

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional
Caio de Souza Cazarotto

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS –
ESTUDO COMPARADO DE JURISPRUDÊNCIAS RECENTES
DO STF E DO STJ**

São Paulo, Abril de 2013.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional
Caio de Souza Cazarotto

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS –
ESTUDO COMPARADO DE JURISPRUDÊNCIAS RECENTES
DO STF E DO STJ**

Monografia apresentada ao Programa de Pós Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialização em Direito Constitucional, orientada pelo Prof. Renato Gugliano Herani.

São Paulo, Abril de 2013.

Banca examinadora:

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Marcos e Cleide, que contribuíram, mesmo que indiretamente, para este trabalho, em razão do apoio que me dispensaram sempre e em função da paciência e dedicação que tiveram comigo durante todo transcurso desta Pós- Graduação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à minha família, pelo companheirismo, participação, compreensão, diálogo, paciência e apoio em relação à consecução deste trabalho de Monografia, em especial à minha mãe, Cleide, ao meu pai, Marcos e à minha avó Efigenia.

Agradeço imensamente ao meu Professor Orientador, Renato Gugliano Herani, pelas dicas preciosas, apoio e auxílio no direcionamento à pesquisa e ao trabalho de Monografia.

A todos os Professores com os quais tive a honra de ter contato e com os quais tive a oportunidade de participar das aulas, as quais certamente contribuíram para que surgisse e se desenvolvesse a ideia do tema desta pesquisa.

Agradeço também à Profa. Me. Eunice de Lima pelas correções deste texto e a todos que direta e indiretamente estiveram relacionados a este trabalho e se mantiveram ao meu lado.

RESUMO

A presente dissertação tem o objetivo de desenvolver de uma abordagem comparativa entre duas Jurisprudências, uma do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.185.474), e outra do Supremo Tribunal Federal (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45), relativa à temática da postura jurisdicional diante dos direitos sociais e das políticas públicas.

A finalidade central é a de verificar qual espécie de decisão judicial permite conciliar da melhor forma possível o reconhecimento dos direitos sociais dos indivíduos que demandam diretamente ao Poder Judiciário, e a integridade das políticas públicas, destinadas à satisfação dos mesmos direitos em escala mais global na perspectiva de nossa sociedade. O foco, dessa maneira, é tentar compatibilizar a discricionariedade da Administração Pública de alocar recursos públicos escassos em benefício geral com a necessidade de satisfazer os direitos legítimos por parte do impetrante judicial.

A temática está distribuída da seguinte forma: o capítulo 1 concentra-se nas questões conceituais, a respeito dos direitos sociais, das políticas públicas, Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais; o capítulo 2 apresenta as Jurisprudências que foram anteriormente mencionadas, concentrando-se seus parâmetros decisórios; o capítulo 3 aborda uma perspectiva crítica a respeito de tais Jurisprudências, apresentando seus aspectos positivos e negativos e elegendo aquela que mais se compatibiliza com o objetivo desse trabalho.

Palavras-chave: Direitos Sociais Fundamentais; Discricionariedade; Políticas Públicas; Controle Judicial; Parâmetros Decisórios.

ABSTRACT

The present dissertation have the objective to develop a comparative approach between Jurisprudencies: one of *Superior Tribunal de Justiça* (Recurso Especial nº 1.185.474), and another of *Supremo Tribunal Federal* (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45), relative to subject of jurisdictional posture faced with social rights and public policies.

The central aim is to verificate which type of judicial decision allows conciliate the best possible form to recognize the social rights of individuals that demand directly to Judicial Power, and the integrality of public policies destined to satisfact the same rights in the global scale at the perspective of our society. The focus, in this manner, is try to compatibilizate the discricionarity of Public Administration to allocate scarce public resources in general benefit with the necessity to satisfact the legitimate rights for part of judicial impetrate.

The thematic is distribute in the next form: the chapter 1 is concentrate in the conceptual questions, in respect of social rights, Existencial Minimum, Possible Store and Effectively Maximun of Fundamental Rights; the chapter 2 presents the Jurisprudencies that was mancionable before, concentrating in your decisive guidelines; the chapter 3 approach one critic perspective in respect of this Jurisprudencies, presents your positive and negative aspects and elect that more compatable with the objective to this paper.

Key Words: Social Fundamental Rights; Discricionarity; Public Policies; Judicial Control; Decisive Guidelines.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	4
AGRADECIMENTOS	5
RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS	12
I – DOS DIREITOS SOCIAIS – PEQUENO APANHADO HISTÓRICO	12
II – CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS	15
III – DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	17
IV – ANÁLISE CONCEITUAL	21
1. Princípio da Máxima Efetividade	21
2. Reserva do Possível	23
3. Mínimo Existencial.....	25
CAPÍTULO 2 - JUDICIALIZAÇÃO E DECISÕES JUDICIAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS – JURISPRUDÊNCIAS DO STF E DO STJ.....	27
I – JUDICIALIZAÇÃO COMO TENTATIVA DE CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS SOCIAIS	27
2 – PRINCIPAIS DECISÕES DO STF SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE	30
A. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45	32
B. Recurso Especial n. 1.185.474.....	36
CAPÍTULO 3 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ..	41
I – DOS EFEITOS DAS DECISÕES SEGUNDO A VISÃO DO STF	42
II – DOS EFEITOS DAS DECISÕES SEGUNDO A VISÃO DO STJ	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

Um dos objetivos primordiais de nosso Estado Democrático de Direito é o de assegurar uma existência digna a todas as pessoas, levando em consideração que a dignidade da pessoa humana é um dos objetivos fundamentais insertos em nossa Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III.

O fato de o Poder Público ter esse escopo a cumprir, em benefício da concretização mais igualitária e universal dos direitos fundamentais, exige a adoção de uma postura intervencionista e prestacional em relação à esfera social.

Nesse bojo, para que se atinja de forma mais eficiente o seu desiderato no que atina aos direitos que envolvem alguma prestação, cumpre ao Estado Brasileiro a adoção de políticas públicas, conforme se depreende pela análise de diversos dispositivos constitucionais.

A existência de normas constitucionais que preveem direitos sociais, geralmente aqueles que revelam e demandam um viés mais prestacional, permite que se considere como um Dever Fundamental do Poder Público a adoção de medidas e políticas que realmente sirvam para que tais direitos sejam implementados e resguardados.

Não haveria como manter o antigo posicionamento de que a previsão de tais direitos serviria meramente como um norte programático para o legislador e para a Administração Pública. Isso porque, não desprezando a característica de programaticidade da maioria dos direitos sociais, implementáveis por intermédio de políticas públicas, há a premente necessidade de se considerar a obrigatoriedade desses mesmos direitos. Portanto, o legislador e o administrador públicos não teriam a opção de descartá-los ou de não tomá-los como base e como escopo no momento da alocação de recursos e na construção de programas sociais.

Em tal perspectiva, os direitos sociais, expoentes de grande parte das prestações estatais, surgem como espécies de direitos subjetivos públicos, ou seja, demandáveis e exigíveis por todos e por cada um dos indivíduos.

Diante da possibilidade que cada pessoa tem de reivindicar para si esses direitos, o meio institucional que se utiliza para tanto são as vias jurisdicionais. Dessa forma, compete em muitas oportunidades ao Poder Judiciário o questionamento, a ponderação e a decisão sobre o tema da implementação dos direitos prestacionais, em especial os “sociais”, e consequentemente sobre as políticas públicas adotadas pelo ente federado competente para prestá-las.

Diante da intervenção jurisdicional nessa área, que se revela como decorrência lógica das normas de nossa Constituição, é necessário que sejam verificados quais os efeitos que ela pode ter diante da construção dessas políticas. Isso porque a falta de parâmetros para a tomada de tais decisões pode acarretar que todas as atenções do Magistrado ou do Tribunal se voltem a assegurar o direito ou o interesse legítimo do demandante, deixando de se observar que, como efeitos colaterais de uma provável realocação de recursos públicos, diversas outras pessoas que não demandaram judicialmente podem se sair bastante prejudicadas quanto a tais direitos. Por outro lado, o abstencionismo por parte do Judiciário, ou seja, a postura do Juiz de não intervir de modo algum nessa área, se revela descompassada com os objetivos de nosso ordenamento jurídico e também pode se mostrar catastrófica, haja vista que, em grande parte das ocasiões, os gastos públicos, decorrentes do Orçamento de cada esfera de governo, não são aplicados em benefício dos direitos fundamentais, afrontando sobremaneira as finalidades de nossa Constituição Federal.

Na busca por evitar as posturas extremistas acima lançadas, competiria aos Magistrados e aos Tribunais, diante de casos envolvendo demandas por direitos sociais, especialmente quando relacionados com políticas públicas, adotar algumas balizas para nortear suas decisões.

Desse modo, a questão que se coloca como cerne é: Quais os parâmetros o Magistrado deve se utilizar para melhor compatibilizar o direito do demandante, seja ele individual ou coletivo, com o direito daqueles que não se encontram presentes na demanda (os membros da coletividade), mas que necessitam de políticas públicas para o atendimento de seus direitos fundamentais sociais?

Diante da problemática evidente da escassez de recursos públicos em vista do atendimento das necessidades e dos direitos sociais fundamentais e diante da consequente impossibilidade da satisfação plena destes para todos, há que se perquirir como a aplicação e a destinação de investimentos e gastos públicos, diretamente pela Administração Pública ou indiretamente pelo Poder Judiciário, poderão atender ao maior número de indivíduos e com maior eficiência.

No contexto da Jurisprudência brasileira, que ainda não definiu paradigmas mais claros para solucionar esse problema de grande envergadura, existem julgados que se preocupam em conciliar, ao máximo, a preservação das políticas públicas – fruto da discricionariedade da Administração federal, estadual, distrital ou municipal na definição de escolhas prioritárias – e o atendimento aos interesses legítimos do impetrante judicial.

É certo que diversos paradigmas poderiam ser descortinados e postos sob análise, mas a finalidade a que nos propomos é a verificação mais aprofundada e crítica sobre uma dessas balizas e, com base nesse ponto de referência, perceber como a Jurisprudência dos Tribunais Superiores, especificamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, vem se construindo.

O que se pretende enfocar, portanto, na análise mais acurada das Jurisprudências selecionadas, é a dos limites da intervenção das decisões judiciais no âmbito de discricionariedade do legislador e administrador públicos.

Um dos paradigmas recentes, e que será eleito como objeto da análise, trazido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial (nº 1.185.474), é o de fixar como limite do Judiciário – na determinação da alocação de gastos públicos em benefício do demandante – a comprovação, por parte do representante da Administração Pública daquela esfera de governo, de que todos esses investimentos se reverteram em prol da concretização dos direitos fundamentais. Em tal hipótese, e apenas nesse caso, não competiria ao Magistrado se imiscuir na realocação dos recursos públicos daquele ente político para satisfazer pretensão, mesmo que legítima, de quem impetrou ação judicial.

Como contraposição a essa Jurisprudência, é trazido à baila a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, julgado pelo Pretório Excelso, no qual os parâmetros utilizados para se chegar à decisão final se atêm de modo mais exclusivo às necessidades e legitimidade dos interesses e direitos do demandante.

Para que a discussão que aqui se propõe possa prosperar, faz-se necessária a seguinte divisão do trabalho: no Capítulo 1, centra-se o foco nos conceitos e características de direitos sociais e de políticas públicas, além apresentar as teorias da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais, Reserva do Financeiramente Possível e Mínimo Existencial; no Capítulo 2, são apresentadas as Jurisprudências suprarreferidas, com seus respectivos argumentos, fundamentações e parâmetros; no Capítulo 3, é realizada uma análise crítica e ponderada quanto aos fundamentos e paradigmas de tais decisões, e quais os possíveis efeitos – positivos ou negativos – cada uma pode acarretar quanto à melhor compatibilização da preservação dos direitos fundamentais no âmbito da coletividade e a satisfação desses mesmos direitos em relação ao demandante.

CAPÍTULO 1 - DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS

I – DOS DIREITOS SOCIAIS – PEQUENO APANHADO HISTÓRICO

A análise dos direitos sociais deve ser precedida de uma verificação sobre o ente que deve colocá-los em prática. Dessa forma, uma primeira questão que deve ser posta em pauta é: qual é a finalidade do Estado e dos poderes que ele possui? Ou seja, basicamente, deve-se perguntar por que ele existe e qual o objetivo que deve atingir com sua atuação.

Há que se considerar que o Estado é um ente criado com a finalidade precípua de atender aos interesses da coletividade, vale dizer, defender os interesses públicos primários.

Esse dever do Poder Público se revelou patente e essencial especialmente com o surgimento do chamado “Estado Social e Democrático de Direito”. Passa-se a compreender que o exercício dos poderes estatais jamais poderá ser para o atendimento de interesses privados, pois o Estado não é um fim em si, mas existe para o atendimento dos interesses da sociedade.

Dessa forma, é possível que se diga que o Estado, ao exercer sua gama de poderes, cumpre uma função pública, a qual se exterioriza mais propriamente na forma de “deveres-poderes”. Para que haja melhor compreensão sobre o exposto, devemos nos valer de um pequeno trecho extraído do livro do grande administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do **dever** de alcançar o interesse público mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica. (negrito nosso) (2011, p. 29).

Para que o Poder Público possa realizar esse “dever-poder”, tendo em vista o alcance do interesse público, ele deve agir, ou seja, realizar determinadas atividades ou prestações, que servirão como meios e instrumentos dessa finalidade essencial.

Os direitos sociais estão aí inseridos como um desses deveres que incumbe ao Poder Público, ao lado dos deveres de proteção aos direitos e garantias individuais, dos direitos políticos e dos direitos e interesses difusos e coletivos.

Os direitos sociais são também chamados de direitos de segunda geração ou de segunda dimensão, tendo em vista que se sedimentaram nos diversos ordenamentos jurídicos após o surgimento dos direitos e garantias individuais.

Estes últimos foram calcados nas ideias provenientes das Revoluções Liberais / Burguesas do final do século XVIII e início do século XIX, em especial as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), as quais se baseavam no pressuposto de um Estado Mínimo, não intervencionista, que serviria apenas para garantir a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade privada. Estes ideais foram extremamente importantes para que se superassem os valores aristocráticos do Antigo Regime (na França, chamado de “Ancien Regime”) e se construísse o denominado Estado de Direito, o qual deveria ter seus poderes limitados para atingir objetivos que fossem externos a ele, ou seja, que pertencessem a seus representados, e não àqueles que se encontravam no interior de sua estrutura burocrática.

Ao longo do século XIX e no início do século XX, no entanto, surgiram diversos conflitos sociais, provenientes em especial da desigualdade social, intensificada com as Primeiras Revoluções Industriais, entre aqueles que detinham os meios de produção e os indivíduos que tinham de vender sua força de trabalho aos primeiros para a manutenção de sua subsistência. Essa desigualdade se revelava em especial pela disparidade econômica e de poderes reais entre esses grupos em conflito. Desse modo, passou-se a exigir do Estado uma postura mais ativa e intervencionista, no sentido de se criar um dever de intermediar essas relações e fixar normas de proteção em relação àqueles que se encontravam em situação de hipossuficiência ou de vulnerabilidade no meio social. Isso se torna evidente especialmente com o surgimento das legislações trabalhistas e previdenciárias.

Também ao longo desse período, passou-se a exigir do Poder Público uma postura mais ativa no sentido de prestar serviços sociais essenciais, que pudessem atender aos interesses da coletividade, principalmente daqueles indivíduos que não tinham condições materiais de arcar com os gastos de tais serviços ou que não tinham condições de subsistência a não ser com o auxílio do Estado. Revela-se, a partir daí, o surgimento das normas e das políticas voltadas para a assistência e seguridade social, e para a garantia dos serviços como os de educação e saúde.

Ocorre o nascimento, portanto, o chamado Estado Social, ou Estado Prestacionista, também denominado Estado do Bem – Estar Social (“*Welfare State*”), o qual teria por escopo a garantia não apenas da vida, da liberdade, da segurança e da propriedade privada, mas também de uma mínima condição de igualdade material entre os indivíduos. Como se percebe que a igualdade formal entre as pessoas – “todos são iguais perante a lei” – não é suficiente para aquelas que se encontram em um estado de hipossuficiência material, e que muitas não têm condições de uma subsistência digna sem um auxílio por parte do Estado, a criação dos direitos sociais se demonstrou necessário.

Pode-se afirmar, pois, que, enquanto os direitos de primeira dimensão se correlacionam com a ideia de liberdade, os de segunda dimensão se conectam com o ideal de igualdade.

Os direitos sociais, apesar de surgidos nos ordenamentos jurídicos dos países europeus em meados do século XIX, apenas ganham *status* constitucional a partir de 1917, com a Constituição Mexicana, e de 1919, com a Constituição de Weimar.

Após esse brevíssimo apanhado histórico, faz-se por bem uma conceituação simples do que possa se considerar como direito social. Para isso, devemos nos servir do grande conhecimento de José Afonso da Silva, que afirma o seguinte:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. (2013, p. 286)

Podemos tirar algumas conclusões básicas a partir desse conceito doutrinário:

- 1) Os direitos sociais representam deveres do Estado / Poder Público, realizadas por meio de prestações positivas, ou seja, por meio da exigência de uma atuação prática, e não de uma omissão, como se dava com relação aos direitos de primeira dimensão. Portanto, a concretização de tais direitos obrigatoriamente envolverá gastos públicos, devendo ser implementados por meio de políticas que sirvam para uma máxima racionalização desses gastos.
- 2) Como se constituem em espécie ou dimensão de direitos fundamentais do homem, podem ser exigidos por qualquer pessoa. Pode-se dizer, dessa forma, que os direitos sociais são espécies de direitos subjetivos públicos, pois se destinam ao pleno desenvolvimento da condição de pessoa humana.
- 3) Como a finalidade é possibilitar uma maior igualdade em âmbito social – objetivo de diminuição das desigualdades socioeconômicas existentes – com a atribuição de melhores condições de vida aos “mais fracos”, as prestações positivas que concretizem os direitos sociais devem ser orientadas especialmente para a parcela menos favorecida da sociedade. Isso porque o princípio da igualdade encontra nos direitos sociais um de seus principais instrumentos de implementação.

Podemos fixar, desse modo, que os três pressupostos básicos dos direitos sociais são:

- a) necessidade de implementação pelo Estado, por meio de políticas que permitam a

racionalização dessa atuação; b) são exigíveis por qualquer pessoa, por se constituírem como “direitos universais”; c) devem servir para a concretização do princípio da igualdade, pois se destinam precipuamente a possibilitar melhores condições de vida aos que se encontram em condições sociais menos favoráveis.

Depois dessa análise conceitual dos direitos sociais, é importante posicioná-los no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Como espécie de direitos fundamentais, encontra acolhida na Constituição Federal de 1988, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo II – Dos Direitos Sociais, artigos 6º a 11 da Constituição. O artigo 6º diz quais são os direitos sociais protegidos constitucionalmente:

Art. 6º: *São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

Também localizam-se previstos no Título VIII – Da Ordem Social – nos artigos 193 a 232 da Constituição Federal. O artigo 193 preleciona a finalidade e o fundamento da ordem social, qual seja:

Art. 193: *A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.*

Com essa visão conceitual e levando em consideração que nosso ordenamento jurídico protege os direitos sociais, atribuindo ao Estado sua função de implementá-los, devemos nos preocupar em saber qual é o instrumento basilar por meio do qual o Poder Público concretiza tais direitos. Porém, antes, devem ser analisadas as características que compõem a essência de tais direitos.

II – CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, pelo fato de pertencerem à categoria dos direitos fundamentais, apresentam as suas características primordiais, quais sejam: a condição de normas de eficácia plena, a universalidade, a vinculação dos poderes públicos, a intransmissibilidade

(englobando aqui a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade), a historicidade, e a relatividade ou limitabilidade.

Como normas de eficácia plena, uma norma infraconstitucional não tem o poder de limitar o espaço constitucional que foi outorgado a esses direitos, diferentemente das normas constitucionais de eficácia contida, na qual determinado direito concedido pela Constituição pode ser restringido ou suprimido para determinado grupo devido a uma opção legislativa. Porém, como se perceberá mais adiante, o espaço constitucional concedido aos direitos sociais, assim como aos demais direitos fundamentais, não é ilimitado, ou seja, não se constituem como direitos absolutos.

A universalidade se caracteriza pelo fato de que todos os indivíduos que integram a sociedade sujeitos desses direitos sociais, o que permite dizer que cada pessoa tem o direito subjetivo público de exercer e exigir que as demais pessoas e o Estado respeitem esses direitos. Quanto ao Estado, a exigibilidade se relaciona não apenas ao respeito, mas ao dever de assegurá-lo, pelo menos no seu núcleo essencial.

Relacionado ao que foi explicitado no parágrafo anterior, os órgãos e entidades que compõem o Poder Público têm o dever de garantir a realização dos direitos fundamentais, aí incluídos os direitos sociais. No que atina a estes últimos, primordialmente, sua exigibilidade contra o Estado se relaciona a uma obrigação de fazer por parte deste, ou seja, a um comportamento positivo por parte do Estado, conforme já visto no item anterior.

Sobre essa vinculação obrigatória dos poderes públicos, segue o seguinte trecho de Gilmar Ferreira Mendes: *Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se o desprezarem.* (2007, p. 235).

A intransmissibilidade ou intransferibilidade de caracteriza pelo fato de que os direitos sociais, como direitos fundamentais, possuem um conteúdo existencial, e não de natureza patrimonial. Por conta disso, eles não podem ser negociados, colocados sob disposição, não podem sofrer prescrição (apenas a pretensão reparatória de tal direito está sujeita à prescrição, pelo fato de ter caráter patrimonial) e não podem ser renunciados, pelo menos em seu núcleo substancial.

No que se relaciona à historicidade, conforme pode se depreender pela análise do item anterior, este aspecto se liga ao fato de que os direitos sociais surgiram e ganharam importância a partir de determinado contexto histórico, tendo nascido como direitos fundamentais de segunda geração ou, como preferem alguns autores, de segunda dimensão.

Acerca da historicidade, leciona Marcelo Novelino:

A historicidade também é uma característica dos direitos fundamentais porquanto surgem e se desenvolvem conforme o momento histórico. A possibilidade de alteração de seu sentido e conteúdo com o passar do tempo afasta a fundamentação jusnaturalista. (2011, p. 386).

Quanto ao aspecto da relatividade ou limitabilidade, primeiramente com relação aos direitos fundamentais, podemos dizer que, em caso de conflitos ou de colisão entre eles, deve-se aplicar a mesma regra da colisão entre os princípios, ou seja, deve ser realizado um sopesamento, por meio do princípio da proporcionalidade, para se encontrar o melhor modo de integrar ambos os direitos em conflito e limitá-los o mínimo possível.

A característica da relatividade aplicada aos direitos sociais revela o fato de que tais direitos, pertencentes a cada indivíduo, também encontra limitações nos direitos sociais titularizados pelos demais indivíduos. Desse modo, em caso de clara e patente colisão entre esses direitos, também deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade e a regra do sopesamento, para que se encontre, em abstrato (pelo legislador ou administrador público) ou no caso concreto (pelo juiz), a melhor forma de integração e a mínima limitação possível desses direitos ou interesses.

Essa última característica é essencial para que se compreenda que nenhum dos direitos fundamentais, nem mesmo os direitos sociais, são absolutos. Assim, eles devem ser garantidos a todos os indivíduos, dentro dos limites da possibilidade do Poder Público. Para que essa ideia possa ser sintetizada e compreendida, cabe aqui a reprodução de um trecho do livro “Dos Direitos Fundamentais”, de Virgílio Afonso da Silva: (...) *todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos (...) são regulamentáveis.* (2010, p. 241)

Para tanto, os órgãos representativos que compõem o Estado devem realizar a regulamentação necessária para que a vontade do constituinte originária possa ganhar em efetividade. E isso, em termos de direitos sociais, só pode ser feito por meio de políticas públicas.

III – DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Já foi dito, no primeiro item, que uma primeira conclusão que pode ser extraída do conceito de direitos sociais é que eles necessariamente são realizados por meio de prestações positivas, ou seja, por intermédio de um “agir” (ou de um “fazer”) por parte do Estado.

Para que o Poder Público possa agir, é preciso que recursos públicos sejam destinados para essa finalidade. Isso porque os serviços sociais, como saúde, educação, previdência,

assistência social, moradias, dentre outros, dependem de gastos públicos estratégicos em cada um desses setores.

A quantidade de investimentos públicos que será alocada para cada um desses setores, além da forma como serão implementados os direitos sociais, são planejamentos que devem ser realizados pelo Poder Público para que tais direitos possam usufruir da maior efetividade possível. Esse planejamento, no que diz respeito aos meios de concretização e à alocação de recursos, somado ao modo como deve ser posto em prática, é o que podemos chamar de “políticas públicas”.

Para uma tentativa de conceituação mais precisa desse termo, que devemos reconhecer que é polissêmico, valemo-nos do ensinamento de Maria Paula Dallari Bucci:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados. (2002, p. 241).

Ainda segundo a autora, pode-se conceituar políticas públicas do seguinte modo:

Política pública é aquele tipo de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 34, nº 133: 89-98, jan./mar. 1997.)¹

Ainda no que atina à relação entre as políticas públicas e os direitos sociais, é importante a citação do seguinte trecho de Marcelo Novelino:

A implementação de tais direitos (direitos sociais, de promoção ou prestacionais) ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e / ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna. (2011, p. 525).

Ao levar em consideração a necessidade de existência de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, vale dizer, para que estes possam existir e ser aplicados com

¹ Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_133/r133-10.PDF Acesso em: 10 nov. 2007.

eficiência no âmbito social, resta saber a quem incumbe a realização de tais políticas, ou seja, a qual dos Poderes e órgãos do Estado incumbe seu planejamento e colocação em prática.

Em primeiro lugar, como os direitos sociais estão previstos em nossa Constituição, ou seja, no patamar máximo de nosso ordenamento positivo, devemos compreender que incumbe ao Poder Legislativo de cada ente político de nossa Federação a produção de leis para a maior efetivação de tais direitos, sempre tomando por base a divisão de competências fixadas por nossa Constituição Federal.

Para que os órgãos do Poder Legislativo possam cumprir da melhor forma essa sua função, é necessário um trabalho conjunto com os demais órgãos e entidades da Administração Pública, em especial os que compõem o Poder Executivo. Isso porque o Executivo possui um conjunto de aparatos e de instrumentos burocráticos que permite a ele ter ciência das principais deficiências e mazelas que assolam o meio social, possuindo, dessa forma, maiores condições de estabelecer planos mais eficazes de implementação de políticas públicas.

Assim, podemos dizer que o Poder Legislativo, trabalhando em conjunto com o Poder Executivo, tem o dever de conhecer as principais necessidades presentes no âmbito social, e planejar os instrumentos a serem utilizados e os recursos a serem destinados para sanar tais mazelas. Isso se dá em virtude do fato de que os membros do Legislativo e os chefes do Poder Executivo foram eleitos para a finalidade de representar os interesses da coletividade, e uma das formas de representação é justamente o da criação de políticas públicas aptas a melhorar as condições de vida dos indivíduos, especialmente dos grupos sociais marginalizados e que vivem em condições econômicas mais precárias.

Após a realização de tais planejamentos, coordenados em cada esfera de nossa Federação, veiculados por meio de leis, deve-se partir para a efetivação daquilo que foi estipulado. Isso se dará por meio da atuação do Poder Executivo, o qual possui, por sua própria natureza, a incumbência de agir, embasado numa norma legal pré-existente (excepcionalmente, baseado em norma proveniente diretamente da Constituição) tendo sempre como finalidade atingir a satisfação dos interesses da coletividade, ou seja, dos interesses públicos primários. Ora, como faz parte do interesse coletivo a implantação de políticas públicas eficazes, essa deve ser uma das funções a serem desempenhadas pelo Poder Executivo.

Não podemos nos esquecer, no entanto, que os direitos sociais estão previstos como direitos fundamentais na Constituição Federal e, como tais, são doutrinaria e

jurisprudencialmente reconhecidos a sua natureza de normas constitucionais de eficácia plena, ou seja, não dependem de lei para que possam existir e não podem sofrer qualquer espécie de restrição legal. Portanto, se diferenciam tanto das normas constitucionais de eficácia limitada, as quais dependem de lei para sua veiculação prática, quanto daquelas de eficácia contida, as quais podem sofrer limitações por norma infraconstitucional.

Assim, é possível dizer que, apesar de os direitos sociais se concretizarem do melhor modo por meio das políticas públicas, e levando em conta que estas sempre são criadas por meio de leis, a necessidade de implementação dos direitos sociais por parte da Administração Pública não depende do surgimento dessas leis, ou seja, não depende da existência de políticas públicas. O dever do Estado correspondente ao direito social dos cidadãos precede a vontade política do Poder Legislativo de criar leis que possibilitem à sua satisfação. O que se quer dizer é que não é a vontade política do legislador ou do administrador que deve ditar o ritmo da criação de políticas sociais, mas é a necessidade de atendimento aos direitos sociais, previstos expressamente em *status* constitucional que deve ditar o ritmo da vontade dos representantes do povo.

Tomando como base esse pressuposto, a falta de veiculação de normas que visem concretizar determinado direito social previsto na Constituição se revela como uma postura que padece de inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo no que diz respeito às leis e do Poder Executivo no que atina aos atos normativos. Além disso, a postura do Executivo de não aplicação das políticas públicas do modo como previsto em lei ou a aplicação destas em desacordo com as finalidades institucionais do Poder Público, se revela como um ato ilegal da Administração Pública.

Tanto o ato inconstitucional quanto o ilegal são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, o qual possui como principais incumbências: dar solução a conflitos de interesses, controlar a legalidade dos atos administrativos (inclusive os discricionários) e controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos.

Não há como o Judiciário obrigar o Poder Legislativo a editar leis; porém, em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pode determinar que a Administração Pública edite ato normativo no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado da decisão.

Assim, deve-se aceitar que é perfeitamente possível um controle jurisdicional das políticas públicas, realizado por qualquer órgão ou esfera do Poder Judiciário. O que resta saber, e que será discutido nos Capítulos seguintes, será: qual deve ser a medida desse controle, para que não ocorra o desvirtuamento de políticas públicas que atendam com eficiência os direitos sociais?

Por fim, mostra-se evidente que os direitos sociais em geral não têm como ser garantidos em toda a sua integralidade no âmbito social. Isso ocorre devido à colisão com outros direitos de titularidade diversa.

Isso se deve ao fato de que a limitação de recursos públicos provoca uma necessidade de escolha da melhor forma de efetivação desses direitos, ou seja, a alocação de recursos, essencial em todas as políticas públicas, não serve para atingir os interesses meramente orçamentários do Estado (interesse público secundário), mas sim os interesses da coletividade (público primário) de máxima concretização dos direitos sociais.

Nesse panorama, há que se notar que existem certos direitos sociais que, para se estabelecerem em sua máxima efetividade, necessitam de que essa alocação de recursos públicos seja feita de forma mais minuciosa, sendo que a definição de prioridades acaba sendo essencial para que a sociedade os usufrua de forma mais homogênea e equânime. Como mais claro exemplo disso, encontra-se o direito à saúde, previsto na Constituição Federal como direito fundamental a ser garantido por todos os entes federativos.

Para que possamos nos situar melhor sobre essa questão da necessidade simultânea de concretização dos direitos fundamentais sociais – que exigem um “fazer” por parte do Poder Público – e de alocação dos recursos orçamentários – para que os gastos estatais cumpram do melhor modo as obrigações decorrentes da Constituição – será preciso analisar três conceitos: princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais; reserva do possível; mínimo existencial. Tais conceitos serão estabelecidos neste Capítulo de forma mais superficial, para que possam ser aprofundados nos próximos, especialmente quando será realizada a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

IV – ANÁLISE CONCEITUAL

1. Princípio da Máxima Efetividade

Segundo lição do professor Marcelo Novelino, a respeito do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais podemos aferir o seguinte: *Este impõe uma interpretação que confira a maior eficácia social possível ao direito em jogo, de modo a fazê-lo cumprir a finalidade para o qual foi criado.* (2011, p. 529).

Muitos doutrinadores e cientistas do direito argumentam que o simples fato de os direitos sociais encontrarem-se dentre os direitos fundamentais, não haveria discussão quanto

à sua aplicabilidade imediata, conforme se depreende da leitura do artigo 5, Parágrafo 1, da Constituição. Tal previsão, segundo eles, já seria suficiente para que qualquer pessoa pudesse exigir, inclusive judicialmente, os seus direitos de caráter social, mesmo que não houvesse lei permitindo a aquisição do direito da maneira desejada pelo demandante.

Como exemplo, podemos dizer que, caso determinado medicamento não estivesse previsto na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) – em razão da priorização dos gastos nessa área com outros medicamentos, com saneamento básico, construção de Hospitais etc. – mesmo assim seria possível ao Judiciário, diante de uma demanda (individual ou coletiva) por tal remédio, obrigar o Poder Público a arcar com todos os gastos.

No entanto, se levarmos em consideração a existência desse princípio da máxima efetividade, será necessário nos atentarmos para o fato de que uma realocação de recursos determinada pelo Judiciário em face dos demais Poderes poderá ocasionar, como efeito, a satisfação exclusiva dos direitos dos demandantes, em detrimento dos demais indivíduos, que também são titulares dos mesmos direitos.

Desse modo, e voltando ao exemplo que colocamos acima, como o Estado (ou o ente federativo) retiraria, a princípio, recursos da Saúde para a satisfação do(s) demandante(s) pelo medicamento, essa atitude, de modo reflexo, causaria certamente efeitos negativos na própria área, pois restaria menor disponibilidade orçamentária para os demais gastos que estavam inicialmente previstos nas políticas públicas.

Tendo ainda em conta que é possível se pensar em um número crescente de ações judiciais que visem à tutela dos direitos sociais com base unicamente em dispositivo constitucional, a constante realocação de recursos poderia desvirtuar de modo significativo a construção das políticas públicas pelo Legislativo e Executivo. Isso acabaria certamente por afetar sobremaneira o princípio da máxima efetividade. Isso ocorre, sobretudo, porque, quando o Poder Judiciário toma tais decisões que causam essa realocação de gastos em benefício de um demandante único, geralmente não há preocupação com os efeitos colaterais que podem advir.

Além disso, deve-se partir do princípio de que as decisões judiciais realocadoras de recursos não possuem, via de regra, a mesma legitimidade das decisões governamentais que fixam as políticas públicas e os gastos necessários às suas implementações, tendo em vista que estas são tomadas por representantes eleitos diretamente pelo povo e tem por base o benefício de toda uma coletividade.

De acordo com Marcelo Novelino, a discussão pode ser posta nos seguintes termos:

(...) em sociedades democráticas e pluralistas, é usual a consagração de parte dos direitos sociais em normas de textura aberta (...) a fim de possibilitar diferentes concretizações legislativa e/ou administrativa, de acordo com circunstâncias fáticas e a vontade da maioria. (Idem, ibidem, p. 529).

2. Reserva do Possível

A respeito dessa teoria ou tese, pode-se dizer que ela tem seu nascedouro a partir da ideia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (“*impossibilium nulla obligatio est*”). Para uma maior compreensão, faz-se necessário ainda trazer o seguinte conceito: *A reserva do possível pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa à realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional.* (Idem, Ibidem, 2011, p. 529).

Além disso, é imprescindível que se determine o momento histórico do surgimento dessa teoria, que conforme se verá, surgiu na década de 1970:

esta expressão foi difundida a partir de uma decisão paradigmática proferida pelo tribunal constitucional federal da Alemanha em 1972, em um caso no qual se discutia o direito de acesso ao ensino superior, cujo número de vagas era menor que o de candidatos (caso *numerus clausus*). Apesar do direito fundamental à educação não estar consagrado expressamente na constituição alemã, o tribunal entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em certa medida, o acesso ao ensino universitário. Não obstante, na decisão ficou estabelecido que a prestação reclamada deveria corresponder ao que *o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*, cabendo ao legislador, em primeiro plano, avaliar quais interesses da coletividade devem ser prioritariamente atendidos pelo orçamento, em razão da *reserva do possível*. (itálicos do autor) (Idem, Ibidem, 2011, p. 529).

Ao trazer a discussão da reserva do possível para o atual panorama do direito constitucional brasileiro, poderíamos dizer que a alegação, por parte do ente público, da impossibilidade de arcar com os custos da implementação dos direitos fundamentais em relação ao demandante – alegação esta que só caberia se não houvesse previsão dessa implementação em lei definidora de política pública – deve ser ponderada com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

De acordo com Ingo Sarlet, a reserva do possível é composta por três dimensões, que se configuram com: disponibilidade fática (também denominada reserva do possível fática), disponibilidade jurídica, e razoabilidade e proporcionalidade da prestação.

A respeito da reserva do possível fática, aduz Daniel Sarmento que ela deve ser considerada como: “*a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.*” (A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-

jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Daniel Sarmento (Orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, PP. 11-12).

Quanto à disponibilidade jurídica, comenta Marcelo Novelino:

A disponibilidade jurídica está relacionada à existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas exigidas do Estado (...) levando em consideração a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, as quais deverão ser equacionadas com o sistema federativo brasileiro. (Idem, Ibidem, 2011, p. 531).

Desse modo, não é possível se cogitar na aceitação do argumento da reserva do possível por parte do ente federativo caso este tenha livre disponibilidade orçamentária para concretizar o direito fundamental do postulante, mesmo que tal direito não esteja diretamente previsto na legislação que fixa determinada política pública. Seria uma atitude claramente afrontosa à Constituição Federal a Administração Pública se utilizar de recursos públicos para a realização de gastos discricionários – por exemplo, gastos extras com publicidade – ao invés de satisfazer uma demanda por direito fundamental.

Assim, torna-se clara que a reserva do possível, para que possa ser aceita, pelo menos de início, deve cumprir determinados pressupostos ou requisitos, dentre os quais podemos aduzir: a) a necessária comprovação da escassez de recursos públicos para a efetivação da medida – ou seja, a prova de que não existem recursos que estejam desvinculados de uma prestação devida pelo ente público; b) a comprovação de que os gastos realizados no âmbito da discricionariedade do respectivo ente se reverteram ou irão se reverter, de algum modo, para a satisfação de direitos fundamentais – a preferência pela realização de investimentos desvinculados do objetivo de satisfação desses direitos, mesmo que de modo indireto, se revelaria francamente inconstitucional.

No que se refere ao aspecto da razoabilidade de proporcionalidade da prestação, aduziu a esse respeito o Ministro Celso de Melo, Relator da ADPF n 45/DF:

As limitações orçamentárias que dificultam ou impedem a implementação dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado só podem ser invocadas com a finalidade de exonerá-lo de suas obrigações constitucionais diante da ocorrência de ‘justo motivo objetivamente aferível.’ (STF – ADPF (MC) 45/DF, rel. Ministro Celso de Melo).

Quanto a esse último aspecto, ou seja, da razoabilidade e disponibilidade da prestação exigível do Poder Público (em benefício do demandante), parece ser o ponto mais subjetivo da interpretação judicial. A alegação de que basta a ocorrência de um “justo motivo aferível” para se justificar a imposição de gastos públicos, segundo se depreende pelo trecho do voto

acima, é suficiente para o afastamento total da teoria da reserva do possível? Nos capítulos que se seguem, será reapresentada essa jurisprudência-paradigma do Supremo Tribunal Federal, contraposta com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e será analisada a necessidade de adoção de critérios mais rigorosos, rígidos e objetivos para se aferir quando cabe a argumentação da reserva do possível e quais devem ser seus verdadeiros requisitos para que possa ser aceita.

No entanto, antes que possamos seguir para o próximo Capítulo, será necessária a análise do que se entende por mínimo existencial, tendo em vista que estes são essenciais no que se refere ao dever de prioridade de investimentos do Poder Público.

3. Mínimo Existencial

Quanto ao seu conceito, pode-se dizer que:

O mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais, formados pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida digna. Na concepção de Ana Paula de Barcellos, engloba os direitos à saúde, educação, assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e acesso à justiça. (Novelino, 2011, p. 532).

De acordo com opinião de parte dos doutrinadores, e de parcela da Jurisprudência, o mínimo existencial se revelaria como espécie de “núcleo dos direitos fundamentais”, que não pode ser negados pelo Poder Público, mesmo que consista em uma prestação de fazer.

No entanto, se levarmos em consideração que a adoção de políticas públicas envolve, em determinado momento, um processo de escolha, devendo ser privilegiadas certas atuações que mais atendam aos direitos fundamentais do que outras, seria possível concluirmos que, em certas ocasiões, se revela impossível para o Estado atender ao mínimo existencial de todos os indivíduos. Esse argumento, no entanto, se choca com aquele do parágrafo anterior, segundo o qual seria inadmissível qualquer justificativa por parte do ente público no não-atendimento do mínimo existencial, mesmo que respaldado pela comprovação de uma impossibilidade orçamentária.

Diante desse dilema, vale a transcrição de um trecho de demonstra muito precisamente esse embate “ideológico”, a nível doutrinário:

Há quem sustente que deva ser atribuído ao mínimo existencial um caráter absoluto, não o sujeitando à reserva do possível (Ingo Sarlet). Em sentido diverso, Sarmento pondera que “em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas.” Por essa razão, entende não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado

tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. (Idem, Ibidem, 2011, p. 532).

As posições de Ingo Sarlet – mínimo existencial como direito absoluto – e de Daniel Sarmento – mínimo existencial como direito que pode ser afastado a depender de certas condições e do ônus argumentativo por parte do Estado – servem como pano de fundo para a análise de como a Jurisprudência dos Tribunais Superiores atualmente vêm trabalhando com esse tema.

Isso porque, a depender do modo como o mínimo existencial é compreendido, especialmente em relação ao argumento da reserva do possível, as consequências no plano político – especialmente nos momentos de formação e execução de políticas públicas – serão diferentes. Além disso, há que se considerar também o modo como cada Tribunal fundamenta seu respectivo raciocínio para chegar à conclusão almejada. Todos esses aspectos, obviamente relacionados aos conceitos que vimos aqui a respeito do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, da reserva do possível e do mínimo existencial, serão mais ponderadamente analisados nos Capítulos seguintes.

CAPÍTULO 2 - JUDICIALIZAÇÃO E DECISÕES JUDICIAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS – JURISPRUDÊNCIAS DO STF E DO STJ

I – JUDICIALIZAÇÃO COMO TENTATIVA DE CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS SOCIAIS

O Poder Constituinte, ao elaborar a Constituição Federal de 1988, previu uma série de normas a serem observadas tanto pelo Poder Público, em cada uma de suas esferas e órgãos, quanto pelos particulares. Nesse último aspecto, ou seja, no que se refere à extensão das regras e princípios constitucionais aos particulares, pode-se falar em deveres fundamentais dos cidadãos, como é o caso do respeito à função social da propriedade, e de horizontalização dos direitos fundamentais.

A análise a que devemos nos ater nesse trabalho é a obrigatoriedade da observância dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Público. Para isso, no entanto, se faz necessário ter conhecimento acerca da aplicabilidade e da eficácia das regras e princípios que os veiculam.

As normas constitucionais, que criam deveres de atuação pelo Estado, podem ser divididas em três categorias, conforme a doutrina de José Afonso da Silva:

- a) Normas Constitucionais de Eficácia Plena: são aquelas previstas pelo constituinte originário, cuja aplicabilidade (ou eficácia) não depende da existência de qualquer outra norma, e que não podem sofrer qualquer espécie de restrição por parte do Poder Público, nem mesmo em sede de Emendas à Constituição.
- b) Normas Constitucionais de Eficácia Contida: são aquelas cuja aplicabilidade também não depende da edição de qualquer outra norma, mas que podem sofrer limitações, por regras de conteúdo infraconstitucional, desde que tais restrições não venham a suprimir o direito derivado da Constituição;
- c) Normas Constitucionais de Eficácia Limitada: são aquelas cuja aplicabilidade não depende da simples entrada em vigor da Constituição Federal, mas sim da adoção de normas infraconstitucionais que disciplinem mais pormenorizadamente a matéria.

Como exemplos mais marcantes da primeira espécie, temos os direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, abrangendo, portanto, os direitos individuais, **sociais** e os de natureza difusa ou coletiva.

No que se refere à segunda espécie, o principal exemplo se refere ao art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, que atribui a possibilidade de o legislador ordinário limitar a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Como exemplo da terceira espécie, pode-se citar o art. 102, Par. 1º, da Constituição Federal, que atribui competência para o Supremo Tribunal Federal julgar as chamadas “Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental” (ADPF), mas convoca indiretamente o legislador ordinário para regular o procedimento e a forma de julgamento dessas Ações.

A verificação da existência dessas três categorias de normas constitucionais e o conhecimento de que as regras que veiculam os direitos sociais são normas de eficácia plena, conclui-se, por meio de um raciocínio dedutivo, que a aplicabilidade de tais direitos é imediata, ou seja, sem a dependência de norma infraconstitucional reguladora da matéria. É também possível a afirmação com base nos mesmos dados, que o legislador não poderia restringir qualquer desses direitos fundamentais.

Sabe-se, no entanto, que a implementação de todos esses direitos, para que possam ser auferidos em conjunto – sem que a existência de um cause a supressão do outro, e para que possam ser gozados por toda a coletividade – a existência do direito de um não pode suprimir o mesmo direito de outro indivíduo –, requer necessariamente uma regulamentação, que é realizada em nível infraconstitucional. É nesse plano que se encontram, como já foi demonstrado no capítulo anterior, as políticas públicas, as quais servem precipuamente para a finalidade de veicular os direitos sociais e possibilitar seu acesso e gozo de forma mais efetiva e igualitária possível para todos os indivíduos.

Dessa forma, a necessidade prática de uma regulamentação, que inevitavelmente acabará implicando em uma limitação de direitos, devendo-se levar em conta que eles não podem ser tidos como absolutos e exclusivos de alguns, acaba proporcionando o surgimento de um problema, qual seja: Como conciliar a natureza de tais direitos como de aplicabilidade imediata e a necessidade de regulamentação e de consequente limitação, no plano individual, a tais direitos?

Essa questão candente vinha sendo “solucionada”, nos últimos anos especialmente pelos julgados do Supremo Tribunal Federal, que serão analisados posteriormente, do seguinte modo: Aceita-se o fato de que as políticas públicas devem existir, já que elas

constituem o único meio que o Poder Público, em cada esfera da Federação, possui de veicular de modo prático, os direitos sociais constitucionalmente previstos. No entanto, caso algum indivíduo ou grupo de indivíduos, ao demandar perante o Judiciário, comprovar que necessita de alguma medida estatal, mesmo que não prevista anteriormente nas políticas públicas, para a satisfação de seu interesse vinculado a um direito social, será, como regra, imposto ao Poder Público que supra integralmente as necessidades do demandante.

O raciocínio utilizado pelo aplicador do direito, ao analisar os casos que lhe são submetidos, via de regra, era simples: como os direitos sociais encontram-se dentro do rol dos direitos fundamentais (quase sempre dentro do âmbito do mínimo existencial), e como eles possuem aplicabilidade imediata, qualquer interesse que pareça legítimo do ponto de vista do demandante, relacionado a tais direitos, deve ser resguardado de modo absoluto pelo Estado.

Outro raciocínio que costuma fundamentar tais decisões é a questão da prevalência do direito pleiteado pelo demandante. Nesse sentido, o argumento utilizado, como se verá, é o de que, de um lado, o Poder Público possui o interesse público secundário de controle orçamentário; porém, por outro lado, o autor da ação possui ao seu lado um interesse público primário, relacionado ao direito social pleiteado individualmente. No embate entre tais interesses, o Poder Público não possui argumentos para “vencer” a demanda, haja vista que, diante da possibilidade orçamentária de se garantir o direito pleiteado, este deve ser satisfeito.

Em qualquer desses raciocínios, portanto, faz pouca diferença aquilo que esteve previsto em sede de políticas públicas, pouco importando as estratégias e prioridades dos órgãos governamentais para possibilitar que esses direitos fossem implementados de modo mais efetivo e igualitário em âmbito social.

Antes que essas decisões judiciais mais emblemáticas sejam analisadas de maneira detida, verificando-se a diferenciação entre os fundamentos que levam às decisões do STF e do STJ, há que se atentar rapidamente para o fato, notório não apenas no plano nacional, mas também em escala internacional, de que o Poder Judiciário se encontra, no cenário contemporâneo, muito mais propenso a intervir em um plano antes exclusivo às denominadas instituições políticas representativas.

É possível se dizer que tal postura do Judiciário se deve a inúmeros fatores, mas, de modo exemplificativo, existem dois que mais se destacam, quais sejam:

- a) O fato de as Constituições que surgiram após a Segunda Guerra Mundial terem atribuído um poder maior aos órgãos judicantes na defesa dos interesses da ordem jurídica, sendo destes, em geral, a última palavra em termos de validade ou invalidade de leis ou atos administrativos. Pode-se afirmar que isso se deve ao fato

de que, no pós-guerra, houve uma notável diminuição de confiança do constituinte nos órgãos populares representativos, ou seja, naqueles que compunham o Governo. Nesse contexto, se encontra a Constituição de 1988, a qual prevê inúmeras ações de inconstitucionalidade que podem ser propostas por via concentrada perante o Supremo Tribunal Federal, além do controle difuso, que é incumbência dos demais órgãos jurisdicionais.

- b) O fato de ter havido uma sensível diminuição da representatividade dos órgãos legislativos e administrativos, especialmente dos primeiros. Tal fator pode tornar mais dificultosa a efetiva participação dos grupos sociais e de seus órgãos representativos para que venham a deliberar diretamente com os Poderes Legislativo e Executivo sobre as questões de maior relevância pública, como é o caso, por exemplo, das políticas públicas na área de saúde. Isso faz com que tais discussões sejam deslocadas constantemente para os órgãos do Judiciário, que são, por natureza, pouco representativos.

Diante, portanto, da impossibilidade de o Poder Judiciário deixar de intervir em tais questões, posição esta ratificada por nossa atual Constituição, há que se perquirir sobre os parâmetros e critérios que os Magistrados devem se utilizar para melhor conciliar os direitos do impetrante judicial, individual ou coletivo, com os direitos dos demais membros da coletividade que necessitam e fazem uso de políticas públicas para satisfazê-los. Um desses parâmetros, trazidos à baila pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado recente, será objeto de aprofundamento.

2 – PRINCIPAIS DECISÕES DO STF SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE

Devemos agora fixar nosso estudo nas decisões judiciais mais importantes no que se refere às políticas públicas e à reserva no possível. Ambas as decisões a serem analisadas daqui em diante são de Tribunais Superiores, uma do Supremo Tribunal Federal e outra do Superior Tribunal de Justiça, e contém abordagens e interpretações diferentes sobre os temas que serão estudados, especialmente no que diz respeito ao tratamento do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, como será demonstrado a seguir.

As decisões jurisprudenciais que servem de paradigma para este trabalho foram eleitas tanto por sua importância quanto pelo fato de serem relativamente recentes – ou seja, elas refletem o entendimento que se encontra hoje sedimentado entre os Ministros de ambas as Cortes.

As decisões que foram escolhidas para tal estudo, e que se referem, ambas, a formas de controle difuso de constitucionalidade, foram:

- a) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, publicado em 29 de Abril de 2004, Relator Ministro Celso de Melo;
- b) Recurso Especial n. 1.185.474, publicado em 29 de Abril de 2010, Relator Ministro Humberto Martins.

Para que possamos analisar mais pormenorizadamente o teor de cada uma das decisões acima, é importante que se traga a ementa a elas correspondente.

Inicialmente, encontraremos abaixo a ementa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45:

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

A ementa abaixo é referente ao Recurso Especial (REsp) n. 1.185.747:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

Antes de tecer comentários acerca dessas Jurisprudências, há que se esclarecer que a análise não abarcará todos os seus aspectos, restringindo-se apenas à fundamentação, no que se relaciona ao modo como a Teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial são tratados.

A. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45

Tal ADPF de refere foi promovida contra veto do Presidente da República contra um dispositivo de proposta de lei emanada do Poder Legislativo, posteriormente convertida na Lei 10.707/2004 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). O dispositivo que foi vetado afirmava que são considerados ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Desse modo, o objetivo da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi a efetividade da Emenda Constitucional n. 29, de 2000, qual seja, a de garantir uma disponibilidade orçamentária mínima da União para a área de Saúde, ou seja, que fossem destinados recursos financeiros mínimos, definidos em Lei, para as ações e os serviços sociais relativos a essa área.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2004, foi de procedência da Ação. Porém, o objetivo aqui, como já assinalado, será a análise dos argumentos dispostos na fundamentação do Voto do Ministro Relator, Celso de Melo.

Vejamos, pois, como se dá a construção do raciocínio que serve de base para a decisão, e, conseqüentemente, qual o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito do controle judicial de políticas públicas e como são tratadas as teses ou princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial:

Os seguintes tópicos foram abarcados na fundamentação do Voto:

- a) A omissão do Poder Público, que deixa de cumprir determinado preceito constitucional, pode se dar por ação ou por omissão. Nessa última modalidade, o Estado deixa de fazer aquilo que se encontra no âmbito de sua competência e de seu dever, deixando de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

- b) Reconhece-se que não está incluída, ordinariamente, nas competências do Poder Judiciário, a criação e implementação de políticas públicas, pois o encargo originário se encontra nas mãos dos Poderes Legislativo e Executivo.
- c) No entanto, essa incumbência será atribuída – segundo entendimento do Ministro Relator – ao Judiciário caso os demais Poderes, em qualquer âmbito federativo, vierem a descumprir as obrigações político-jurídicas que sobre eles incidirem. Desse modo, a não concretização de um direito fundamental, de qualquer espécie – individual ou coletiva – desde que possua estatutura constitucional, ainda que derivadas de cláusulas que possuam conteúdo programático, permitirá uma postura ativa do Judiciário no sentido de determinar a satisfação de tais direitos.
- d) Quanto à teoria (ou ao princípio) da Reserva do Possível, este deve ser levado em consideração, de modo que, caso se comprove a total incapacidade econômico-financeira do ente estatal para suprir determinada demanda, esta, em princípio, não poderá ser exigida pelo Judiciário.
- e) No entanto, a Reserva do Possível só pode servir como espécie de defesa por parte do Poder Público caso haja um justo motivo aferível objetivamente – o Ministro, entretanto, não diz como se poderá aferir esse justo motivo – especialmente quando a conduta governamental negativa puder resultar em uma nulificação ou aniquilação dos direitos que tenham o caráter de fundamentais.
- f) Dessa forma, segundo pondera o Ministro Relator, as condições concomitantes e cumulativas para a aplicação da cláusula da reserva do possível são: a razoabilidade da pretensão individual ou social do demandante judicial em face do Poder Público; a disponibilidade financeira por parte do Estado para efetivar as medidas reclamadas.
- g) Caso os Poderes Legislativo e Executivo agirem de modo “irrazoável” – de acordo com o entendimento judicial naquele caso concreto – ou atuem de modo a procurar neutralizar a eficácia dos direitos sociais, econômicos e / ou culturais, comprometendo a efetivação do Mínimo Existencial, será cabível a intervenção do Poder Judiciário para satisfazer a demanda do autor.
- h) Afirma-se ainda que a atual configuração dos Poderes na República brasileira permite uma revisão na forma de Separação de tais Poderes, especialmente no que se refere à aplicação de gastos públicos em áreas relacionadas aos direitos fundamentais e à prestação de serviços sociais básicos pelo Estado. Segundo o Ministro Relator, o Executivo e o Legislativo revelam sua incapacidade para garantir o cumprimento racional dos preceitos constitucionais relacionados a essas áreas.

- i) No julgamento desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Relator, apesar de ter se posicionado de modo favorável à pretensão do autor, houve a constatação da prejudicialidade da Ação em razão da perda superveniente de seu objeto.

Cumprе consignar, por todos os itens acima expostos, que o Ministro Relator, Celso de Melo, ao analisar as questões referentes ao Mínimo Existencial e à teoria da Reserva do Possível, sustentou uma posição mais favorável a um “intervencionismo judicial”, tendo em vista o cumprimento das determinações constitucionais, como será melhor analisado no Capítulo seguinte.

Antes que o próximo Recurso possa ser estudado, devemos verificar três pontos essenciais acerca dos fundamentos expedidos pelo Ministro Relator, para efeitos de ulterior comparação:

- a) A postura de um Judiciário mais ativo quanto ao controle de políticas públicas passa a se justificar em uma espécie de “análise empírica” realizada pelo Relator, no sentido de que os Poderes Executivo e Legislativo se mostram incompetentes no cumprimento dos desígnios constitucionais no que se refere à concretização dos direitos fundamentais. A releitura do princípio constitucional da Separação dos Poderes se sustentaria, desse modo, com base nessa percepção.
- b) A única possibilidade de aceitação do argumento da Reserva do Possível pelo Judiciário se daria quando o Poder Público comprovasse a efetiva insuficiência de recursos públicos para suprir a demanda judicial – individual ou coletiva –, ou seja, haveria a necessidade de comprovação da indisponibilidade orçamentária do ente político. No entanto, o Ministro Relator não deixa claro sobre qual postura do Poder Judiciário – de intervenção ou não – caso o Poder Público tenha disponibilidade financeira para atender à demanda, mas tenha optado pela aplicação de seus recursos para a satisfação de outros direitos fundamentais ou do mesmo direito fundamental, mas em setor diferente. Seria cabível compreender que diante dessa situação, o Juiz sempre poderá determinar que o Poder Público satisfaça o pedido do demandante, mesmo que isso implique numa realocação de recursos orçamentários?
- c) Quando o Relator afirma que caberá intervenção judicial caso os Poderes Legislativo e Executivo agirem de modo “irrazoável” no âmbito da implementação

dos direitos fundamentais e na garantia do Mínimo Existencial, não há uma definição objetiva nem critérios objetivos para que o intérprete possa definir o que se entende por “irrazoável”.

Todas essas questões, que serão mais intensamente discutidas no próximo Capítulo, servem para uma análise comparativa com o Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que será visto logo a seguir.

Antes de partirmos para o próximo tópico, porém, cabe ponderarmos que a fundamentação desse julgado do Pretório Excelso, em grande parte e essencialmente, acabou por servir de base aos fundamentos dos demais julgados, posteriores, a respeito do mesmo tema – controle judicial de políticas públicas –. Apenas a título de exemplo, podemos citar o Agravo de Instrumento n. 677.274 / SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja decisão foi no sentido de obrigar o Poder Público do Município de São Paulo à concessão de vagas em creches e pré-escolas a crianças de até cinco anos de idade. A ementa de tal decisão se encontra abaixo:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Também de modo exemplificativo, pode ser citada a decisão do Supremo Tribunal Federal de 17 de Março de 2010, cujo Relator foi o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na decisão de Suspensão de Tutela Antecipada em Agravo Regimental de número 175 (STA n. 175 / CE), relativo à judicialização de políticas públicas na área de saúde. Vide ementa abaixo:

“Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Nessa decisão, o Pleno do Tribunal em questão referendou o voto do Ministro Relator no sentido de obrigar o Poder Público, de modo solidário entre os entes federativos, a fornecer o medicamento Zavesca – não contemplado nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde (SUS) – ao impetrante judicial. O medicamento, reconhecidamente de alto custo, apesar de não vir previsto em políticas públicas, não encontrou qualquer espécie de entrave ao ser deferido em benefício do demandante individual.

B. Recurso Especial n. 1.185.474

Essa Jurisprudência se refere ao direito de acesso à creche às crianças que possuem entre zero e seis anos de idade, direito cuja competência para a efetivação cabe ao Município, ente político dotado constitucionalmente dessa responsabilidade, conforme se depreende pela análise do artigo 208, inciso IV e artigo 211, Parágrafo 2, ambos da Constituição Federal.

A decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina foi de procedência com relação à Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público daquele Estado para obrigar o Município de Criciúma à disponibilização de creches. Tal decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Abaixo, serão analisados os principais fundamentos dessa decisão:

Segundo a análise do Ministro Relator Humberto Martins, os seguintes tópicos foram abordados na fundamentação de seu Voto:

- a) A tese da Reserva do Possível, que se encontra incorporada na tradição ocidental, se baseia na ideia de que “a obrigação impossível não pode ser exigida”. Conforme a expressão latina: “*Impossibilia nulla obligatio est*”.
- b) A dimensão fática da Reserva do Possível, no entanto, está relacionada de maneira intrínseca ao problema da escassez de recursos, a qual, por sua vez, pode ser entendida como sinônimo de desigualdade. A escassez pressupõe a inexistência de igualdade haja vista que a falta de recursos não permite que todos os indivíduos usufruam dos bens que os compõem e das qualidades a eles inerentes.
- c) Levando-se o que foi apontado acima em consideração, tais bens escassos devem ser distribuídos segundo regras que pressupõem o direito igual de acessibilidade ao bem e a impossibilidade prática de uso igual e simultâneo por todas as pessoas.

- d) O Ministro Relator reforça que essa situação de falta de recursos, em muitas ocasiões, acaba sendo o resultado de uma escolha, de uma tomada de decisão por parte do administrador público. Diante de uma conjuntura em que existem recursos escassos para serem aplicados tendo em vista a satisfação de todas as necessidades, a decisão do administrador público de investir em determinado setor é um fato que causa falta de recursos para outra(s) área(s) não contemplada(s). Para exemplificar essa situação, o Ministro afirma que o gasto com festividades e propagandas governamentais acabará por implicar na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de melhor qualidade.
- e) Tendo por base essas considerações e o exemplo que foi acima formulado, deve-se ter presente que, ao menos em um primeiro momento, a tese da Reserva do Possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque tais direitos não podem ser preteridos pelo administrador em suas escolhas, ou seja, a discricionariedade que o membro da Administração Pública possui não abarca a decisão de aplicar recursos, de modo primordial e prioritário, em áreas que não sejam destinadas à satisfação dos direitos fundamentais.
- f) Nem mesmo se tal decisão fosse baseada na vontade da maioria da população, a proibição continuaria válida, haja vista que a democracia não se restringe à vontade majoritária. O princípio da maioria serve apenas como um dos instrumentos do processo democrático, mas este não se resumiria naquele. A preservação dos direitos fundamentais é uma das finalidades inerentes à democracia, o que implicaria dizer que só existe democracia real se for, antes de tudo, garantido aos indivíduos a liberdade de expressão, o pluralismo político, o acesso à informação e à educação, a inviolabilidade à intimidade, o respeito às minorias etc.
- g) Dessa forma, a realização dos direitos fundamentais, vale dizer, a priorização da alocação de recursos públicos para a preservação de tais direitos, não pode resultar de um juízo discricionário do administrador e, assim, não pode depender nesse caso, de vontade política. Nesse sentido, é cabível dizer que a teoria da Reserva do Possível não é oponível à efetivação do Mínimo Existencial, mas, em verdade, deve ser interpretada no sentido de se compatibilizar com ele, ou seja, de ser compatível com a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Em razão desse fator, argumenta o Ministro em seu Voto que a realização de gastos públicos, por exemplo, com festividades e propagandas governamentais podem ser traduzidos na ausência de

dinheiro para uma educação de qualidade – hipótese que, nesses termos se revelaria frontalmente inconstitucional.

- h) O Mínimo Existencial não se confunde com o mínimo vital – aquilo que é estritamente necessário para a subsistência – pois aquele é mais amplo do que este. Portanto, o conteúdo do Mínimo Existencial abrange também as condições socioculturais dos indivíduos, permitindo que o sujeito se insira e tenha participação na vida social, ou seja, vai além da questão da simples sobrevivência.
- i) Tendo tais fatores como base, o Ministro aduz que, dentre os direitos considerados prioritários em matéria de destinação de recursos orçamentários do Poder Público, visualisa-se, por exemplo, o acesso à educação. Tal consideração ocorre tendo em vista que o objeto da discussão do Recurso Especial, como já especificado, era o direito de acesso das crianças de até seis anos de idade às creches, a serem disponibilizadas pelo Município.
- j) Nesse ponto, entretanto, o Ministro faz uma ressalva, no sentido de que, mesmo com a alocação de recursos destinada ao atendimento do Mínimo Existencial, é possível que subsista a situação de carência do Orçamento Público para o pleno atendimento das demandas que surgirem. Nesse caso, a escassez não resultaria de decisões, por parte do administrador público, de escolher aplicar os recursos em atividades não prioritárias. Estaríamos aqui diante de uma situação de real insuficiência orçamentária. Perante esse cenário, em que, nos dizeres do Ministro Relator, as situações se revelariam “limítrofes”, o Poder Judiciário não deve se imiscuir nos planos governamentais, tendo em vista que estes, ao destinar a aplicação prioritária dos recursos públicos à satisfação dos direitos fundamentais, e consequentemente do mínimo existencial, estariam acordes com a Constituição Federal.
- k) Diante da ressalva acima, no entanto, o Ministro faz uma ponderação, no sentido de que a efetiva insuficiência de recursos há que ser comprovada cabalmente pelo Poder Público. Logo, não se admite que a tese da Reserva do Possível sirva como o instrumento de uma “desculpa genérica” para a negligência estatal (de qualquer dos entes da Federação) na concretização dos direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho social.
- l) Feita tal ponderação, o Ministro dá a entender que é cabível a intervenção do Poder Judiciário nos planos governamentais naquelas situações em que o Poder Público – Federal, Estadual, Distrital ou Municipal – não conseguir provar a escassez de recursos públicos ou ficar evidenciado que a insuficiência orçamentária decorreu de

escolhas do administrador público em investir em setores não prioritários, ou seja, não relacionados à efetivação dos direitos fundamentais.

- m) Como, de acordo com a análise do caso concreto, o Município de Crisciúma não demonstrou a efetiva insuficiência de recursos orçamentários a serem aplicados na disponibilização de creches às crianças menores de seis anos de idade, houve a manutenção da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no sentido da condenação do ente político municipal na concretização desse direito fundamental.

Esse Recurso Especial, julgado no ano de 2010, encontra precedente bastante semelhante em termos de fundamentação no Recurso Especial n. 764.085 / PR (Ministro Relator Humberto Martins, julgado em 01 de Dezembro de 2009).

É patente, pela análise dos itens acima elencados, que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que:

- a) A escassez de recursos orçamentários e a disponibilização prioritária de tais recursos para a satisfação dos direitos fundamentais, especialmente sociais, deve ser comprovada pelo ente político, sob pena de o Poder Judiciário determinar que tais recursos sejam direcionados à satisfação do demandante, caso esteja relacionado ao Mínimo Existencial.
- b) Porém, se o Poder Público conseguir provar a falta de recursos no Orçamento e, cumulativamente, comprovar que tal fenômeno resultou de uma real situação de escassez, ou seja, de que todos os recursos foram prioritariamente destinados, de alguma forma, à satisfação do Mínimo Existencial, não caberá aí intervenção do Poder Judiciário.

Para que o Poder Público possa alegar a situação de escassez, no entanto, deverá comprovar que ela não resultou de uma preterição com direitos fundamentais em nome de outras espécies de gastos.

Dessa forma, segundo o STJ, segundo este último requisito, o Juiz não poderá se imiscuir no âmbito de atuação exclusivo da discricionariedade do administrador público quando este já tiver agido de acordo com a Constituição Federal ao dar prioridade à concretização dos direitos fundamentais. No caso de atuar dessa forma, a Administração Pública teria o poder de decisão sobre a quantidade de recursos aplicar em cada área e sobre a elaboração das políticas públicas para atingir os fins constitucionais.

Este último requisito, colocado de modo explícito pelo Superior Tribunal de Justiça, é o ponto diferenciador em relação à atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não leva em consideração, de maneira expressa, tal pressuposto. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça atribui expressamente um limite objetivo de atuação para o Poder Judiciário ao afirmar que a escolha quanto ao modo de concretizar os direitos fundamentais provenientes da Constituição Federal compete à atividade legislativa e executiva, e não jurisdicional. Nesse sentido, a intervenção judicial só seria possível para garantir a efetivação de políticas públicas previstas em lei ou no caso de a Administração Pública não ter provado que aplicou os recursos que tinha disponíveis de modo prioritário em concretização de políticas e serviços garantidores de direitos fundamentais e do Mínimo Existencial.

CAPÍTULO 3 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Após a verificação dos argumentos expedidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça quanto às decisões sobre políticas públicas e sobre o momento em que se faz possível a intervenção do Poder Judiciário, torna-se perceptível que existem dois entendimentos divergentes, até mesmo conflitantes em alguns pontos essenciais.

Percebe-se, pela leitura do Capítulo anterior e das decisões jurisprudenciais que serviram de base para a análise, que o Pretório Excelso admite postura mais intervencionista do Judiciário na determinação de o Poder Público satisfazer os interesses do demandante – individual ou coletivo – quando está em jogo algum direito fundamental, especialmente de índole social ou, em nível mais amplo, de viés prestacional. Esse Tribunal considera que a concretização de tais direitos não depende apenas da postura da Administração Pública – Federal, Distrital, Estadual ou Municipal – de realizar políticas públicas, haja vista que estas se revelam insatisfatórias em atingir os objetivos constitucionais. Desse modo, o Judiciário deveria, a partir de uma clara revisão do Princípio da Separação dos Poderes, atuar de modo mais direto e ativo nesse âmbito, determinando que recursos orçamentários sejam dispensados à satisfação dos direitos sociais dos impetrantes, tendo em vista alcançar a finalidade maior de preservação do Mínimo Existencial. Apenas na hipótese de o Poder Público comprovar cabalmente a insuficiência de recursos orçamentários e de que não agiu de modo “irrazoável” – na linguagem do Ministro Relator da ADPF n. 45 – na aplicação de tais recursos é que o Poder Judiciário poderia levar em consideração o argumento da Reserva do Possível e, nesse caso, não intervir na alocação dos recursos públicos.

Tais ponderações servem de base argumentativa do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, haja vista que foram sustentadas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, uma das mais recentes decisões em sede de controle concentrado sobre esse tema, e também nas mais recentes decisões de controle difuso julgadas por essa Corte, conforme se demonstrou no Capítulo anterior.

Quanto à ponderação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, percebe-se que este se diferencia do Pretório Excelso especialmente quando estabelece requisitos mais claros e objetivos para a aceitação do argumento da Reserva do Possível. A Administração Pública, segundo a visão dessa Corte, poderá se valer de tal teoria caso comprove a insuficiência de recursos orçamentários para a satisfação da demanda ou que os

recursos disponíveis foram aplicados, como preceitua a Constituição Federal, na concretização dos direitos fundamentais, de acordo com as políticas públicas previamente elaboradas.

O segundo requisito, como já demonstrado precedentemente, traz uma maior objetividade e clareza não apenas quanto ao momento em que a teoria da Reserva do Possível será aceita, mas, como decorrência disso, também propicia maior segurança sobre o momento da intervenção judicial na aplicação dos recursos orçamentários. Isso porque se torna patente que o Juiz apenas poderá se imiscuir nesse âmbito no caso em que o ente federativo competente possuir condições orçamentárias de suprir a demanda, sem qualquer prejuízo para os cofres públicos e, cumulativamente, tenha dado preferência na aplicação de tais recursos para a efetivação dos direitos fundamentais. Em vista dessa segunda exigência, imperativa, a comprovação peremptória do desrespeito à Constituição Federal, acrescido da existência do direito fundamental social do demandante, permite que o Poder Judiciário obrigue a Administração Pública a satisfazer a pretensão do impetrante, mesmo que para isso seja necessária uma realocação de recursos.

Após revisitararmos esse panorama geral, com o escopo de constatar os argumentos das Jurisprudências dessas duas Cortes, cabe nesse momento uma ponderação mais profunda sobre os efeitos e as consequências de tais decisões, especialmente aos níveis coletivo e social.

I – DOS EFEITOS DAS DECISÕES SEGUNDO A VISÃO DO STF

Sob o prisma do Supremo Tribunal Federal, que pretende uma revisão mais ampla do princípio constitucional da Separação de Poderes, a atuação judicial no campo das políticas públicas no sentido de uma realocação indireta de recursos públicos seria possível sempre que constatada a legitimidade dos interesses do impetrante e a disponibilidade financeira por parte do Poder Público. Caso se constatasse que a Administração Pública não teria agido de modo “razoável” na definição das políticas públicas ou na alocação de recursos para a concretização destas, ao Judiciário passaria a ser lícita a intervenção.

Em primeiro lugar, não houve uma definição precisa, clara e objetiva do significado do termo “razoável” ou “irrazoável”. A constatação da razoabilidade da atuação do legislador na formulação de políticas públicas ou do administrador público na concretização dos direitos fundamentais sociais seria fruto de um critério construído pelo Magistrado naquele caso

concreto. Não se quer negar que a subjetividade do Juiz se faz presente em todas as decisões, mas o Pretório Excelso não clarificou de modo satisfatório o momento em que o Magistrado poderia se imiscuir em questões de políticas públicas tendo por objetivo a satisfação do pedido do demandante.

Em segundo lugar, os Ministros desse Tribunal não atentaram concretamente para a hipótese de o Poder Público da esfera política demandada ter destinado seus recursos orçamentários de modo prioritário para a satisfação dos direitos fundamentais, coincidentes ou não com aquele requerido pelo impetrante. Há que se questionar se caberia efetivamente espaço para a discricionariedade do administrador público na distribuição dos recursos do Orçamento dentro de cada esfera de concretização dos direitos sociais e difusos.

Desse modo, apenas para que se possa ilustrar, faz-se por bem trazer o seguinte exemplo: caso o Poder Público tenha dado maior preferência nos gastos, no setor de Saúde, com saneamento básico e construção de redes de esgoto, seria cabível ao Poder Judiciário determinar, mesmo que indiretamente, que houvesse uma parcial realocação de recursos para a satisfação de uma demanda por medicamento que não estaria prevista na lista do Sistema Único Saúde?

No momento em que essa realocação indireta – para a satisfação do interesse do demandante – se opera com recursos que já haviam sido destinados ou que seriam destinados à concretização de algum direito social, seja de interesse social, difuso ou coletivo, surge o seguinte problema: para a efetivação de um direito, surgido de um interesse legítimo, o Judiciário acabou por limitar outro ou outros direitos fundamentais do mesmo nível de importância.

Não se trata, portanto, de dizer que o interesse do demandante individual ou coletivo (este último representado pelos legitimados extraordinários da Lei 7434/85), mas sim de afirmar que a decisão do Magistrado numa situação como a apresentada nos parágrafos anteriores acabará por causar injusta limitação aos direitos fundamentais de outras pessoas. Nesse caso, os efeitos colaterais maléficos são previsíveis e inevitáveis.

Torna-se evidente que o Juiz, na análise do caso concreto a que lhe é submetido, não possui condições de analisar quais serão os efeitos colaterais, a nível social, de sua decisão. Em geral, a intenção do Magistrado é benéfica, haja vista que ele apenas deseja que o impetrante usufrua de seu direito, o qual possui *status* constitucional. No entanto, ao agir desse modo, estará restringido a fruição de direitos fundamentais de mesma hierarquia para uma quantidade indeterminada de pessoas, as quais poderiam se beneficiar de políticas públicas de melhor qualidade caso não houvesse esse desvio de recursos orçamentários.

A percepção desse fenômeno, entretanto, não se evidencia de plano para o Juiz, pois este atua apenas sobre o caso concreto, e apenas toma contato mais direto com a situação do demandante, e não daqueles que sofrerão indiretamente os efeitos de sua sentença.

Nesse mesmo sentido é a visão de Daniel Wang, conforme se depreende do trecho abaixo:

Esse tipo de decisão ignora suas próprias consequências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá. Afinal, se os recursos são escassos, nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar esses direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e esquece da realidade. (2008, p. 563).

Essa lógica, mantida nas jurisprudências recentes do Pretório Excelso sobre a questão, nas quais não existem grandes preocupações com as consequências “globais” – sociais, coletivas – de tais decisões, é novamente desvelada por Daniel Wang em outro texto, conforme se lê abaixo:

Em relação a pedidos de acesso à creche, escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, eles raramente são levados em consideração. E nos poucos votos em que essas questões são trazidas para o debate, são logo descartadas com argumentos que poderiam ter sido relevantes para as decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problemas para o Supremo Tribunal Federal nessas decisões, as quais são julgadas conforme o ensinamento do brocardo latino *‘fiat justitia e pereat mundus’* (Idem, Ibidem, P. 563.).

Percebe-se, dessa forma, que o Judiciário, diferentemente da Administração Pública municipal, estadual, distrital ou nacional, não possui, nem tem condições de possuir, uma visão da totalidade dos problemas sociais para a reformulação de políticas públicas, mesmo que elas se deem de modo indireto, para a satisfação dos interesses do demandante.

Muitos argumentariam, por outro lado, que as decisões judiciais que teriam o condão de interferir em políticas públicas não trariam efeitos tão deletérios, pois a realocação de recursos seria mínima, quase imperceptível.

Esse argumento não se mostra aceitável quando nos deparamos com a realidade, em especial no que se refere à “transferência indireta de recursos” para a satisfação das demandas por medicamentos que não se encontram previstos na lista do SUS. A quantidade de decisões judiciais que envolvem alguma espécie de realocação de recursos na área de Saúde Pública serviu, nos últimos anos, para que os gastos com medicamentos fossem muito maiores do que formulados nas políticas públicas, ocasionando uma necessária transferência de gastos de setores relacionados, por exemplo, à saúde preventiva da população.

Para que se tenha noção do impacto que as sentenças judiciais podem exercer nessa área – e nas políticas públicas em geral – é importante tomar como exemplo os gastos determinantes pelo Poder Judiciário na área da saúde que implicaram na realocação dos recursos orçamentários no Estado de Minas Gerais: (Impacto Desalocativo no Orçamento Público Estadual em Face das Decisões Judiciais – p. 44).

No ano de 2009, os gastos com medicamentos decorrentes de sentenças judiciais foram da ordem de R\$ 30.153.799,62, representando um total de 87,51% dos gastos nesse setor surgidos por decisões emanadas do Judiciário. Neste período, tais gastos representaram a vigésima terceira atividade mais dispendiosa com saúde no Estado. Já no ano de 2010, as despesas com medicamentos decorrentes de sentença judicial foi de R\$ 55.052.215,84, representando 89,44% dos gastos nessa área relacionados à decisões do Judiciário. Neste período, tais despesas representaram a décima sexta atividade mais dispendiosa com o setor no Estado.

Compreende-se, a partir desse exemplo retirado de um dos Estados da Federação, que os gastos provenientes dessa realocação indireta de recursos pelo Poder Judiciário a partir dessas intervenções, por vezes até mesmo inconscientes, em políticas públicas, pode causar malefícios enormes para aqueles que mais dependem da implementação das políticas públicas. Estes indivíduos geralmente são pessoas mais necessitadas economicamente e excluídos socialmente, que dependem dos serviços públicos oferecidos pelo Poder Público para a manutenção das condições mínimas de subsistência.

Dessa forma, o Poder Judiciário, ao adentrar no setor das políticas públicas, que envolvem especialmente direitos sociais e coletivos, e ao fazê-lo de maneira não ponderada do ponto de vista das consequências, ou seja, sem avaliar o impacto sobre o Orçamento da Administração Pública e os efeitos sociais dessa decisão judicial, poderá causar involuntariamente prejuízos para um número indeterminado de pessoas e também subverter o destino correto dos gastos públicos. Quanto a esse último fator, pode-se dizer, por exemplo, que aquelas decisões judiciais que satisfazem demandas individuais a partir de uma realocação orçamentária em prejuízo da camada da população mais pobre estará produzindo, como resultado, uma maior desigualdade no acesso aos serviços públicos e aos direitos fundamentais que tais serviços visam garantir. Isso porque, numa situação como a retratada, a satisfação dos interesses daquele indivíduo que teve acesso ao Judiciário, seja por advogado ou mesmo representado por defensor público, implicará, como reflexo, numa diminuição do acesso aos direitos sociais e coletivos para aquelas pessoas que não tiveram acesso à Justiça.

II – DOS EFEITOS DAS DECISÕES SEGUNDO A VISÃO DO STJ

De acordo com a decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito desse tema, retratada no Capítulo anterior, é perceptível que seu prisma difere essencialmente daquele adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, de acordo com o Recurso Especial n. 1.185.474, o Ministro Relator revela especial preocupação com as reais condições da Administração Pública de satisfazer os interesses do impetrante judicial, sem que para isso os direitos fundamentais dos outros indivíduos – que não se encontram no processo – seja ferido.

Essa preocupação é revelada, em especial, em razão de o Ministro dar maior importância à análise da Reserva do Possível e tratar tal teoria de modo mais objetivo e preciso. De acordo com sua visão, a tese da Reserva do Possível, sustentada pelo administrador público, será acatada pelo Judiciário não apenas quando o Poder Público não tiver condições orçamentárias para prover a satisfação dos interesses do demandante, mas também quando os recursos públicos disponíveis já tiverem como destino a satisfação de outros direitos fundamentais. Dessa forma, se o legislador e o administrador já tiverem previsto a criação e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais e coletivos previstos na Constituição Federal, não poderá o Juiz se imiscuir nesse âmbito para determinar a transferência desses gastos, mesmo que seja para que o direito fundamental do impetrante seja atendido. Revela-se lógico que, se restarem recursos orçamentários, que não se destinariam a qualquer finalidade ou que teriam como destino algo não relacionado à concretização de direitos fundamentais – que são prioritários de acordo com a Constituição Federal – o Judiciário poderá determinar a aplicação desse dinheiro público em benefício do demandante.

O Ministro Relator deste Recurso, muito embora não tenha se atentado de maneira expressa sobre as consequências sociais de sua decisão, não tendo trazido esse fator como critério explícito para a formação jurisprudencial, acabou indiretamente por levar em consideração os interesses dos indivíduos que se encontram fora do processo. Tais pessoas, especialmente aquelas mais necessitadas da implementação de políticas públicas para o gozo de seus direitos fundamentais mais básicos, seriam justamente aquelas que mais sofreriam os efeitos maléficos de uma decisão judicial que determinasse uma transferência de recursos primariamente direcionados a tais políticas públicas.

É possível perceber, portanto, que, mesmo os fundamentos principais da Jurisprudência não sendo de ordem consequencialista, é possível visualizar que esta prevê os

impactos externos que pode causar, em especial no que se refere à destinação e distribuição de bens escassos ao nível social.

Essa ótica adotada pelo Superior Tribunal de Justiça coloca maiores freios à atuação do Poder Judiciário. Isso porque leva em consideração que a formulação de programas sociais e políticas públicas, sua forma de implantação e a quantidade de recursos que será destinado a cada área para melhor atender aos direitos fundamentais em escala social é uma tarefa que compete essencialmente ao legislador e ao administrador público, ou seja, aos que foram eleitos para essa finalidade. Dessa forma, a distribuição e a alocação dos bens escassos para a máxima satisfação desses direitos, especialmente os sociais e coletivos, é algo que compete de modo prioritário à Administração Pública, em especial àqueles que se encontram no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Isso ocorre, sobretudo, porque tais Poderes dispõem de uma de muito mais dispositivos para verificar as reais necessidades da população e dos meios a serem utilizados para satisfazer ao máximo tais necessidades.

De acordo com a fundamentação do Voto do Ministro Relator nessa Jurisprudência, é reconhecido que, se bens e serviços escassos, por sua própria característica, não podem pertencer a todos os indivíduos, estes devem ser distribuídos de acordo com as regras que pressupõem o direito igual e a impossibilidade de uso igual e concomitante entre as pessoas. Ora, a melhor forma de se garantir isso é não permitir a transferência de recursos e gastos públicos de uma área voltada à concretização de direitos fundamentais, admitindo, assim, que o legislador e o administrador públicos possam exercer suas discricionariedades no que se relaciona ao setor que receberá maiores investimentos e à forma como eles serão aplicados e alocados.

De acordo com esses parâmetros, o Judiciário não deixa de ter uma atuação importante no âmbito dos direitos sociais e coletivos, haja vista que, caso se verifique a possibilidade orçamentária do Poder Público daquela esfera política ou caso se constate que os gastos públicos não foram direcionados à satisfação dos direitos fundamentais, o Juiz não apenas pode como deve determinar à Administração Pública que satisfaça os interesses legítimos do impetrante. Isso ocorre porque, como já tivemos oportunidade de mencionar no Capítulo antecedente, o Poder Público não possui discricionariedade para escolher se deve dar prioridade aos gastos com direitos fundamentais ou com outros, pois segundo a interpretação sistemática da Constituição Federal, os direitos constitucionalmente elencados, denominados “fundamentais”, possuem prioridade absoluta.

A situação de escassez, fundamento máximo da alegação da Reserva do Possível, apenas poderá ser aceita como argumento judicialmente válido, portanto, caso se comprove

que não foi gerada por uma escolha deliberada do administrador (ou legislador) público que tenha preterido as prioridades conferidas pela Constituição Federal.

Dessa forma, podemos tomar como base um exemplo hipotético para ilustrar melhor a situação: um Município que tivesse disponibilizado todos os seus gastos orçamentários direta ou indiretamente com os direitos fundamentais que se encontram na sua órbita de competência constitucional não poderia ser obrigado a transferir parcela desses recursos para a satisfação de interesses – relativos, por exemplo, a direitos sociais – de um demandante judicial. No entanto, em outro exemplo, caso um Município tivesse disponibilizado, no decorrer do exercício financeiro, apenas parcela de seus gastos com direitos fundamentais e outra parcela para gastos com publicidade que enfocassem a melhoria da imagem do Prefeito, esta última parcela poderia ser objeto de transferência para a satisfação de interesses legítimos de um impetrante judicial. Essa realocação de recursos por meio de decisão judicial seria legítima, pois visaria cumprir um desiderato constitucional, que é o de dar preferência aos direitos ali elencados, tendo por objetivo o máximo provimento e efetividade de tais direitos em âmbito social.

Outra questão que, apesar de não ter sido direta e expressamente abordada na decisão ora referida foi a respeito do interesse público. O Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça considera a possibilidade de a Administração Pública conseguir atingir o interesse público primário – o da coletividade, e não o do aparelho burocrático estatal – mesmo sem a interferência do Poder Judiciário, na hipótese em que utiliza recursos públicos para a finalidade constitucional de concretizar os direitos fundamentais em geral.

Com base nesse raciocínio acima, poderia ser dito que, numa situação em que o Poder Público comprova em juízo o gasto de recursos orçamentários com a satisfação de direitos sociais e coletivos, o que está em jogo são dois interesses públicos diferentes: aquele do impetrante judicial, que pretende satisfazer seu interesse legítimo pela atuação estatal e aquele dos demais indivíduos agraciados com os direitos concretizados por meio de políticas públicas realizadas pelo Poder Público.

Desse modo, diante da falta de dinheiro para suprir o interesse público primário do impetrante tendo em vista a alocação de todos esses recursos para o suprimento do interesse público primário dos demais administrados pela efetivação de seus direitos por meio de políticas públicas, deve prevalecer o segundo, haja vista que esse propósito já havia sido definido pelo legislador e administrador públicos no seu âmbito reconhecido de discricionariedade.

Percebe-se, desse modo, que os paradigmas para a aceitação da tese da Reserva do Possível, de acordo com essa Jurisprudência, permanecem rígidos, haja vista que o administrador público deve comprovar que houve a satisfação de alguma espécie de interesse público primário (benefício revertido à sociedade por meio de políticas públicas) para que efetivamente se possa eximir de realocar os recursos para satisfazer os interesses legítimos do demandante judicial.

A análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto a essa questão permite também que se constate que o Ministro Relator não emite qualquer juízo de valor antecipado e infundado acerca da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos sociais, diferentemente da atuação do Relator do julgamento da ADPF n. 45. Vale dizer, portanto, que a constatação de uma má atuação ou uma má gestão do administrador quanto aos recursos públicos deve ser analisada sempre a partir de cada caso, verificando se houve efetiva sobra de recursos ou se estes foram aplicados para a concretização dos direitos fundamentais ou não.

Essa postura mais objetiva e flexível da Jurisprudência deste Tribunal, em comparação à proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 45, permite que sejam mais bem avaliadas as consequências sociais (extraprocessuais) de uma decisão judicial, para que possam servir, mesmo que não diretamente, como termo ou parâmetro para que as sentenças. De acordo com essa Jurisprudência, não se deve levar em consideração apenas os interesses do impetrante – ou da coletividade de impetrantes – que vão a juízo reivindicar seus interesses, mesmo que legítimos, mas também há que se atentar para os prováveis efeitos que determinada decisão judicial surtirá naqueles que não tiveram oportunidade de participar do processo.

CONCLUSÃO

A análise comparativa de ambas as Jurisprudências, que trouxeram à baila os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, permite a compreensão das diferenças intrínsecas que existem entre elas.

A forma como o Supremo Tribunal Federal entende a questão dos direitos sociais, como tivemos oportunidade de notar na ADPF nº. 45, é mais radical, no sentido de se conceder menos espaço para a discricionariedade do Poder Público – leia-se: Poderes Executivo e Legislativo – na definição da alocação de recursos, mesmo que estes sejam direcionados para a concretização de direitos fundamentais. Compreende-se que a maioria dos Ministros desse Tribunal, quando se deparam com uma situação em que o impetrante, seja em Ação individual ou em Ação Coletiva, pede a satisfação de algum interesse relacionado a direito social ou coletivo, a mera constatação da legitimidade desse interesse praticamente já basta para que a tutela seja deferida.

Costuma-se argumentar que a Reserva do Possível só será aceita numa situação em que o Poder Público conseguir comprovar a efetiva falta de recursos para suprir a demanda judicial. Dessa forma, sendo o interesse do impetrante legítimo e tendo o Poder Público recursos disponíveis, mesmo que pudessem ser destinados para uma finalidade diferente, a satisfação da demanda será colocada em ponto prioritário. O silogismo se mostra claro: se existe um direito subjetivo e se o responsável por ele, de acordo com a dicção constitucional, é o Poder Público, este, dispondo de condições orçamentárias, deve levar a efeito a concretização desse direito.

Não se questiona se essa prioridade acabará por prejudicar indiretamente aqueles indivíduos que dependeriam de políticas públicas, as quais não poderiam se concretizar devido à realocação de recursos imposta pelo Judiciário. Nesse prisma, a escassez apenas ocorreria nas hipóteses em que o Poder Público não tivesse dinheiro suficiente para dar efetividade ao direito subjetivo do demandante. Não se leva em consideração a escassez de recursos ocasionada pela decisão judicial que determina a transferência de gastos de áreas eleitas como prioritárias em políticas públicas. Nesse último caso, a decisão não atingiria negativamente o impetrante judicial, mas sim, de forma mais difusa e indeterminada toda a coletividade de pessoas, especialmente aqueles mais dependentes das políticas públicas para o resguardo de seus direitos fundamentais.

O Superior Tribunal de Justiça, em Jurisprudência mais recente, por sua vez, revelou uma visão diferenciada e inovadora em relação àquela trazida pelo Pretório Excelso quanto a tais pontos, optando especialmente por uma maior flexibilização no conceito e na aceitação da tese da Reserva do Possível e por uma interpretação mais abrangente da ideia de escassez de recursos.

Como foi possível perceber, de acordo com o estudo do Recurso Especial n. 1.185.474, foi reconhecida maior autonomia ao Poder Público – no que se refere aos Poderes Executivo e Legislativo de cada esfera da Federação – de decidirem em quais áreas iriam aplicar o dinheiro público, desde que a prevalência fosse conferida aos gastos com direitos fundamentais, conforme a interpretação teleológica da Constituição Federal. Dessa forma, a tese da Reserva do Possível poderia ser aceita pelo Poder Judiciário não apenas quando a Administração Pública comprovasse não possuir recursos suficientes para satisfazer os interesses legítimos do demandante judicial, mas também quando fosse comprovado que os recursos disponíveis para aquela esfera política seriam exclusivamente investidos na realização de políticas concretizadoras de direitos fundamentais em escala social.

Assim, seria possível dizer que o Superior Tribunal de Justiça, ao ponderar a respeito da escassez de recursos, sustenta uma visão mais ampla, no sentido de que devem ser levados em conta também as possíveis consequências maléficas para os indivíduos dependentes de políticas públicas caso haja uma transferência dos recursos orçamentários que seriam destinados a essas áreas para a satisfação de um demandante ou mesmo uma coletividade de demandantes judiciais. Os efeitos colaterais de uma decisão judicial que determinasse uma realocação de recursos, caso eles já estivessem destinados à implementação de direitos fundamentais – e apenas nessa hipótese –, passam, de acordo com tal visão, a fazer parte do cálculo dos juízes sobre o modo de considerar a escassez e os direitos fundamentais – especialmente os sociais e coletivos.

A atuação do Judiciário, portanto, de exigir a transferência de gastos para o benefício do interesse legítimo de um impetrante, lastreado na concreção de um direito fundamental, se restringiria àquelas hipóteses em que o ente político possuísse recursos para isso e quando estes não fossem destinados à realização de políticas públicas. Portanto, é levado em consideração que os integrantes do Legislativo e do Executivo, eleitos e com a responsabilidade de representar o interesse público primário, possuem melhores condições, aprioristicamente, de conhecer as reais necessidades daquela sociedade e definir como devem ser alocados os recursos orçamentários para a maior eficácia possível na concretização dos direitos fundamentais. Apenas nos casos em que, comprovadamente, os representantes não

atuem da maneira esperada – e exigida pelo constituinte – e promovessem gastos com áreas não relacionadas à realização destes direitos, caberia uma intervenção por parte do Judiciário, muitas vezes até mesmo no sentido de determinar que políticas públicas sejam postas em prática.

A apresentação das visões de ambas as Jurisprudências permite notarmos que, mesmo que estas cheguem a uma decisão semelhante na análise de casos concretos, a mudança na fundamentação e na interpretação de determinados institutos e no modo de lidar com eles é essencial para que possamos questionar os seus posicionamentos.

Conclui-se, assim, que a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de seu paradigma já analisado, traz uma resposta mais satisfatória à necessidade de compatibilização dos direitos fundamentais do postulante judicial, individual ou coletivo, com os direitos de igual hierarquia e importância dos membros da coletividade, que estão ausentes da demanda, mas que necessitam de políticas públicas para que seus interesses legítimos sejam satisfeitos.

Deve-se recordar, entretanto, que o novo parâmetro trazido pela Jurisprudência do STJ, que mereceu aqui uma atenção mais acurada, é apenas um dentre outros paradigmas possíveis em que orbita esse tema. Apenas para efeito de citação e para que sejam postos à luz, a título de exemplo, os outros critérios que estão sendo atualmente sustentados por parcela de nossa Jurisprudência, como formas de conciliação entre os direitos fundamentais sociais do impetrante e dos demais membros da coletividade, são:

- a) Preferência por ações judiciais coletivas, para que uma eventual realocação de recursos possa se dar em benefício de uma coletividade de impetrantes;
- b) Exigência de que o demandante seja hipossuficiente, ou seja, não possua capacidade econômica para custear, ao menos em parte, sua pretensão, caso esta não esteja previamente contemplada em políticas públicas;
- c) Existência de políticas públicas ou medidas alternativas, que não demandem uma realocação de recursos, para a concreção do direito do demandante.

Essa análise pormenorizada dos argumentos e dos paradigmas das decisões judiciais deve ser considerada essencial para que se proceda a uma análise crítica, haja vista que é a partir de tais elementos que será possível verificar se os direitos fundamentais estão sendo efetivamente respeitados em escala mais ampla, seja em nível individual, seja em âmbito social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**, São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**, Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 34, nº 133, jan – mar 1997
em:http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_133/r133-10.PDF Acesso em: 10 nov. 2007.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

DE CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos. **Impacto Deslocativo no Orçamento Público Estadual em Face das Decisões Judiciais** – Novas Abordagens do Orçamento Público, Belo Horizonte, 2011
http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SOF/sof2011/arquivos/3_Lugar_Tema_2_Sebastiao_Helvelio_Ramos_de_Castro.pdf

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 28ª edição, Ed. Malheiros, 2011, revista e atualizada até a EC 67/2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 1ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 5ª edição, Editora Método, São Paulo, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custo dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, – Revista Direito GV São Paulo – Jul a Dez de 2008.