

O Poder Judiciário como efetivador dos Direitos Fundamentais

*Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva**

Resumo

Pretende-se, por meio deste trabalho, investigar sobre os limites e possibilidades do Poder Judiciário para a realização dos direitos fundamentais. Entende-se, assim, que os direitos sociais, como direitos à prestação por parte do Estado, são direitos fundamentais imediatamente aplicáveis, nos termos do artigo 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. Em regra, as po-

líticas 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 apenas 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.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Direitos fundamentais. Reserva do possível. Limites e possibilidades de efetivação.

* Juíza Federal da Vara Federal e Juizado Especial de Joaçaba; Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 1995; Mestre em Direito Público pela PUC de Porto Alegre em 2004; Justiça Federal, Rua Francisco Lindner 430, centro, Joaçaba; anacristinasilva@jfsc.gov.br

1 INTRODUÇÃO

Investigaremos, com este trabalho, os limites e possibilidades do Poder Judiciário para a realização dos direitos fundamentais. Tendo em vista que muitas vezes os direitos dependem de políticas públicas para sua efetividade, pesquisaremos se o Poder Judiciário poderia se imiscuir nessa atividade e se não haveria o risco do Judiciário se substituir ao legislador.

2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Embora cientes da falta de consenso quanto à terminologia e ao conceito dos direitos fundamentais, optamos como Sarlet (1999, p. 138-139), 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 que seja feita uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. O termo “direitos fundamentais” aplica-se para os 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 aquelas 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 constituí-

dos (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 artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988.

Para Miranda (1998, p. 23), os direitos fundamentais fazem parte integrante da Constituição, não havendo ordem constitucional que não tenha, explícita ou implicitamente e positiva ou negativamente, certa ordem, e certa regulação de direitos fundamentais. Salaria ainda o constitucionalista português que a Constituição carece de interpretação, e que esta tem de ser uma 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 (perante os poderes), mas também horizontais (perante os 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.

Atualmente, a doutrina vem sustentando 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, consideramos que apenas uma classificação sistemática, calcada em critérios objetivos, funcionais e embasada nas especificidades do Direito

Constitucional positivo, poderá ser de efetiva utilidade de prática. Assim, reportamo-nos à classificação referida por Sarlet (1999, p. 141), proposta por Alexy e parcialmente adotada por Canotilho (1998).

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 pertine a esses direitos, a lei não é indispensável à sua fruição, devendo, por isso, prevalecer o postulado constitucional do artigo 5º, § 1º, quanto à aplicabilidade imediata desses direitos, 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 Canotilho (1998), são direitos cuja referência primária é a sua função de defesa, se auto-impondo como “direitos negativos”, diretamente 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 agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. 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, no nosso entender são direitos fundamentais os direitos sociais prestacionais. Quanto à definição dos direitos à prestação, o ilustre constitucionalista português Canotilho (1998), 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: ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no direito de exigir uma casa); ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduzem ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora 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); ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetivamente 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).

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 se refere 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, é preciso ressaltar 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 impuser 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, a princípio, inconstitucional e pode ser objeto de demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade. Importa considerar que esse núcleo essencial do direito à saúde, essencial à vida com dignidade de toda a pessoa humana, é sempre justificável.

Ainda, no que diz respeito à dimensão negativa do direito à saúde, é fundamental que se tenha em mente o 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 normas constitucionais 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. Assim, 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.

Ainda, no dizer de Krell (2002, p. 19), 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 parte², diferenciam-se dos direitos de defesa em virtude da 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, ainda que 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 não há como negar que 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 econômica 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 que dependem da conjuntura econômica, pois se discute 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, 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 escolhas trágicas.

Tendo em vista que os meios para satisfazer esses direitos são finitos, surge a questão da 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 Sarlet (2001a, p. 264-265), 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. Em virtude desses 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.

Levando em conta que está em jogo uma escolha quanto à alocação de recursos, de igual modo deve ser tomada uma decisão quanto à aplicação destes, que depende da conjuntura socioeconômica global. Nesse sentido, adotamos a preciosa lição do mestre português Andrade (1987), 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 preciso, ainda, que o Estado possa dispor desses recursos. Ora, 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 sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afetação material. Por 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.

É certo que os direitos sociais à prestação reclamam, em regra, uma atuação positiva do Executivo, a fim de implementar uma prestação que constitui direito fundamental, já que os direitos sociais

a prestações encontram-se vinculados às tarefas de melhoria, 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 Sarlet (2001, p. 261-262), 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.

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 artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Tal mandamento otimizador é de extrema relevância para a compreensão dos direitos fundamentais e, por isso, escreveremos algumas linhas sobre ele. Primeiramente, urge que se afaste a exegese restritiva, no sentido de limitar a aplicação do § 1º do artigo 5º ao rol de direitos relacionados no artigo 5º da Constituição. Por certo, o constituinte não pretendeu excluir do âmbito do artigo 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 Sarlet (2001a), no sentido de que todos os direitos fundamentais são normas de aplicabilidade imediata.

Nesse diapasão, a norma contida no artigo 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 efetivos. A questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais não pode ser resolvida, esse é o nosso entendimento, 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, em razão da ausência de ato concretizador, deverá ser fundamentada e justificada.

Isto é, no que se refere 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 pétrea da separação dos poderes, prevista no artigo 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 seja evidente a violação pelo legislador de sua incumbência constitucional.

Respeitável é a posição de Andrade (1987), frisando que, no caso de não haver legislação sobre a matéria ou na parte em que esta se revelar insu-

ficiente para permitir o cumprimento das normas constitucionais, estas não poderão ser atualizadas e aplicadas pelo juiz ou pela Administração. É aqui 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. Julgamos que 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 concretização. Krell (2002, p. 20) 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 Sarlet (2001a, p. 268-276), 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 senti-

do de que não apenas está obrigado a concretizar os programas a tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode se afastar 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 que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.

5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO DIREITO SUBJETIVO À PRESTAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO

Os que entendem que há ofensa ao princípio da separação dos poderes em razão do conhecimento e deferimento de prestações positivas pelo Poder Judiciário argumentam que o Judiciário estaria, nesse caso, invadindo esfera de poder do Legislativo e do Executivo; que apenas o Executivo e o Legislativo teriam legitimidade democrática para fixar políticas públicas; que não caberia ao Judiciário a decisão política sobre onde investir e que bens materiais oferecer, pois sua seara seria jurídica; que o Judiciário não teria 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 estaria autorizado a atender a essas demandas dos direitos sociais prestacionais sustentam que são 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 estando submetidos a uma

reserva do possível. Asseveram que apenas o legislador é democraticamente legitimado para decidir sobre a afetação desses recursos – falam em um princípio de reserva parlamentar em matéria orçamentária, originado do princípio da separação dos poderes³.

6 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO DIREITO SUBJETIVO À PRESTAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO

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 determinou o fornecimento gratuito de medicamentos aos pacientes portadores de AIDS (RE(AgRg)271.286-RS, Relator. Min. Celso de Mello, Informativo do STF nº 210)⁴.

Imbuído do mesmo espírito da decisão supracitada, o juiz Federal George Marmelstein Lima, no julgamento da Ação Civil Pública nº 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 Krell (2002, p. 22), que 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.

7 NOSSO POSICIONAMENTO

Estamos ao lado daqueles que são favoráveis à possibilidade de o Judiciário, por meio de sua jurisdição, conferir direitos fundamentais prestacionais. Consideramos que, em assim agindo, o Judiciário não está violando 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. Entendemos que 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.

8 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 diapasão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

É sabido que 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 Barcelos (2002, p. 236), 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. Amaral (1999, p. 112-113) 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 tomar 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 assecuratória 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 com propriedade Barroso (1996, p. 259-260) 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 [...]

É certo que, 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 constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar. Com razão, Krell (2002, p. 85) afirma que faltaria ao Judiciário capacitação para elaboração de 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, idealizado por Montesquieu, está produzindo 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 compondo, 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 artigos 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 even-

tuais 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 Cléve (1995, p. 217-218), 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*.

Amaral (2001, p. 17) critica as posições de Barroso e de Cléve, salientando 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 Cléve também não traça uma linha divisória entre o que seria direito individual, diretamente sindicáveis, e o que seria direito a depender de políticas públicas, de mediação legislativa e executiva, ou vigentes sob a reserva do possível.

Entretanto, para Krell (2002, p. 52-53), a posição de Amaral não é a melhor: à medida que deixa ao critério do Executivo a escolha se serão tratadas com os recursos disponíveis milhares de vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável. Conforme Krell, a resposta coerente com a Constituição de 1988 seria tratar a todos. No caso de os recursos não serem suficientes, propõe que sejam retirados de outras áreas, como o transporte, fomento econômico, serviço de dívida, em que a 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 gas-

tar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”. Com propriedade, 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, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembleias Legislativas, tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, etc.) Resta observar que 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. Pensando bem, 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.

Krell (2002, p. 54-56) prossegue afirmando, 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 a 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 seria diferente. Nesses casos, entende que a questão é mais de vontade política e organização administrativa. Assim, nessas áreas, a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte dos estados e da União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais.

É certo que 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 maléfico 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, (2000, p. 101) cabe ao Judiciário tomar decisões de princípio, não decisões de política; decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral. O que pretendemos, com essas linhas, é afirmar a legitimidade do Poder Judiciário para determinar as prestações necessárias para a realização do núcleo da dignidade, ao chamado mínimo existencial.

Fazendo referência ao problema brasileiro, em que as normas são generosas e os recursos escassos, Miranda (1998, p. 32-33) 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 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 to-

tal 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 haverão 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. O certo é que a ação do Poder Público está subordinada aos ditames constitucionais: tudo que a Constituição dispõe haverá de ser cumprido.

Nesse sentido, acertada é posição de Sarlet (2001b, p 103-104) 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. Pois bem, no que se refere 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 como concretizador dos direitos fundamentais, Alexy (1999, p. 66) 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, enquanto direitos a prestações por parte do Estado, são indubitavelmente imediatamente aplicáveis, por força do § 1º do artigo 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 Sarlet (2001b, p. 106) 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.

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 pela escassez dos recursos e conseqüentemente pela impossibilidade de atendimento ao pleito dos cidadãos, reduziremos a eficácia dos direitos fundamentais a quase nada e relegaremos ao Judiciário um papel de mero espectador das mazelas nacionais, o que não é desejável.

É certo que 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 realizadas 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, neste caso, não há violação à Separação dos Poderes, prevista, como cláusula Pétrea, no artigo 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.

Urge que 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 bem ressalta Barcelos (2002, p. 246), podemos dizer que sua meta central reside na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao se apurar 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 diz respeito 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 Galdino (2002, p. 139-222), 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”

ria” 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, é com imensa satisfação que temos observado 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, tratando de 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.

O que não se pode aceitar é que, em face do desvio de recursos para outros setores, planos econômicos busquem preencher essa lacuna à custa 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 que possam 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, entendemos que, no Brasil, a reserva do possível deve ter mais importância, já que aqui os recursos são escassos.

Propugnamos, finalmente, a relevância do núcleo essencial dos direitos sociais, vinculado às prestações para uma vida saudável, – portanto à 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.

9 CONCLUSÃO

Os direitos sociais, como direitos à prestação por parte do Estado, são direitos fundamentais imediatamente aplicáveis, nos termos do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal. Desse modo, embora cientes da escassez de recursos, 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.

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.

The limits and the possibilities of the Judicial Power for the accomplishment of the basic rights

Abstract

In this work, we intend to investigate about the limits and the possibilities of the Judicial Power for the accomplishment of the basic rights. We understand, thus, that the social rights - as inherent rights of the citizen on the part of the State - are immediately applicable basic rights, as it is stated in the article 5º, § 1º of the Federal Constitution. Therefore the judges, with prudence and moderation, cannot leave only to the Executive the attention of the pleas of the citizens, since it would mean the destruction of the credibility of the jurisdictional functions. For us, as a rule, the public policies must start from the Legislative and the Executive Powers, and the Judiciary should enter in the scenario in emergent and critical situations. In this case, the judge does not substitute the legislator: he only aims to follow the Constitution by means of a topic and systematical interpretation, giving relevance to the essential social rights core, and remains attached to the State's obligation of warranting a healthful and worthy life.

Keywords: Judicial Power. Limits and the possibilities of accomplishment. Basic rights.

Notas explicativas

¹ Todavia, há controvérsia, na doutrina, se os direitos sociais decorrem dos direitos naturais, não havendo vínculo evidente.

² Cabe ressaltar aqui que não desconhecemos a tese de Holmes e Sunstein partindo da premissa de que mesmo para a garantia da liberdade 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 tornados efetivos, de modo que também os direitos negativos implicam custos. HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W. W. Norton, (1999 apud SARLET, 2003b, p. 216).

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2001b, 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 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, ART. 5º, CAPUT, E 196) – 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 nº 401003300-2, 3ª Tª, DJU, 30/08/2000, Rel. Juíza Luiza 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 nº 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 mantêm no mesmo patamar a escassa remuneração dos prestadores de serviços [...] não há como se garantir 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

- ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Ed. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Revista de Direito Administrativo, v. 217, jul./set. 1999. p. 55-66.
- 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, Portugal: Livraria Almedina, 1998.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o Direito Alternativo: Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória. In: **Uma Vida Dedicada ao Direito**: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. LOMBO, Cláudio (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-53.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 139-222.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Fábri, 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, ano 59, março de 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, abr./jun. 2003. p. 91-103.

MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, ano 9, n. 30, Porto Alegre. 1998. p. 23-34.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001a.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, v. 3, n. 12, out./dez. 2001. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001b. p. 91-107.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 46, ano 12, abr./jun. 2003b. p. 193-244.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: **O Direito Público Em Tempos de Crise. Estudos em Homenagem A Ruy Ruben Ruschel**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-174.

