a prestação dessa forma, fixou a obrigação de o Estado implementar mais vagas para o curso de medicina ao longo do tempo.

A expressão “reserva do possível”, no dizer de Ana Paula de Barcelos, procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas. Há, de fato, um limite de possibilidades materiais para esses direitos, pouco adiantando, do ponto de vista prático, a previsão normativa, se não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Não há posição uníssona na doutrina quanto ao adequado papel do Poder Judiciário no que tange à outorga desses direitos em contraposição aos limites orçamentários. Gustavo Amaral argumenta que deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvem “escolhas dramáticas”, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. Para ele, o Judiciário não está legitimado pelo voto para fazer tais opções. Muito pelo contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias, para que possa ela desempenhar seu ofício, alheia a pressões de momento. Sustenta que o Judiciário não pode atuar sob a influência da opinião pública; pois, quando o faz, gera absurdos. A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional

de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado de demonstrar judicialmente que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir concretamente a norma constitucional assecratória de prestações positivas.

Ao Judiciário competiria apenas ver a razoabilidade e a faticidade dessas razões – mas é defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade. Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da conduta estatal, aparentemente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal. Por esse motivo, deve a Administração pública demonstrar suas razões, não como razões de Estado, mas

como razões de convencimento, sua motivação para a escolha de que interesses seriam sacrificados. Demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário substituir o administrador.

Por seu turno, outros autores, como Luís Roberto Barroso e Ingo Sarlet, pregam a “máxima eficácia” para as normas constitucionais assecuratórias de prestações positivas ante o Estado. Ressalta Barroso que o juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei – não do direito, supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever.

Em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é inadequada para dispor sobre os recursos ou planejar políticas públicas. O Poder Judiciário carece de meios coercitivos; não há meios jurídicos para constringer o legislador a cumprir a obrigação de legislar. Com razão, Krell afirma que falta ao Judiciário capacitação para elaborar uma política habitacional com base no direito fundamental à moradia. Todavia, a extensão desse impedimento depende da prática judiciária. De fato, a criatividade poderá ser uma contribuição para o alargamento do controle judicial e para o avanço na concretização da Constituição.

Diante do não-atendimento aos preceitos constitucionais por omissão legislativa ou administrativa, pode haver uma inconstitucionalidade permanente levando à desestabilização política. Do mesmo modo, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais. Essas sentenças assumem o importante papel de veículos para canalizar as reivindicações da sociedade.

O princípio da separação dos poderes (...) tem produzido em nossa realidade (...) um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa, portanto, ser submetido a uma nova leitura.

O princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, tem produzido em nossa realidade, em muitos casos, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa, portanto, ser submetido a uma nova leitura. Caso contrário, não poderá continuar a garantir direitos fundamentais contra o arbítrio – e hoje contra a omissão estatal.

Ao Judiciário não se atribui o poder de criar políticas públicas, mas sim o poder de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucional e ordinária. O Judiciário deve-se tornar responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com projetos de mudança social. Nesse sentido, o juiz deixa de ser um funcionário estatal para se transformar em uma expressão originária do Poder Estatal.

O Poder Judiciário, desse modo, quando provocado pelo interessado, tem legitimidade para concretizar direitos fundamentais. Esse Poder foi criado pela Constituição, derivando dela

sua autoridade e compoendo, com o Executivo e o Legislativo, o Poder Político nacional. Os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade do Executivo e Legislativo (os ministros dos tribunais superiores, por exemplo, são nomeados pelo presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, nos termos dos arts. 101 e 104 da Carta Magna), sendo a eles conferido considerável grau de representatividade. Aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar independência no julgamento. Desse modo, o Judiciário está sempre obrigado a motivar suas decisões racional e logicamente, diferentemente das deliberações puramente políticas. A decisão judicial será revista por órgãos superiores, assegurando a correção de eventuais erros. O processo jurisdicional é participativo, assegurando às partes amplo contraditório. Os grupos minoritários, caso não tenham acesso ao processo político, terão sempre acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos.

Para Clève, o fato de o juiz ser voltado para a plena realização dos comandos constitucionais não resultaria em o Judiciário (...) *atuar como legislador, nem que deva se substituir à atividade do administrador, mas sim que a Constituição Federal exige um novo tipo de juiz, não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, simples guardião do status quo.*

Gustavo Amaral critica as posições de Barroso e de Clève e salienta que a máxima eficácia das normas de direito social transmuda-se em máxima abrangência da norma; entretanto, não se vê, na doutrina, um estudo sobre o conteúdo ou estrutura desses direitos. Entende Amaral que *não houve ênfase na questão dos limites da aplicação do direito, restando esses mais como admoestações.* Alerta que Clémerson Clève também não traça uma linha divisória entre o que é direito individual, diretamente sindicáveis, e o que é direito a depender de políticas públicas, de mediação legislativa e executiva, ou vigentes sob a reserva do possível.

Entretanto, para Andreas Krell, a posição de Gustavo Amaral não é a melhor: à medida que deixa ao critério do Executivo escolher se serão tratadas com os recursos disponíveis milhares de vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de vítimas de doenças terminais raras ou de cura improvável. Conforme Krell, a resposta coerente com a Constituição de 1988 seria tratar a todos. No caso de recursos insuficientes, propõe que sejam retirados de outras áreas, como o transporte, fomento econômico, serviço de dívida, cuja aplicação não está tão ligada aos direitos essenciais do homem: vida, integridade física e saúde. Entende que um relativismo nessa área pode levar a ponderações perigosas e anti-humanistas como “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”. Com razão, o autor expõe que todavia parece difícil que um ente público não possa conseguir “justificar” sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos e exigências financeiras dos diferentes órgãos (assembléias legislativas, tribunais de Justiça, tribunais de contas etc.). Não significa definitivamente “conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional”, mas simplesmente de levá-lo a sério.

No Brasil, como em outros países periféricos, a questão é justamente analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas

em face da composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam com intensidade tão grave, que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia. O condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionamentos econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Em um país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de “redistribuição” (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

Andreas Krell afirma, em síntese, que não podemos igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais que se definem por condições e pressupostos diferentes. Filia-se à corrente dos que entendem que os direitos fundamentais representam uma categoria diferente dos valores fundamentais ou fins de Estado; por isso, não faria sentido inserir direitos fundamentais ao trabalho ou à moradia na Constituição alemã, enquanto estes não fossem exigíveis diretamente pelos indivíduos em juízo. Ressalta que, embora os problemas de desemprego e falta de moradia se apresentem de forma mais acentuada nos países periféricos, podemos aceitar a cautela de partes da doutrina e da jurisprudência na construção de direitos subjetivos na base de certos preceitos constitucionais. Pondera, por outro lado, que quanto à saúde e à educação, a situação é diferente. Nesses casos, a questão é mais de vontade política e organização administrativa. Assim, nessas áreas, a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes pelos estados e União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais.

Não é do Judiciário a competência para fixar políticas públicas. Também não cabe ao juiz impor sua convicção política. Se assim fosse estaríamos diante da ditadura do Poder Judiciário, o que é maléfica para a democracia, assim como o é a concentração das forças nas mãos do Executivo ou do Legislativo. Não é o que aqui se propõe. Segundo Dworkin, cabe ao Judiciário tomar decisões de princípio, não decisões políticas; decisões sobre que

direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não sobre como promover melhor o bem-estar geral. Pretende-se afirmar a legitimidade do Poder Judiciário para determinar as prestações necessárias à realização do núcleo da dignidade, ao chamado “mínimo existencial”.

No Brasil (...) a questão é justamente analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas em face da composição distorcida dos orçamentos (...)

Com referência ao problema brasileiro, em que as normas são generosas e os recursos escassos, Jorge Miranda prega que os órgãos de decisão política deverão escolher em que medida e com que prioridade os direitos serão realizados. Segundo este autor, *se nem todos os direitos puderem ser plenamente operativos em certo momento, haverá que determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser. O contrário redundaria na inutilização dos imperativos constitucionais: quer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir fazer. Nesta apreciação os órgãos de decisão política gozarão, forçosamente, de uma relativa margem de liberdade – da liberdade de conformação a eles inerentes e da liberdade de conformação inerente a normas “abertas” como são as normas sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, no âmbito do pluralismo e da alternância democrática. Não, porém, de uma total liberdade; o conteúdo essencial de todos os direitos deverá ser assegurado e não poderão nunca ser olvidados os princípios da proporcionalidade e da solidariedade entre os cidadãos, e aos tribunais competirá velar pelo respeito desses princípios.*

De fato, diante da escassez de recursos, escolhas trágicas haverá de ser feitas. Isto é, ao investir em uma área, deixamos outra com recursos insuficientes, mesmo que essa escolha não tenha sido consciente. A questão é bastante complexa e demanda o estabelecimento de prioridades e critérios de escolha, caso a caso. A ação do Poder Público está subordinada aos ditames constitucionais: tudo que a Constituição dispõe haverá de ser cumprido.

Nesse sentido, acertada é a posição de Ingo Sarlet, ao sustentar que, quando

nos depararmos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens, como a própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do

particular à prestação reclamada em juízo. De fato, considerando que nossa ordem constitucional veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes, não se poderá sustentar, com base na insuficiência de recursos, mesmo se comprovada, que se condene à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento. A solução, portanto, está na compatibilização e harmonização dos bens em jogo, fazendo prevalecer os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade.

Os recursos públicos envolvem apuração de receitas e despesas. Com relação à apuração de despesas, o Estado deve obedecer às normas tributárias constitucionais pertinentes. No que tange à despesa, ocorre o mesmo: as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas pela Constituição. Nossa Carta Magna de 1988 estabelece metas prioritárias, objetivos fundamentais – dentre os quais a preservação da dignidade da pessoa humana – aos quais estão obrigadas as autoridades públicas. Desse modo, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição. Além dos preceitos constitucionais, há de atentar também para o teor do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças e do Pacto de São José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário e os quais obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos.

Quanto ao papel do Poder Judiciário

rio como concretizador dos direitos fundamentais, Alexy lança interessante teoria no sentido de que devemos atentar para o **princípio fundamental**: *Todo o poder origina-se do povo exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo.*

Ressalta ainda esse autor que, enquanto o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional representa-o argumentativamente. O tribunal constitucional, quando se dirige contra o parlamento, diante de faltas graves, não se dirige contra o povo, senão em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ensina que *a representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados. Com isso está assegurado, com o resultado, que o ideal, do qual fala a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia.*

Em última análise, os direitos sociais, como direitos a prestações por parte do Estado, são indubitavelmente imediatamente aplicáveis, por força do § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Mesmo em se tratando de normas de cunho programático, não é admissível a interpretação que esvazie seu conteúdo eficaz. Isso seria um descumprimento ao preceito constitucional em flagrante afronta ao Estado democrático de Direito.

Resta evidente, na nossa ótica, a relevância jurídica de questões tidas normalmente como meramente políticas, econômicas ou sociais. Como bem apontado por Ingo Sarlet, o jurídico encontra seus limites na realidade social, econômica e cultural. Na verdade, a efetividade dos direitos fundamentais em geral não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve no plano exclusivamente jurídico, transformando-se em um problema político dos direitos fundamentais.

22

(...) é de se esperar que as políticas públicas e sua efetivação sejam realizados pelos Poderes Executivo e Legislativo, devendo entrar em cena o Judiciário em situações emergenciais (...)

Temos consciência dos limites do PIB brasileiro e também de que o orçamento não suportaria demandas muito onerosas. Todavia, se deixarmos somente ao encargo do Executivo a justificativa para a escassez dos recursos e conseqüentemente para a impossibilidade de atendimento ao pleito dos cidadãos, reduziremos a eficácia dos direitos fundamentais a quase nada e relegaremos ao Judiciário um papel de mero expectador das mazelas nacionais, o que não é desejável.

A implementação de políticas públicas é tarefa precípua do Poder Executivo, eleito pelo povo, que agirá conforme os critérios de oportunidade e discricionariedade nas suas escolhas;

está, entretanto, vinculado, em todos os casos, à satisfação do bem comum. O Legislativo, por seu turno, tem como missão a concretização das normas constitucionais, tornando possível a fruição dos direitos fundamentais pelo indivíduo.

Entretanto, diante da omissão desses dois poderes, há de se esperar do Judiciário uma atitude, sob pena de “tornar letra morta” os dispositivos constitucionais. Assim, em regra, é de se esperar que as políticas públicas e sua efetivação sejam realizados pelos Poderes Executivo e Legislativo, devendo entrar em cena o Judiciário em situações emergenciais, em que não haja outro socorro para o cidadão.

Entendemos, apesar de respeitáveis posições em sentido contrário, que, nesse caso, não há violação à separação dos Poderes, prevista, como cláusula pétrea, no art. 60 da Constituição Federal. O juiz não se substitui ao legislador: trata somente de assegurar o cumprimento da Constituição, por meio de uma interpretação tópico-sistemática, diante de uma situação excepcional.

Tenhamos em mente que a finalidade do Estado, ao obter recursos e ao posteriormente gastá-los, é realizar os objetivos fundamentais da Constituição. Com relação à Constituição de 1988, como ressalta Ana Paula de Barcelos, podemos dizer que sua meta central reside na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida é assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao se apurarem os elementos fundamentais dessa dignidade, é possível estabelecer os alvos prioritários dos gastos públicos.

Aliás, serão inúmeros os óbices para a efetivação desses direitos. A limitação orçamentária, no que tange à saúde e à educação, é tema conhecido de todos os brasileiros. Resta saber se a escassez para a aplicação em um determinado setor não resulta de escolhas errôneas, ao aplicar recursos em outro menos necessário ou fundamental, como o fomento econômico. Como refere acertadamente Flávio Galdino, o que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental, não é a exaustão de um determinado orçamento: é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito. O argumento da “exaustão orçamentária” presta-se unicamente para encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado “direito”. As decisões ou escolhas acerca das alocações dos recursos para a tutela de determinados direitos, enquanto outros restarão desprotegidos, espelha os valores da sociedade em questão.

Como integrantes do Judiciário Federal da 4ª Região, observa-se a modificação da orientação jurisprudencial⁵, a qual, liderada por mentes ventiladas e comprometidas com o seu tempo, tem recusado a alegação da União de impacto financeiro a fim de assegurar aos cidadãos o direito à saúde.

Em julgamento de decisão de antecipação de tutela, na 2ª vara federal de Rio Grande, em questão relativa ao reajuste da tabela do SUS, decidimos que não há como se pleitear um atendimento médico digno ao cidadão, sem a contrapartida de uma remuneração condizente aos profissionais da saúde, que, à semelhança de todos os servidores públicos, vêm sendo golpeados em seus contracheques a cada plano econômico criado. Por outro lado, contribuintes, incluindo particulares e empresas, arrecadam valores elevados a título de Cofins, PIS e CPMF, com

a promessa legal de que as verbas serão destinadas à saúde.

Não se pode aceitar que, em face do desvio de recursos para outros setores, planos econômicos busquem preencher essa lacuna às custas da maioria da população, que, sem condições de pagar um plano particular, é entregue ao caos da saúde pública, a qual tem ocupado tristes espaços nas manchetes de nossos jornais⁶. Faltam entidades paralelas ao Judiciário e ao Legislativo para controlar a transparência dos recursos públicos. Nesse sentido, a gestão comunitária do orçamento público, já adotada em Porto Alegre e outras cidades brasileiras, é um dos meios auxiliares para o cumprimento das decisões judiciais no que tange à reserva do possível.

Seja como for, não podemos transplantar os institutos sem considerar as peculiaridades de cada país. Assim, tendo a “reserva do possível” nascido na Alemanha, urge que sejam feitas ponderações quanto à sua aplicação neste solo. Enquanto na Alemanha a jurisprudência se debruça sobre a concessão de vagas para o ensino superior, aqui a trágica questão diz respeito à subsistência, à necessidade de internação hospitalar ou de atendimento médico básico. Por isso, no Brasil, a reserva do possível deve ter mais importância, já que os recursos são escassos.

Propugnamos, finalmente, a relevância do núcleo essencial dos direitos sociais, vinculado às prestações para uma vida saudável, portanto para uma vida com dignidade. Esse mínimo deve ser sempre justificável, incumbindo ao Judiciário parte da tarefa de realização desses direitos. Apenas parte: sem uma convergência de esforços entre Poder Público e sociedade, não será possível oferecer à Nação as condições básicas para existência digna, nem será possível cumprir, em plenitude, os mandamentos otimizadores de nossa Constituição Federal.

2 CONCLUSÃO

Os direitos sociais, como direitos à prestação por parte do Estado, são direitos fundamentais imediatamente aplicáveis, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Desse modo, embora cientes da escassez de recursos, não podem os juizes, com prudência e comedimento, deixar somente ao encargo do Poder Executivo o atendimento do

pleito dos cidadãos, pois significaria o aniquilamento da credibilidade das funções jurisdicionais.

Em regra, as políticas públicas devem partir dos Poderes Legislativo e Executivo, devendo entrar em cena o Judiciário em situações emergenciais e agudas. Nesse caso, o juiz não se substitui ao legislador: trata somente de cumprir a Constituição por meio de uma interpretação tópicosistemática, conferindo relevância ao núcleo essencial dos direitos sociais, e resta vinculado às prestações garantidoras de uma vida saudável e digna.

NOTAS E REFERÊNCIAS

- 1 Todavia, há controvérsia, na doutrina, sobre se os direitos sociais decorrem dos direitos naturais, não havendo vínculo evidente.
- 2 Cabe ressaltar que não desconhecemos a tese de Holmes e Sunstein partindo da premissa de que, mesmo para a garantia das liberdades dos direitos de propriedade e vida, torna-se indispensável a alocação de recursos para disponibilizar todo um aparato estatal que possa assegurar que os direitos reconhecidos pela Constituição sejam tomados efeitos, de modo que também os direitos negativos impliquem custos. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W. W. Norton, 1999. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang, *op.cit.*, 2003(b), p. 216.
- 3 SARLET, Ingo Wolfgang, *op.cit.*, 2001(b), p. 102-103. (Para não induzir o leitor em erro, frise-se que o autor, como nós, não é partidário da corrente que sustenta que o Judiciário não está autorizado a atender as demandas dos direitos sociais prestacionais, simplesmente arrola os argumentos contrários).
- 4 RE(AgRg)271.286-RS, Relator. Min. Celso de Mello, Informativo do STF n. 210 - *PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DE VER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 1960 – PRECEDENTES (STF) RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. (...) O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.*
- 5 A seguinte decisão exemplifica essa nova perspectiva *AGRAVO DE INSTRUMENTO. URV. REAJUSTE DE 9,56% NA TABELA DE PREÇOS. RECÁLCULO DE TETO FINANCEIRO. CONTRATO DE ATENDIMENTO HOSPITALAR SUS/ SC. A Unidade Real de Valor – URV foi fixada pelo banco Central, em R\$ 2.750,00 (dois mil setecentos e cinquenta cruzeiros reais), para o*

dia 30 de junho de 1994, quando então deveria ter havido a conversão por aquele divisor pelo Ministério da Saúde em relação aos hospitais conveniados com o SUS. Houve equívoco no método de conversão para o real, porquanto não atendido o estabelecido na legislação aplicável. A situação de caos da saúde pública nacional exige providências imediatas e nessa grandeza jurídica da saúde há de se sobrepor a das finanças. (TRF - 4ª Região, AG n. 401003300-2, 3ª T., DJU, 30/08/2000, Rel. Juíza Luíza Dias Cassales).

- 6 A questão já foi magistralmente enfrentada pelo Exmo. Desembargador Federal Fábio Bitencourt da Rosa, então Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando do julgamento da Suspensão de Execução de Liminar n. 1999.04.01.091862-7, DJU, 04/10/99, salientando que: (...) *Se é indesejável o impacto financeiro que a liminar representa, uma vez que não há previsão orçamentária para o aumento que determina, não é possível, em contrapartida, se mantenha o penoso processo por que passa a maioria da população do país, desamparada no que diz com o direito fundamental da assistência à saúde. E a situação limite tem a singela explicação: se nem ao menos se mantém no mesmo patamar a escassa remuneração dos prestadores de serviços (...) não há como garantir-se estrutura compatível que permita um efetivo atendimento. À fl. 37, o parquet refere que, para uma consulta médica, o Sistema Único de Saúde repassa ao prestador R\$ 2,55. Não há como compatibilizar serviço médico adequado com total insuficiência de recursos governamentais para tal fim. Falta o minimamente indispensável.*

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

- ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Tradução de Luis Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-56, 1999, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Interpretação dos direitos e o conflito entre os poderes*. In: *Temas dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 95-116.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: LOMBO, Cláudio (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-53.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. BORGES, Luís Carlos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio A. Fábris, 2002.
- LIMA, George Marmelstein. Direito à saúde: garantia de sua efetividade pelo Poder Judiciário – Decisão proferida em ação civil pública. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, v. 59, mar. 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 91-103. abr./jun. 2003.
- MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, Porto Alegre, v. 9, n. 30, p. 23-34, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 3, n. 12, out./dez. 2001, p. 91-107.
- _____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 193-244, abr./jun. 2003.
- _____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. SARLET, In: Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-174.
- TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 139-222.

Artigo recebido em 2/4/2007.

ABSTRACT

The author investigates the shortcomings and capabilities of the Judiciary Power when it comes to accomplishing basic rights. Thus, as far as she understands it, social rights are immediately applicable basic rights, as set forth in article 5^o, § 1^o, of the Brazilian Federal Constitution. Therefore it is not wise, nor cautious, on the judges' part, to leave the resolution of citizens' pleas to the Executive Power alone, since that would mean a breach of credibility of jurisdictional functions.

She states that, as a rule, public policies should start in the Legislative and the Executive Powers, and that Judiciary action should be limited to emergencies and critical situations. In this case, the judge does not substitute for the legislator, he simply enforces the Constitution by means of a topic and

systematical interpretation, by pointing out the relevance of the social rights essential core, and he remains attached to the state's obligations of providing a healthy and worthy life.

KEYWORDS

Constitutional Law; Judicial Power, basic rights; social right.

Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva é juíza federal da vara federal e juizado especial de Joaçaba – SC.