

OBSTÁCULOS COMUMENTE IMPOSTOS AOS DIREITOS SOCIAIS RUMO À SUA EFETIVAÇÃO: o direito a saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de 2000 a 2011.

OBSTACLES TRADITIONALLY PRESENTED FOR SOCIAL RIGHTS TO BECOME REALITY: right to health in the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal from 2000 to 2011.

Prisicla Carvalho de Andrade*

Waleska Marcy Rosa**

RESUMO

Esse trabalho é produto de recorte de projeto de pesquisa por meio do qual se vem analisando as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) entre 2000 e 2011 referentes aos direitos à saúde, à educação, à alimentação, à moradia e ao lazer com o objetivo geral de identificação de tendências argumentativas. Para alcançar o objetivo exposto, foi feita, em um primeiro momento, revisão da literatura referente à matéria de direitos sociais, que forneceu os subsídios teóricos que sustentam este texto. Em seguida, os julgados referentes aos direitos escolhidos para serem objeto de pesquisa foram levantados no sítio do STF e, em seguida, analisados. Para este trabalho, foi feito recorte temático, cuidando-se apenas das decisões referentes ao direito à saúde que, até o momento, foram as analisadas com maior profundidade. Sublinha-se a relevância da realização dessa investigação, visto que, diante dos obstáculos comumente postos para a efetivação de tais direitos, torna-se importante averiguar como o Poder Judiciário, especialmente o STF, vem lidando com a matéria da efetividade. Com a análise das decisões, foi possível verificar que, entre os ministros do STF, há uma tendência de apresentar entendimentos que apontem para a necessidade de aplicação imediata do direito à saúde, muitas vezes sem nem mesmo considerar os obstáculos de sua efetivação comumente

* Bolsista de iniciação científica da UFJF no programa de Instalação de doutores (mar. 2012/jul. 2012). Bolsista de iniciação científica BIC/UFJF a partir de ago. 2012.

** Professora Adjunto I – Faculdade de Direito/UFJF.

postos pela doutrina. Em todas as decisões analisadas, a Corte obrigou a Administração a conceder prestação de saúde.

Palavras-chave: direito à saúde; efetivação; jurisprudência do STF.

ABSTRACT

This article is a product of a project that is currently analysing the decisions emitted by the Supremo Tribunal Federal (STF) from 2000 to 2011 that involve the right to health, right to education, right to leisure, right to food and right to residence in order to verify if it is possible to identify trends in the arguments presented by the ministers. So as to achieve this aim, firstly, the review of literature related to social rights was carried out, and this provided the theoretical knowledge that will be presented here. Secondly, the decisions emitted by STF concerning the rights that were chosen to be the objects of the project were downloaded from the Court's website. Currently, the individual analysis of the decisions is in process. In this work, only the right to health will be considered, since the decisions related to this particular right were the ones that have already been analysed in greater detail. Considering the theoretical obstacles that are traditionally presented for social rights to become reality, it is important to investigate how STF is dealing with the question of effectiveness. After analysing the decisions, it is possible to verify the ministers tend to write their votes presenting positions that outline the importance of the immediate application of the right to health. All the decisions that were examined obliged the Administration to provide a health service.

Key words: right to health; effectiveness; jurisprudence of STF.

1 INTRODUÇÃO

Basta um breve olhar sobre os textos da Constituição de 1988 para verificar que um dos maiores objetivos do constituinte originário era promover o bem-estar. O constituinte originário inovou ao reconhecer amplamente direitos sociais, destacando-se os direitos à saúde, à educação, ao lazer, dentre outros enumerados no art.6^o. Posteriormente, foram acrescentados por emenda os

direitos à moradia e à alimentação. Contudo, apesar dessa ser a Constituição, no constitucionalismo pátrio, que mais generosamente enunciou direitos sociais, uma visão mais tradicional ainda guarda reservas quanto à aplicabilidade de tais direitos, que são os principais responsáveis pela promoção do bem-estar, negando-lhes até mesmo sua jusfundamentalidade.

Tradicionalmente, os direitos de defesa são tidos como aqueles que exigem somente abstenção, apenas a distância do Estado. Contudo, hodiernamente, entende-se que violações de direitos fundamentais provêm não somente do Estado, mas também de particulares em geral. Sendo assim, o Estado viola direitos fundamentais por ação, mas também os pode violar por omissão, na medida em que ao Estado cabe atuar no sentido de proteção aos direitos fundamentais. Desse modo, se todos os direitos fundamentais, sejam os de defesa, sejam os sociais, demandam ação do Estado, ressaltam-se as dimensões negativa e positiva de todos os direitos fundamentais. Essa realidade paradoxal do convívio de dimensões opostas em um mesmo direito faz com que direitos de liberdade e direitos sociais se aproximem, retirando a credibilidade de teorias que entendem que a jusfundamentalidade deve ser negada aos direitos que exigem prestação. Ora, todos os direitos exigem prestações, seja para sua efetivação, seja para sua proteção.

Nessa fase introdutória, é importante salientar que a Constituição é mais que um instrumento jurídico por meio do qual se manifestam intenções. Ela possui um caráter de busca de efetivação para as normas nela contidas. Direitos sociais, por óbvio, compõem a Constituição, logo são regras impositivas. Contudo, sua eficácia e aplicabilidade são frequentemente colocadas, pela doutrina, em relação de subordinação a outros fatores. Diante disso, cumpre indagar: direitos sociais estão mesmo condicionados à existência de uma situação ótima para sua aplicação? Deve-se esperar essa situação ótima se estabelecer para só então usufruir tais direitos?

Nesse trabalho pretende-se lançar um olhar às barreiras comumente postas à efetivação e proteção dos direitos sociais, tão largamente declarados pelo constituinte originário. À luz do importante papel que esses direitos, quando efetivados e materializados, exercem em uma sociedade e levando em conta as posições doutrinárias frequentemente tomadas frente a eles, considerar-se-ão alguns obstáculos postos à efetivação dos direitos sociais com o objetivo de relativizá-los. Não há aqui pretensão de esgotar os temas propostos, pelo contrário, intenta-se que

o presente trabalho sirva de engrenagem para contribuir para o avanço das discussões. Velhos temas serão aqui vistos sob diferentes perspectivas, ângulos e olhares.

Ao mesmo tempo, pretende-se expor, ainda que de maneira breve, as visões frequentemente apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quanto às matérias em discussão. Desde agosto de 2011, vem-se trabalhando com a análise das decisões prolatadas pela Corte referentes aos direitos à saúde, à educação, à alimentação, à moradia e ao lazer entre 2000 e 2011. Diante dos obstáculos comumente postos para a efetivação de tais direitos, torna-se importante averiguar como o Poder Judiciário, especialmente o STF, vem lidando com a matéria da efetividade. O presente trabalho se propõe a investigar se já é possível se identificar tendência(s) do STF no que se refere às decisões sobre os direitos sociais acima mencionados. Sublinha-se a relevância da realização dessa investigação, tendo em vista que é mesmo a efetivação dos direitos sociais, como já apontado, um dos principais instrumentos para promoção da grande meta constitucional de promoção do bem-estar, que possibilita, ainda, a diminuição de desigualdades e atendimento de reclames da justiça social.

Para alcançar o objetivo geral de identificação de tendências decisórias proposto pelo projeto de pesquisa em questão, foi feita, em um primeiro momento, revisão da literatura referente à matéria em questão, que forneceu os subsídios teóricos aqui sustentados. Em seguida, foram levantadas no sítio do STF todas as decisões sobre direitos sociais proferidas entre 2000 e 2011.

Estando o projeto ainda em fase de execução, no presente estudo, se trabalhará apenas com as vinte decisões referentes à efetivação do direito à saúde, prolatadas entre 2000 e 2011 pelo Supremo Tribunal Federal, pois essas foram, até o momento, as analisadas com mais profundidade, com o objetivo único de expor as posições frequentemente apresentadas pelos ministros quanto às matérias que serão abordadas. A exposição dos teores argumentativos dos votos prolatados pelos ministros se revela importante devido ao fato de que a efetivação dos direitos sociais é tema cercado de acirrados debates a respeito da atuação do Poder Judiciário.

Nesse trabalho, há três tópicos de desenvolvimento. O primeiro trata de dois obstáculos tradicionalmente encontrados pelos direitos sociais rumo sua efetivação: eficácia e reserva do possível. No segundo tópico são tecidas considerações acerca da teoria do mínimo existencial. No

último item, trabalha-se a questão da interferência do Poder Judiciário em tema de políticas públicas.

2 OBSTÁCULOS PARA APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Muito se discute, no âmbito teórico, quanto ao reconhecimento de direitos sociais como direitos fundamentais e, também, como direitos subjetivos. Há quem, entre nós, como é exemplo Ricardo Lobo Torres (2009, p. 80), negue aos direitos sociais sua jusfundamentalidade, argumentando que esses direitos necessitam de prestações positivas para sua aplicação. Contudo, como já dito, esse argumento, em nosso ver, não pode prosperar, uma vez que já é reconhecido por muitos, como Andreas Krell (2002, p. 47), que também direitos de defesa possuem uma dimensão “positiva” e necessitam, ainda que em menor medida, de alguma prestação para sua realização ou, pelo menos, para sua proteção.

Mesmo que reconhecido que tais direitos à prestação são autênticos direitos fundamentais, ainda resta uma ampla discussão quanto à sua aplicabilidade, eficácia e efetividade, que envolve, de maneira direta, o disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal (CF). É argumentado que não se pode estender a aplicabilidade imediata proclamada no referido dispositivo aos direitos sociais, uma vez que esses direitos exigem *interpositio legislatoris*, devido à indeterminação de seus enunciados normativos. Como afirma Ingo Sarlet (2009, p.347), no entanto, esse argumento não é suficiente, já que a abertura de certos textos que consagram direitos de defesa e que definem normas organizacionais não impede a imediata aplicabilidade e eficácia de seus conteúdos. Contudo, mesmo que os textos dos direitos sociais fossem suficientemente densos e não houvesse dúvida quanto ao que perseguir, ainda restaria de pé a barreira da dimensão econômico-financeira da reserva do possível. Devido à existência de tais barreiras “que a norma contida no art. 5º, §1º, da CF não pode, na esfera dos direitos sociais prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada (...)” (SARLET, 2009, p.348). Diferentemente dessa visão, há outras que, de um lado, entendem os obstáculos postos para aplicação dos direitos sociais prestacionais como sendo intransponíveis, afirmando que normas não podem atentar contra natureza das coisas. De outro lado, há, ainda, posições que parecem negar a existência de tais obstáculos.

Aqui, será feita uma breve análise dessas barreiras tradicionalmente postas rumo à efetivação dos direitos sociais, à luz de teorias já expostas por autores de grande ressonância na literatura.

2.1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICABILIDADE

É corrente na doutrina a distinção entre direitos de defesa e direitos a prestação em virtude de sua estrutura jurídico-normativa. Essa diferenciação se baseia na densidade normativa com a qual é apresentada a norma que consagra o direito. Direitos de defesa são tidos como de eficácia plena por serem enunciados por textos que fornecem, de maneira satisfatória, os subsídios necessários para a aplicação imediata. Por outro lado, direitos a prestação são tomados como de eficácia limitada, devido a sua baixa densidade normativa, tendo aplicabilidade mediata. De acordo com esse entendimento, portanto, direitos sociais são dependentes da *interpositio legislatoris* para alcançarem sua eficácia plena, o que é visto como verdadeira barreira para sua aplicabilidade, uma vez que a norma consagradora do direito não confere ao indivíduo, de imediato, a possibilidade de fruição e nem mesmo o permite exigir o direito, quando ameaçado ou negado.

Pretende-se, aqui, contudo, apresentar uma visão diversa da brevemente descrita anteriormente. Para tanto, será apresentado um esquema que objetiva identificar tipos de normas constitucionais que consagram direitos fundamentais. A análise da eficácia das normas será feita somente na perspectiva vertical, isso é, na relação entre Estado e indivíduo, estando as relações horizontais entre indivíduos excluídas dessa análise.

Há normas que definem:

I) direitos subjetivos cuja fruição exija, sobretudo, a abstenção do Estado.

Como é consenso no âmbito teórico, essas normas constitucionais concedem aos indivíduos uma posição jurídica que os permite, de imediato, desfrutar do direito, bem como a possibilidade de exigí-lo quando ameaçado;

II) direitos subjetivos cuja fruição exija uma prestação material do Estado.

Essas normas constitucionais consagram direitos que dialogam de maneira direta com a dignidade da pessoa humana e se põem como condição que possibilita a liberdade fática, possuindo alto grau de prioridade em uma sociedade. Seu texto é vago e impreciso, pois consagra direitos que podem ser realizados de inúmeras maneiras e tem sua estrutura mínima variável de acordo com a conjuntura econômica, com o tempo - dada a dinamicidade dos interesses da sociedade - e com o espaço - dada as peculiaridades locais de cada sociedade. Vale sublinhar que não é, como comumente se pensa, a efetivação desses direitos que está subordinada à disponibilidade de recursos econômico-financeiros, mas sim seu aparelhamento mínimo, como será oportunamente discutido. Apesar da vagueza de seu enunciado normativo, podem produzir efeitos imediatos. Apesar de não ser possível que uma prestação específica seja cobrada antes da intervenção legislativa, essas normas concedem aos indivíduos a possibilidade de exigir uma ação qualquer do Estado para por em prática, de alguma forma, o conteúdo do direito com o objetivo de reparar uma carência social causada pela inoperância do Poder Público. Caso haja somente um meio efetivo para combater o problema, é esse mesmo que deve ser adotado (GOUVÊA, 2004, p. 210). Ademais, esses direitos são justiciáveis, e, assim, é possível combater a omissão legislativa através da mandando de injunção ou omissão inconstitucional.

Tome-se o direito à saúde, que, certamente, se relaciona com a dignidade da pessoa humana e se caracteriza por elevado grau de prioridade pelo seu vínculo direto com o direito à vida, como exemplo para esclarecer o que está sendo dito. O acesso à saúde pode ser realizado através de múltiplas formas: fornecimento de medicamentos, tratamentos, estruturas físicas para o funcionamento de clínicas e hospitais, políticas preventivas, curativas e etc. As medidas e a extensão mínima das medidas que formam o aparelhamento mínimo para o alcance do acesso à saúde, como já dito, são variáveis. Antes da interposição do legislador, contudo, é possível que os indivíduos reclamem alguma prestação do Estado no sentido de concretizar o direito à saúde para neutralizar os problemas sociais causados pela carência do direito. Além disso, é possível que a efetivação do direito seja imposta com o combate da inércia do legislador através do mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.

Trata-se aqui do que Ricardo Lobo Torres denomina de mínimo existencial na face dos “direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irredutível”, no âmbito do *status positivus libertatis*, que será oportunamente abordado (TORRES, 2009, p. 37).

Na esteira de Alexy (2008) e Sarlet (2009, p. 349) esses direitos são reconhecidos como direitos subjetivos definitivos a prestações. Concordam esses autores que na esfera das condições existenciais mínimas “existe obrigatoriedade da entrega de prestações positivas, reconhecendo-se um direito público subjetivo do cidadão” (SARLET, 2009, p. 348);

III) direitos que configuram programas do Estado.

Essas normas constitucionais expressam conteúdo que não possui relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois extrapolam o padrão mínimo concebido por uma sociedade como necessário para que haja uma vida digna e, por isso mesmo, possuem grau de prioridade inferior. Sua efetivação está subordinada à disponibilidade de recursos econômico-financeiros. Normas constitucionais desse tipo não geram direitos *subjetivos* propriamente, pois seu conteúdo não pode ser exigido antes da interposição legislativa. No entanto, esses programas devem ser perseguidos pelo Estado com o empenho de realizá-los na maior medida possível.

Trata-se aqui do que Ricardo Lobo Torres (2009, p.42-43) excluiu do mínimo existencial e negou a condição de fundamentais. Alexy (2008) e Sarlet (2009, p. 349) tratam o que aqui foi considerado programas ou finalidades do Estado como direitos subjetivos *prima facie*. A doutrina alienígena, especialmente a alemã, entende que tais direitos que declaram programas do Estado

subordinam-se à justiça social, encontram-se sob a ‘reserva do possível’ e constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial (TORRES, 2009, p. 273).

Com a análise das decisões referentes ao direito à saúde prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal entre 2000 e 2011, verifica-se que os ministros, ao emitirem seus votos, explicitam seus próprios entendimentos acerca da eficácia dos direitos sociais. No Recurso Extraordinário nº 280. 642 de 2000, sobre fornecimento de medicamentos, o ministro Marco Aurélio afirmou que o parâmetro constitucional do art. 196 da Constituição Federal (CF) é de eficácia imediata. No Recurso Extraordinário nº 359.508 de 2000, também sobre distribuição de medicamentos, o ministro Maurício Corrêa trata o direito à saúde como direito público subjetivo assegurado pela norma do art. 196, CF. Mais recentemente, a Corte emitiu posições que, de certa maneira, contradizem essas até agora apresentadas. Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 e na Suspensão de Liminar nº 47, ambas prolatadas em 2010, o ministro Celso de Mello afirma que

direitos econômicos, culturais e sociais se caracterizam pela gradualidade do processo de concretização, que está sempre

subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da carta política (BRASIL, 2010, p.40).

Em contradição, Celso de Mello afirma, logo depois, em seu voto em ambas as ações, a impostergabilidade da efetivação do dever constitucional de efetivação do direito à saúde e trata o direito como subjetivo.

Mesmo se tratando de matéria controvertida no âmbito teórico e objeto das mais variadas teorias com as mais variadas posições, há relativo consenso na doutrina no sentido de que todas as normas constitucionais produzem, no mínimo, os seguintes efeitos imediatos: revogam normas anteriores incompatíveis como os programas que vinculam, orientam a interpretação de outras normas do ordenamento, servem como parâmetros de controle de constitucionalidade de medidas restritivas, opõem-se, judicialmente, ao cumprimento de regras contrárias ao preceito constitucional, proíbem a edição de normas antagônicas e forçam a Administração a agir em sintonia com seu texto.

2.2 RESERVA DO POSSÍVEL

Além das diferenças já apontadas quanto à estrutura jurídico-normativa, grande parte da doutrina ainda distingue os direitos de defesa dos direitos sociais sob outra perspectiva. Muito embora já seja amplamente aceito que todos os direitos fundamentais possuem um custo econômico, não é possível negar que direitos a prestação, por apresentarem uma dimensão “positiva” mais “larga” do que aquela apresentada pelos direitos de defesa, de fato, custam mais. Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 284) afirma que os direitos sociais a prestações “positivas” possuem especial relevância econômica, ao passo que direitos subjetivos “negativos” possuem uma neutralidade econômico-financeira, visto que sua eficácia jurídica e efetividade não têm sido colocadas na dependência do fator custo. No entendimento de Virgílio Afonso da Silva, direitos sociais extrapolam os chamados “gastos institucionais”, que são os demandados pelos direitos de defesa, exigindo, para além desses, gastos para sua realização (2008, p. 593). É pacífico, portanto, que direitos sociais demandam dinheiro para sua realização no mundo fático.

Entretanto, se essa demanda representa uma barreira intransponível para a efetivação dos direitos sociais ainda não se chegou a um acordo.

A disponibilidade de recursos para efetivação dos direitos fundamentais e, portanto, a escassez, é a faceta fática e material do fenômeno que se convencionou denominar de “reserva do possível”, que, em seu sentido amplo, também compreende uma dimensão jurídica, que envolve previsão orçamentária que direcione os recursos financeiros, licitação que legitime o fornecimento da prestação e distribuição de competências, isto é, nas palavras de Sarlet (2009, p. 286), o poder de dispor. Além disso, segundo mesmo autor, à luz da jurisprudência alemã, há, ainda, uma terceira dimensão: a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação reclamada (Sarlet, 2009, p. 287). As duas primeiras dimensões dizem respeito ao destinatário das normas definidoras de direitos fundamentais sociais, enquanto a última, ao eventual titular de um direito desse tipo. É oportuno observar que Ricardo Lobo Torres (2009, p.105), contudo, nos adverte que o conceito de “reserva do possível” passou por um processo de desinterpretação no Brasil, já que o termo cunhado na Alemanha equivale, originalmente, à “reserva democrática”, no sentido, segundo ele, de que “as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador” (TORRES, 2009, p.105). Dessa forma, a reserva do possível não é aplicável ao mínimo existencial. Nesse estudo, contudo, o sentido considerado para o termo “reserva do possível” será aquele que se fixou no Brasil, desmembrado em dimensões, negligenciando, portanto, o sentido original do termo. Nesse primeiro momento, será abordada apenas a dimensão econômico-financeira do fenômeno.

Cumprido anotar nesse ponto que não é possível conceber a reserva do possível fática (e também as outras dimensões) como parte imanente dos direitos fundamentais. A escassez de recursos financeiros é mesmo condição fática e noção artificial e é, ainda, externa aos direitos sociais, razão pela qual é alegado correntemente que há uma tensão e desproporcionalidade inexoráveis entre condições reais de aplicação das prestações e ordenação normativa, que estaria extrapolando o campo do realizável. Esse é o entendimento defendido, por exemplo, por Gustavo Amaral (2001, p.199), que afirma que muitos textos de normas jurídicas trazem um “excesso de otimismo normativo”. No entanto, não é possível possibilitar que a reserva do possível seja tomada pelo Poder Público como justificativa infundada para a não realização dos direitos à prestação, sendo indesejável que a escassez seja apenas presumida, devendo ser demonstrada pela

Administração. Uma vez demonstrada a insuficiência de recursos financeiros para fornecer prestações no âmbito de todos os direitos sociais ao mesmo tempo e, ainda, de maneira ótima, é preciso atentar para a urgência com a qual uma sociedade demanda um e outro direito, de maneira comparativa, tendo como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana e os interesses sociais, que, juntos, determinam uma escala de prioridade. Após atender, pelo menos em medida mínima, as demandas primordiais, que correspondem no item 2.1 aos “direitos subjetivos cuja fruição exija prestação do Estado”, é que se pode pensar em direcionar os recursos restantes para realização de demandas de grau de prioridade inferior, que correspondem no item 2.1 aos “programas do Estado”.

Feita essas considerações preliminares pretende-se dizer aqui que: a) a efetivação dos alvos primordiais dos recursos econômico-financeiros, não está, subordinada à dimensão fática da reserva do possível, visto que sempre serão atendidos mesmo que em mínima medida; b) não obstante, seu aparelhamento mínimo exigível depende da conjuntura econômica. Aqui é importante salientar que o aparelhamento mínimo de um direito não se confunde, de forma alguma, com núcleo essencial dos direitos fundamentais. Pretende-se referenciar, nesse estudo, com o uso dos termos “aparelhamento mínimo de um direito” ou “estrutura mínima de efetivação” as prestações materializadas na realidade para a efetivação de um direito, isto é, as medidas adotadas e estrutura construída através de políticas públicas para fornecer acesso a um direito. Daqui para frente será usado o termo “direito subjetivo à prestação” quando se fizer referência aos direitos cujo atendimento é obrigação do Estado, por serem primordiais, ao passo que, será dito “programas do Estado” para aqueles direitos que não possuem dimensão subjetiva e seu atendimento ocorre segundo as possibilidades fáticas, devido seu diminuto grau de prioridade.

A afirmação contida em a) se funda no argumento de que, uma vez eleitos os alvos primordiais da destinação dos gastos públicos (direitos subjetivos à prestação), o Estado nunca pode faltar com a prestação desses direitos sob o argumento da dimensão fática da reserva do possível (salvo em hipóteses que englobam as outras dimensões), não importando se a economia do país passa por um período de estabilidade, expansão ou gravíssima crise. Isso porque, como afirma Ricardo Lobo Torres,

como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública. Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática (TORRES, 2009, p.110)

Adere-se, aqui, ao posicionamento do autor quando afirma que não é possível que se configure uma situação de impossibilidade fática absoluta, pois a sociedade sempre proverá recursos na forma de impostos. Contudo, acredita-se que a reserva do possível fática pode, sim, causar impactos, além daquele já mencionado da eleição de alvos prioritários para os gastos públicos. Considerando que a economia de um país passa por momentos distintos no tempo (tais como estabilidade, expansão e crise), acreditamos que seja seguro considerar a *variação* da disponibilidade de recursos para a efetivação dos direitos subjetivos a prestação e dos programas do Estado. Com variação da disponibilidade de recursos no tempo, oscila também o aparelhamento mínimo ou a estrutura mínima de efetivação exigível dos direitos subjetivos a prestação. É com base na dinamicidade da economia que se pode afirmar o que está em b). Note-se que essa variação da disponibilidade de recursos muda também a medida em que o Estado pode perseguir seus programas

Tome-se como exemplo, novamente, o direito à saúde para explicar o que está sendo dito. Devido à sua vinculação direta com o direito à vida, sem a qual não há que se falar em direitos, nos parece certo que assistência à saúde é demanda primordial comum de todas as sociedades democráticas e, portanto, corresponderia ao que se denominou aqui de direito subjetivo à prestação. É fundado nesse argumento - seu caráter primordial - que se entende o direito à saúde como sendo sempre exigível, porém suscetível sua estrutura mínima a variações segundo a conjuntura econômica. Isto é, na prática, ocorre que em momentos de crises financeiras o padrão mínimo de assistência à saúde é certamente inferior ao exigível em momentos de expansão ou estabilidade econômica, e não há que se desejar de outro modo, já que a realidade da escassez econômica se impõe. Porém, as prestações no campo da saúde nunca poderão ser inexistentes, devido ao seu alto grau de prioridade combinado com o fato de que, como afirma Ricardo Lobo Torres (2009, p.110), uma situação de impossibilidade fática absoluta nunca se estabelecerá, pois a sociedade sempre fornecerá novos recursos. Dessa forma, é infundado o argumento da reserva fática do possível quando apresentado pela Administração para justificar sua inoperância na concretização dos direitos subjetivos à prestação. Nesse sentido, Alexy (2008) argumenta, combatendo o entendimento de que em tempos de crise até mesmo a

garantia de direitos sociais mínimos é suspensa, dizendo que é justamente nesses momentos que se faz indispensável a proteção dos direitos fundamentais sociais, por menor que essa seja.

Muitos autores da literatura consideram como sendo puramente ideológicas as posições que entendem que a deontologia pode combater, sozinha, as impossibilidades materiais e que, por isso, todos os direitos sociais devem ser prestados de maneira ótima. Advoga Ingo Sarlet que “desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real” (SARLET, 2009, p.347). Entretanto, ao examinar os argumentos contidos nas decisões referentes ao direito à saúde prolatadas pelos ministros, percebe-se que, em alguns momentos, principalmente em ações mais antigas, o Supremo Tribunal Federal não somente negligenciou a reserva do possível fática, como também, frequentemente, a negou. No Recurso Extraordinário nº 195.192 de 2000, sobre fornecimento de medicamento para portador de doença rara, o ministro relator Marco Aurélio afirmou que “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que é previsto constitucionalmente” (BRASIL, 2000, p.272). Nesse sentido, o ministro Celso de Mello, em diversos acórdãos, como é exemplo o Recurso Extraordinário nº 271.268 de 2000, que trata de fornecimento de medicamento gratuito para paciente com HIV, declarou que entre proteger a inviolabilidade do direito à saúde ou fazer prevalecer um interesse financeiro secundário do Estado só há uma opção possível: aquela que privilegia o direito à saúde. Atesta Gustavo Amaral que “a jurisprudência brasileira tende a não ver a questão da escassez de recursos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária”(AMARAL, 2001, p.173). Segundo o mesmo autor, a questão da escassez se torna mesmo mais dramática com relação ao direito à saúde, em que há escassez não apenas de recursos financeiros, mas também, e mais gravemente, de recursos não monetários, como órgãos e médicos especializados. O direcionamento de recursos para um ou outro segmento/indivíduo configura o que vem sendo entendido como “escolha trágica” no campo do direito à saúde. Em regra, escolhas são feitas no benefício de um e detrimento de outro. O caráter trágico emerge, especialmente em saúde, pois, ao se apontar quem salvar é inevitavelmente escolhido quem vitimar (seleção de pacientes).

Apesar desse entendimento que negligencia a reserva fática do possível ser mais frequentemente demonstrado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda há outro explicitado pela Corte, antagônico ao primeiro. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 de 2004, o ministro relator Celso de Mello afirma que não deixa de conferir significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível e que a realização de direitos econômicos, sociais e culturais depende de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades do Estado. No Recurso Extraordinário nº 368 564 de 2001, interposto pela União contra acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1º Região que deu provimento a tratamento de saúde no exterior com doença raríssima (retinose pigmentar) de o ministro Ayres Britto salienta a diferença entre direito de liberdade, que basta o Estado cruzar os braços para criar condições de gozo do direito de personalidade ou individual. Já os direitos sociais, segundo o ministro, só podem ser usufruídos na medida em que o Estado desembolsar recursos, e é por essa razão que esses direitos de crédito contra o Estado. Sendo assim, declara o ministro, “é preciso atentar que os recursos orçamentários são escassos e pesa contra esses direitos uma cláusula da reserva financeira do possível”(BRASIL,2011, p.86) . Conclui, entretanto, que essa reserva financeira do possível é “a mais cômoda das desculpas” para o Estado. Nesse ponto, concorda-se, aqui, com o ministro que trata-se apenas de uma desculpa cômoda, pois a reserva fática do possível, como já dito, não é suficiente, sozinha, para impedir a concretização, ainda que mínima, daqueles direitos subjetivos à prestação, os primordiais, pois, no ensinamento de Ricardo Torres Lobo (2009, P.110), o Estado está constantemente captando mais recursos da sociedade, sendo por isso, a fonte de poder público inesgotável.

Pretendeu-se, portanto, demonstrar até aqui que a dimensão fática da chamada “reserva do possível” não inviabiliza de maneira absoluta a realização dos direitos subjetivos à prestação e que de nenhuma forma se configura como barreira intransponível para sua aplicação, mas, ao mesmo tempo, não pode ser negligenciada, pois exige que a destinação dos recursos públicos se oriente em uma escala de prioridade estabelecida pelo princípio da dignidade humana e pelos interesses sociais, e impõe a variação do aparelhamento mínimo dos direitos. A efetivação dos direitos subjetivos a prestação de conteúdos primordiais não está, como já afirmado e reafirmado aqui, subordinada à dimensão fática da reserva do possível, apenas sua estrutura mínima de efetivação está, bem como, por óbvio, o que aqui se denominou de programas do Estado.

Em suma, os efeitos da dimensão fática da reserva do possível são: eleição de alvos prioritários dos gastos públicos e oscilação do aparelhamento mínimo exigível dos direitos tidos como alvos prioritários. A efetivação dos direitos subjetivos à prestação não está subordinada à conjuntura econômica, ao passo que sua estrutura de efetivação mínima está, como está também a efetivação de programas do Estado.

Se a reserva do possível fática não representa perigo para a efetivação dos direitos subjetivos à prestação, pois essa sempre ocorrerá, ainda que em medida mínima, por que então muitos desses direitos que deveriam ser primordiais, em nosso país não possuem nem mesmo um aparelhamento mínimo? O grande inimigo da efetivação dos direitos sociais é, na verdade, a má alocação de recursos. Há recursos na caixa do Tesouro, mas esses já estão destinados a dotações orçamentárias diversas da satisfação dos direitos sociais. Na esteira de Gustavo Amaral,

dizer que se gasta muito, mas se obtém pouco é uma maneira mais gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má alocação (AMARAL, 2001, p.184).

Mesmo quando há investimento na efetivação dos direitos sociais, Ricardo Lobo Torres acredita que as políticas públicas privilegiam os segmentos sociais errados: “Sem rigor nas políticas públicas focalizadas, não raro a classe média e os pobres recebem tratamento preferencial diante dos miseráveis” (TORRES, 2009, p. 17). Andreas Krell constata que “ainda são poucos os meios jurídicos eficientes para combater a má aplicação de recursos públicos” (KRELL, 2002, p.35). Devido à seriedade dos impactos das decisões alocativas, muito se vem discutido quanto aos critérios que deveriam ser adotados em suas formulações, uma vez que a Constituição não os oferece ela mesma, delegando esse trabalho ao legislador e ao Poder Executivo, o que confere um caráter eminentemente político a tais escolhas. Esse tema não será aqui aprofundado, bastando dizer que entendemos que, no mínimo, políticas públicas devem ser formuladas segundo a já mencionada escala de prioridades determinada pelo princípio da dignidade humana e os interesses sociais.

Por fim, considerando que os direitos de defesa exigem, sobretudo, simples abstenção, ao passo que direitos sociais demandam ação e, ainda, muito frequentemente, são condições para a fruição plena dos direitos de liberdade, se torna óbvio que o Poder Público deveria se manter atento às necessidades sociais, cumprindo, na maior medida possível e segundo a prioridade, sua principal finalidade posta pela Constituição de 1998: proporcionar o bem-estar.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Superados os obstáculos tradicionalmente postos para a aplicação dos direitos sociais, cumpre fazer algumas considerações sobre a teoria de grande relevo na doutrina brasileira e estrangeira, que persegue, justamente, a efetivação de tais direitos: o mínimo existencial. Nos tópicos anteriores abordou-se a questão do mínimo existencial, sem, contudo, utilizar o termo exato. Pretende-se, agora, lançar um olhar mais atento à teoria, identificando seus principais fundamentos e postulados e, ao mesmo tempo, analisando a importância de seu reconhecimento, principalmente em países como o Brasil. Continuará a ser utilizada a terminologia “direitos subjetivos à prestação” para os direitos de alto nível de prioridade, que estão, por isso mesmo, incluídos no mínimo existencial, e “programas do Estado” para aqueles excluídos do mínimo por não apresentarem estreita relação com o princípio da dignidade humana.

Para Ricardo Lobo Torres (2009, p.41), a jusfundamentabilidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial. Por isso, ele adota os termos “direitos fundamentais sociais”, os mínimos existenciais, e “direitos sociais”, os ótimos sociais, para ressaltar a questão da jusfundamentalidade. Cumpre lembrar que aqui se defende que todos são fundamentais, porém apenas os primordiais são subjetivos. Segundo ele, ainda, “não é qualquer direito que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas.” (TORRES, 2009, p.37). Estão compreendidos no mínimo existencial tanto os direitos da liberdade, quanto os direitos fundamentais sociais, excluindo, obviamente, os direitos sociais, cuja obtenção deve ocorrer “na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático” (TORRES, 2009, p.81). Ricardo Lobo Torres defende a superação do que denomina de primado dos direitos sociais, que tornou inviável o Estado Social de Direito. Na visão do autor, a relação do mínimo existencial com o Estado compreende o *status negativus*, isso é, proteção negativa contra intervenção estatal, e o *status positivus libertatis*, que consiste na prestação positiva do Estado.

O reconhecimento de um mínimo existencial é de extrema importância, na perspectiva da dimensão fática da reserva do possível, pois, como explicitado anteriormente, é somente dessa maneira que se garante que os direitos subjetivos a prestação incluídos no mínimo existencial gozem de eficácia em qualquer circunstância, mesmo que sua estrutura mínima oscile.

Na perspectiva do que foi apresentado no item anterior como a terceira dimensão da reserva do possível, que questiona a razoabilidade e proporcionalidade da prestação reclamada, é necessário que sejam feitas perguntas de duas ordens: mínimo existencial em que extensão? Mínimo existencial para quem? A pergunta de primeira ordem encontrou resposta quando se constatou que o Poder Público não dispõe de um *quantum* estável e constante de recursos econômico-financeiros para destinar, de maneira uniforme, à efetivação dos direitos subjetivos à prestação, e, por isso, nos parece seguro considerar a oscilação do aparelhamento mínimo desses direitos no tempo e no espaço, com a conjuntura econômica. Isto é, no que se refere aos direitos primordiais, defende-se aqui que a prestação sempre terá que existir. Entretanto, a extensão dessa prestação deve sempre estar em consonância com o contexto econômico. Contudo, não são apenas as questões de ordem econômica que determinam a extensão em que se pode prestar algo. Parâmetros de razoabilidade também devem ser levados em conta. Ao analisar a jurisprudência alemã, Ingo Sarlet (2009, p. 287) informa que, no caso de reclamação de prestação, exige-se que esta esteja comprometida com padrões de razoabilidade, caso contrário, mesmo que o Estado disponha dos recursos e da capacidade jurídica de dispor, não há obrigação de fornecer a prestação.

Quanto à pergunta de segunda ordem, que, certamente, complementa a primeira, a questão se torna um pouco mais complexa. Se o mínimo existencial objetiva fornecer condições dignas de vida, não nos parece proporcional que os indivíduos que já vivem dignamente, por possuírem recursos suficientes para financiar serviços particulares, sejam contemplados com as prestações do Estado da mesma forma que aqueles que não podem arcar com esses custos. Sarlet (2009, p.326) defende essa posição sob o prisma do direito à saúde, e combate o contra-argumento comumente levantado, dizendo que

o simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pela saúde pública não pode vingar em um contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de impostos sobre renda.

Sarlet (2009, p. 326) ainda conclui que “Em termos de direitos sociais (e, nesse caso, existenciais) básicos a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios de solidariedade e da proporcionalidade”. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres afirma:

o combate à miséria e à pobreza, respectivamente, deve ser feito pelo fortalecimento dos instrumentos de garantia do mínimo existencial e pela expansão das prestações positivas dos direitos sociais. Sucede que não há fronteira nítida entre o mínimo existencial e máximos sociais, nem entre direitos fundamentais e direitos sociais, o que conduz a ação governamental se exerça por políticas públicas que englobam ambos os problemas, perdendo-se a necessária focalização e prioridade que deveria ter a luta contra miséria (TORRES, 2009, p.17)

Esse entendimento de prestação preferencial aos miseráveis fica evidente na leitura de Ricardo Torres Lobo na abordagem sobre direito à moradia. O autor nos ensina que no que se refere aos indigentes e às pessoas sem-teto o direito à moradia é o que ele denomina de direito fundamental social, isso é, obrigação do Estado e integrante do mínimo existencial. O mesmo direito, contudo, se torna o que ele denomina direito social, que não é exigível do Estado e é excluído do mínimo existencial, quando se tratar de habitação para classe média (TORRES, 2009, p. 277). Esse entendimento quanto ao direito à moradia é esclarecedor, pois demonstra o que aqui já foi afirmado: não há sentido em fortalecer, em um primeiro momento, a garantia do mínimo existencial, que pretende fornecer condições de vida digna, para quem já vive com dignidade. É por essa razão que a pergunta de segunda ordem – mínimo existencial para quem? – se torna imperiosa em países como o nosso.

Com essas considerações, conclui-se que o mínimo existencial pretende combater primeiramente a miséria absoluta, e deixa em segundo plano os pobres, a classe média e os ricos. Isso é, as políticas públicas que concretizam o mínimo existencial devem ser orientadas segundo uma ordem de urgência, e por isso mesmo devem priorizar as categoriais que vivem com maior carência de dignidade, pois, como nos ensinou Sarlet (2009, p. 326), em direitos sociais há que se considerar o parâmetro da efetiva necessidade. Por essa razão, se torna evidente que o seu reconhecimento do mínimo existencial tem como objetivo o desaparecimento dos abismos sociais. Sendo assim, o reconhecimento do mínimo existencial somente possui sentido em sociedades que apresentam disparidades sociais, pois, bem como as políticas de transferência de renda, cujo maior expoente, no Brasil, é o bolsa família, pretende minimizar as diferenças de classes. Ricardo Lobo Torres (2009, p.17) nos ensina que o fortalecimento de instrumentos de garantia do mínimo existencial se combate primeiro à pobreza absoluta e somente depois à pobreza relativa. Após o combate de ambos, que ocorre através da garantia do mínimo existencial, pode-se chegar a uma sociedade que alcançou níveis aceitáveis de prestações de direitos sociais, isso é, presta não somente direitos subjetivos à prestação, mas também cumpre os

programas do Estado em suficiente medida e que, ainda, possui níveis satisfatórios de distribuição de renda. Nessa sociedade, não há que se falar em mínimo existencial, pois todos os direitos sociais, inclusive os que extrapolam o mínimo, já possuem uma estrutura de efetivação consolidada, e não há necessidade de orientar políticas públicas para segmentos sociais segundo urgência de neutralização de “padrões de vida indignos”. Quer dizer, nessa sociedade, somem as escalas de prioridade de efetivação de direitos sociais - que são impostas pela reserva fática do possível, como visto no item anterior - e somem também, para usar o termo de Sarlet (2009, p. 326), os parâmetros de efetiva necessidade - impostos pela consideração da reserva do possível que leva em conta a proporcionalidade e razoabilidade da prestação.

Com essas considerações, por fim, pretendeu-se, aqui, demonstrar apenas que, em suas últimas consequências, o reconhecimento do mínimo existencial e o fortalecimento dos instrumentos de sua garantia podem ser vistos como verdadeira arma jurídica de aniquilação de problemas sociais. Quando se trata de efetivação dos direitos sociais em uma sociedade tão heterogênea que ainda não atingiu níveis mínimos em termos de Justiça Social, concorda-se plenamente com Sarlet quando diz que os parâmetros de efetiva necessidade e, especialmente, o princípio de solidariedade devem ser considerados com absoluta seriedade.

4 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O controle judicial de políticas públicas ganhou muito destaque nas últimas décadas em discussões teóricas. As inovações trazidas com a Constituição de 1988, tais como a extensa declaração de direitos, mecanismos com o objetivo de efetivar os direitos declarados e a inauguração do Estado Democrático de Direito, tornaram imperiosas as reflexões quanto ao papel do Judiciário e, ainda, quanto ao princípio da separação dos poderes. Tradicionalmente, esse princípio surge como proteção ao indivíduo contra o arbítrio estatal, sendo, sabidamente, um mecanismo de limitação do poder do Estado, que historicamente foi usado com abuso. No entanto, à luz da teoria dos direitos fundamentais, na esteira de Paulo Bonavides (1998, p.587), o sentido do princípio se renova, e concorda Andreas Krell que diz:

parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (KRELL, 2002, p.22).

É importante salientar aqui que, mesmo que o termo oriente para um entendimento diverso, o poder é uno, sendo por essa razão que muitos preferem e adotam uma terminologia que julgam ser mais adequada, como separação de funções. Aqui será adotado nome que foi largamente difundido, pois o mero uso do termo não torna o poder divisível.

Se direitos de liberdade não possuem sua justiciabilidade em questionamento, já que são direitos individuais que importam somente em gastos institucionais, o mesmo não pode ser dito quanto aos direitos sociais, que têm sua justiciabilidade negada por uns, como é exemplo Gustavo Amaral (2001, p. 205-206) e cedida por outros, como Andreas Krell (2002, p. 98). Assim, existem diversas posições quanto às possibilidades (ou impossibilidades) da intervenção do Judiciário no controle de políticas públicas. Em uma visão mais tradicional, argumenta-se, principalmente, que não há legitimidade, visto que juízes não passam pelo processo eleitoral; que o controle de políticas públicas viola o princípio da separação de poderes; que a possibilidade de intervenção significa a superioridade do poder Judiciário; os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o Legislativo e Executivo (AMARAL, 2001, p. 205), e, finalmente, que não há um quarto poder para controlar as políticas públicas desenvolvidas pelo Judiciário. Diversamente, há um entendimento de que no Estado Democrático de Direito há um deslocamento do epicentro de decisões para o Judiciário. Nesse sentido, dizem que no Estado Liberal o Poder de maior relevo era o Legislativo, enquanto no Estado Social, as decisões eram tomadas primordialmente pelo Executivo, já no Estado Democrático de Direito as atenções são voltadas para o Judiciário. Não nos parece seguro assegurar ao Judiciário a prerrogativa de formulação de política pública, pois isso poderia levar a um ativismo judicial ilimitado. Ao mesmo tempo, contudo, se a Constituição declara um rol tão extenso de direitos sociais e, inclusive, os coloca em posição de destaque, nos parece óbvio que o poder responsável pelo controle dos demais e guardião da Constituição não pode se calar diante omissões e que devem ser desenvolvidos mecanismos de proteção e justiciabilidade daqueles direitos sociais que aqui são entendidos como subjetivos à prestação. Isto é, não é possível colocar o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CF, como um obstáculo para a efetivação e exigibilidade judicial dos direitos subjetivos à prestação se a própria Constituição também determinou ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de guardar e proteger seu conteúdo, que inclui a proteção dos direitos fundamentais. As políticas públicas são meio para efetivação dos direitos sociais e, portanto, sem elas não se chega ao fim, o que torna imperioso, seu controle. Pouco vale

o reconhecimento formal de direitos sociais se seus instrumentos de efetivação são suprimidos pela Administração e não há como controlá-la.

Dentro da problemática da judicialização, a interferência do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde é a que possui maior notoriedade prática. As ações prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo o direito à saúde têm, com frequência, causado desconforto para Administração, que se vê compelida a fornecer prestações. Por essa razão, se verifica, com recorrência, a tentativa do Poder Público de suspender as decisões prolatadas, ora alegando competência de outro ente federativo, ora argumentando com a violação do princípio da separação dos poderes - questão abordada no voto no ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Liminar nº 47, que será tratada mais a frente. Ocorre que o Supremo já firmou entendimento no sentido da “competência solidária” entres os membros da Federação no que se refere ao direito à saúde, que faz com que a corte rejeite o argumento frequentemente apresentado pela Administração de que a competência para fornecer tal prestação é de outro ente federativo. Nas ações referentes a efetivação do direito à prestação de serviço de saúde, os ministros do Supremo Tribunal Federal têm transmitido, em seus votos, seus próprios entendimentos acerca do limite imposto pelo princípio da separação dos poderes à atuação do Judiciário no que se concerne os direitos sociais. Verifica-se, pelo teor de seus argumentos, que não se filiam a corrente mais tradicional que, assim como Gustavo Amaral (2001, p.38), acredita que o Judiciário está aparelhado apenas para lidar com a microjustiça, e, por isso mesmo, não tem condição de entender as consequências globais implicadas ao, por exemplo, conceder um tratamento caro no exterior para um único indivíduo. Ao contrário, os argumentos apresentados pelos ministros são de natureza quase oposta.

Nos acórdãos mais recentes, que são os que apresentam de maneira mais ampla a discussão sobre a judicialização, principalmente naqueles prolatados a partir de 2010, já é possível verificar, através de análise dos argumentos, que os ministros apresentam entendimentos congruentes, isso é, estão em acordo teórico quanto à questão da interferência do Judiciário na concretização dos direitos sociais. No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734. 486, a ministra relatora Ellen Gracie observa que a jurisprudência tem evoluído e admitido que, excepcionalmente, ocorra a interferência do Judiciário no que se refere aos direitos sociais, afirmando, ainda, que o princípio da separação de poderes não pode ser usado para obstar o

implemento daquilo que é reconhecido constitucionalmente. Nesse sentido, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o ministro Celso de Mello afirma que a intervenção do Judiciário em tema de implementação de políticas públicas é legítima em casos de abusos governamentais. Afirma ainda que a Corte não pode se demitir do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos sociais. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, o ministro relator Celso de Mello admite que não se inclui, ordinariamente, entre as funções institucionais do Poder Judiciário, implementação de políticas públicas, sendo essa uma tarefa, primeiramente, dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, salienta que essa incumbência pode ser atribuída ao Judiciário, ainda que excepcionalmente, nos casos em que os órgãos estatais competentes, por descumprirem seus encargos político-jurídicos, comprometerem a eficácia e integridade dos direitos individuais ou coletivos declarados pela Constituição.

O problema da judicialização é considerado quando se configura uma das seguintes situações nas relações Estado/direitos subjetivos à prestação: omissão total e omissão parcial. É configurado um quadro de omissão total quando o Estado não empreendeu esforço no sentido de efetivação de um direito, isso é, não formulou política pública que objetiva concretizar o conteúdo do direito social. Ocorre omissão parcial nos casos em que existe política pública em execução, mas essa não oferece uma estrutura de efetivação do direito capaz de suprir a demanda pelos serviços, isso é, política pública insuficiente. Há autores, como Américo Bedê Freire Júnior que, ao tratarem do assunto de omissão parcial consideram as situações em que “o critério adotado pela política pública exclui determinados grupos ou cidadãos de sua abrangência”(FREIRE JÚNIOR, 2005, p.81). Como exposto anteriormente, entende-se aqui, no ensinamento de Ricardo Lobo Torres, que as políticas públicas devem sim focalizar, em um primeiro momento, as camadas mais carentes da sociedade, que o autor chama de miseráveis.

Considera-se aqui que a judicialização, seja em casos que configura omissão total, seja em situações de omissão parcial, é legítima no âmbito dos alvos primordiais dos recursos públicos, isso é, para aqueles direitos subjetivos à prestação, inseridos em um mínimo existencial que permitem, minimamente, que se viva com dignidade, é possível que ocorra a intervenção do Judiciário no tema de políticas públicas. Isso porque esses direitos são mesmo indispensáveis para realização da dignidade da pessoa humana e somente com a efetivação de seus conteúdos que se pode usufruir, plenamente, da liberdade fática. Se eles são os alvos prioritários dos gastos

públicos há que se investigar aquelas situações em que não existem políticas públicas para efetivá-los e também os casos em que a estrutura de efetivação do direito concretizada por políticas públicas é insuficiente para atender a demanda. O papel da aferição judicial é verificar se há, nos quadros de omissão, abuso governamental infundado, e, caso houver, determinar a ação da Administração. Cumpre anotar, nesse ponto, como exposto no item 2.2, que a omissão total na prestação de direito subjetivo à prestação (incluído no mínimo existencial) justificada pelo Poder Público através da reserva do possível fática é sempre infundada, pois, como ensina Ricardo Lobo Torres (2009, p. 110) sempre há possibilidade fática de garantia de direitos, visto que o Estado sempre pode captar mais recursos da sociedade. Dessa maneira, então, se sempre há possibilidade fática, ainda que mínima em tempos de crise econômica, é óbvio que os alvos prioritários dos gastos públicos sempre deverão possuir uma estrutura de efetivação concretizada, mesmo que mínima.

Com a análise das ações no âmbito do direito à saúde entre 2000 e 2011, contudo, percebe-se que, na grande maioria dos casos, a intervenção do Judiciário não ocorre em razão de omissão total e nem mesmo de omissão parcial, mas sim em razão de situações em que existem políticas públicas editadas, mas que não foram postas em prática. Diante disso, verifica-se que, frequentemente, no Brasil, o cumprimento de políticas públicas estabelecidas depende de determinação judicial. Essa questão é discutida pelo ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Liminar nº 47. Trata-se de agravo regimental contra decisão do ministro Nelson Jobim que indeferiu o pedido de suspensão de liminar, deferida nos autos de ação civil pública, a qual determinou ao Município de Petrolina, ao estado de Pernambuco e à União a adoção de providências administrativas para a melhoria do atendimento no Hospital Dom Malan. As medidas foram deferidas contra o Município, mas ao Estado e à União foi determinada a adoção de todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento dessas medidas. Em seu voto, o ministro relator Gilmar Mendes expôs dados colhidos em Audiência Pública, que convocou para ouvir especialistas em matéria de Saúde Pública. Concluiu o ministro, que no Brasil o problema não é propriamente o da judicialização no sentido de intervenção judicial na implementação e criação de políticas públicas, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial que se cumpra, efetivamente, políticas públicas já existentes.

Com todas essas considerações, pretendeu-se, nesse item, ainda que de maneira breve, explicitar que a intervenção do Judiciário nas situações que configuram omissão total ou parcial é legítima - no âmbito dos direitos que configuram alvos prioritários dos gastos públicos - para os casos em que a inércia ou deficiência da ação do Poder Público consistem em abuso governamental, isso é, quando a Administração não fornece prestações para concretizar uma estrutura de efetivação de um direito subjetivo à prestação de maneira infundada e injustificável. Perante uma ação que envolve a efetivação de um direito subjetivo à prestação, o Judiciário apenas deve identificar se há configuração de uma situação de omissão total ou parcial, e, se houver qualquer uma das duas, determinar atuação do Estado, condenando do Poder Público que se debruce, efetivamente, sobre as tarefas que já lhe foram impostas pela própria Constituição. Ao mesmo tempo, através do estudo de decisões referentes ao direito à saúde prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, percebeu-se que o mais comum nas ações é a interferência do judiciário não para combater omissão total ou parcial, mas sim para determinar que políticas públicas estabelecidas sejam devidamente postas em prática.

5 CONCLUSÃO

Nesse trabalho, procurou-se analisar os obstáculos tradicionalmente postos para a efetivação e para proteção judicial dos direitos sociais. Podem ser apontadas as seguintes conclusões teóricas às quais se chegou a partir da pesquisa:

1. direitos subjetivos à prestação podem gerar efeitos, se reclamados, antes mesmo da interposição legislativa, diante de um problema social causado pela inoperância do Estado na efetivação de tais direitos. Ademais, a omissão legislativa deve ser combatida através de mandando de injunção;
2. a escassez de recursos públicos impede que todos os direitos sociais sejam atendidos de maneira ótima e de uma só vez, e, por isso, impõe que uma escala de alvos primordiais dos gastos públicos seja determinada com parâmetro no princípio da dignidade da pessoa humana e nos interesses sociais. Uma vez eleitos os alvos prioritários (direitos subjetivos à prestação), o Poder Público nunca pode negligenciá-los com justificativa na reserva do possível fática, isso porque, devido à constante possibilidade de o Estado arrecadar recursos da sociedade, sempre haverá meios para efetivar, pelo menos, os direitos subjetivos à prestação, ainda que em medida mínima. Portanto, a efetivação de uma estrutura mínima de direito subjetivo à prestação não está

subordinada à reserva do possível fática. A dinamicidade da economia, no entanto, impõe variações ao *quantum* de recursos captado de uma sociedade e reduz o montante que se pode direcionar para a efetivação de direitos, pelo que se conclui que há variação no aparelhamento mínimo exigível de um direito subjetivo à prestação com a conjuntura econômica;

3. subordinados à conjuntura econômica também estão os direitos que configuram programas do Estado, pois esses não estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana e não são os prioritários frente aos interesses sociais;

4. um dos grandes inimigos da concretização de direitos sociais é a má alocação de recursos. Há recursos na caixa do Tesouro, mas esses já estão destinados a dotações orçamentárias diversas da satisfação dos direitos sociais;

5. além da reserva do possível fática, que impõe eleição de alvos prioritários dos gastos públicos, ainda há de se considerar a dimensão da reserva possível quanto à proporcionalidade da prestação, que impõe a eleição, através de parâmetros de efetiva necessidade, de indivíduos que devem ser prioritariamente atingidos por políticas públicas, já que não é proporcional que indivíduos que já vivem com dignidade usufruam dos serviços do Estado da mesma forma que os demais;

6. o fortalecimento de políticas públicas que garantem os direitos subjetivos à prestação - inseridos no mínimo existencial - gerará, eventualmente, possibilidade de existência de recursos remanescentes que poderão ser aplicados para concretização de programas do Estado - excluídos do mínimo existencial. Quando todos os direitos sociais puderem ser atendidos em alguma medida, não há mais sentido em priorizar a satisfação de uns ou outros direitos (mínimo existencial e programas do Estado) ou em atender preferencialmente uma ou outra classe social (parâmetro de efetiva necessidade);

7. o reconhecimento de um mínimo existencial, em suas últimas consequências, pode ser encarado como arma jurídica de fomento da promoção da Justiça Social;

8. a intervenção do Judiciário em matéria de políticas públicas é legítima no que se refere aos direitos subjetivos à prestação, aqueles que possibilitam a dignidade da pessoa humana. O

papel do Judiciário é neutralizar o abuso governamental, cumprindo com a missão dada a ele pela própria Constituição.

Podem, ainda, serem apontadas, a partir da análise das 20 (vinte) decisões referentes ao direito à saúde prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal entre 2000 e 2011, as seguintes conclusões práticas:

9. quanto à eficácia dos direitos sociais, o entendimento mais frequente emitido pelos ministros é o da eficácia imediata;

10. o Supremo apresentou posições diversas, e até mesmo conflitantes, quanto à reserva do possível no período analisado. Contudo, é possível verificar que os entendimentos que negligenciam a matéria são encontrados, predominantemente, em decisões mais antigas. A partir de 2004, contudo, com a ADPF nº 45, os ministros passaram a considerar com mais frequência a cláusula da reserva do possível, ainda que haja exposição de entendimentos, por vezes, conflitantes acerca do tema;

11. com recorrência, o Poder Público tenta suspender ou reformar as decisões prolatadas pelo STF que o obrigaram a fornecer prestações de saúde através de suspensão de liminar, suspensão de tutela antecipada ou agravo regimental. Dentre as vinte decisões, seis (trinta por cento) eram dessas naturezas;

12. no Brasil, verifica-se que, com frequência, há necessidade de determinação judicial para que políticas públicas estabelecidas sejam postas em prática;

13. o entendimento que prevalece nos votos dos ministros quanto à interferência do Judiciário em matéria de políticas públicas é o de que essa pode ocorrer, ainda que excepcionalmente, nos casos que configurem situações de abuso governamental, em que a inércia do Poder Público é injustificável;

14. a interferência do Judiciário ocorre muito mais em razão de políticas públicas já estabelecidas e não efetivadas do que em razão de omissão total e parcial, como concluiu o ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Liminar nº 47 com os dados colhidos em Audiência Pública;

15. o teor dos argumentos utilizados pelos ministros tende a explicitar a importância e urgência da aplicação do direito à saúde, por vezes até mesmo negligenciando os obstáculos comumente postos para sua aplicação;

16. em todas as decisões analisadas, a Corte obrigou o Poder Público a fornecer prestação de serviço de saúde.

Partindo do consagrado pressuposto de que todas as normas constitucionais possuem *status* de norma jurídica detentoras de força normativa, inclusive as tidas como “programáticas”, pretendeu-se, nesse estudo, demonstrar que os desafios da efetivação dos direitos sociais não são intransponíveis, como vem sido posto frequentemente pela doutrina pátria, fixando um entendimento que parece justificar e apoiar a inércia do Poder Público. Vistos sob os ângulos aqui apresentados, os referidos obstáculos se mostram como insuficientes para impedir a efetivação dos direitos sociais, especialmente no que se refere ao que aqui se denominou direitos subjetivos à prestação.

Considerando, portanto:

a - o essencial papel desempenhado pelos direitos sociais, tanto direitos subjetivos a prestação quanto os programas do Estado, para promoção da Justiça Social;

b - que é trabalhando com esses direitos que o Poder Público demonstra sua eficiência para uma sociedade, já que os direitos de defesa exigem sobretudo, abstenção;

c - que a principal meta imposta pela Constituição é a promoção do bem estar do homem;

d - que sem as condições materiais mínimas o exercício da liberdade não pode ser pleno;

é de absoluta importância que todos, juristas, juízes, Poder Público e cidadãos em geral fiquem atentos à efetivação dos direitos sociais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRANDÃO, Paulo Tarso. Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José de et al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 303- 315

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255.627. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Alberto Ebeling Duarte. Relator: Nelson Jobim. Rio Grande do Sul, 21/11/2000. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 259.508. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Patrício Palácio de Souza. Relator: Maurício Corrêa. Rio Grande do Sul, 08/08/2000. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravados: União; Ministério Público Federal; Ministério Público do Estado de Pernambuco; Município de Petrolina. Relator: Gilmar Mendes. Pernambuco, 17/03/2010. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Município de Fortaleza; Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Gilmar Mendes. Ceará, 17/03/2010. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Marco Aurélio. Rio Grande do Sul, 22/02/2000. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 271268. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Celso de Mello. Rio Grande do Sul, 12/09/2000. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Arguido: Presidente da República. Relator: Celso de Mello. Distrito Federal, 29/04/2004. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 368.564. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Menezes de Direito. Distrito Federal, 13/04/2011. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734. 487. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ellen Gracie. Paraná, 03/08/2010. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. In: GARCIA, Emerson (coord.) *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 199-254.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA NETO, Francisco José de. O juiz como garantidor dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José de et al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 137- 148.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587- 599.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1- 46.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.