DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO DE TODOS? O DEVER ÉTICO CONSTITUCIONAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

JOÃO CARLOS NAVARRO DE ALMEIDA PRADO

Resumo: este trabalho tem por escopo a concretude dos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social, no que tange ao dever do Estado de realizar medidas positivas para dar pleno cumprimento aos comandos constitucionais. É analisado o conflito entre o dever ético constitucional de efetivação dos direitos sociais e a alegada reserva do possível como causa da ausência de adequados serviços públicos garantidores destes direitos.

Palavras-chave: reserva do possível, serviços públicos, educação, saúde, omissão estatal.

1. Os direitos fundamentais e sua evolução

1.1 As primeiras declarações de direitos

Os direitos fundamentais nasceram como sendo aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual, aí o porquê da denominação de *fundamentais* a tais direitos.

Se o próprio direito surgiu da necessidade de regular as relações entre os indivíduos em sociedade, era necessário estabelecer, *ipso facto*, uma esfera de proteção do indivíduo em face de seus pares e em face do próprio Estado. Assim, as primeiras declarações de direitos foram marcadas por este caráter individualista, por meio do qual o soberano deveria se abster de violar um mínimo garantido aos cidadãos[1].

Neste diapasão, a Magna Carta Inglesa, de 1215, surgiu como uma reivindicação dos barões, que impuseram ao Rei João Sem Terra o reconhecimento de determinados direitos que não poderiam ser transpostos pelo poder monarca. É dizer: a idéia de declaração de direitos veio, num primeiro momento, a servir como arma da população em face dos abusos perpetrados pelo governante que, até então, desconhecia quaisquer espécies de limitações. O próprio movimento constitucionalista surgiu com esta mesma intenção de limitar o poder estatal.

[1] Abrangidos aqui somente aqueles que cada Estado assim reconhecia, excluídos, *v.g.*, os estrangeiros, os escravos, os plebeus.

A respeito das primeiras declarações de direito e do movimento constitucionalista, pondera magistralmente o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Curso de Direito Constitucional, 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 286-287):

> As declarações de direitos são um dos traços mais característicos do Constitucionalismo, bem como um dos documentos mais significativos para a compreensão dos movimentos que o geraram. Sem dúvida, a idéia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia, continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média (...)

A consagração deste ideal veio a cume com a Revolução Francesa (1789-1799), na qual os revolucionários, munidos pelos ideais de *liberdade, igualdade e fraternidade*, proclamaram a Declaração de Direitos do Homem, que estabelecia, em seu artigo 16: "Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição".

1.2 A evolução dos direitos fundamentais e suas gerações

Com o passar do tempo, influenciados, dentre outras causas, pela doutrina iluminista do Século XVIII, pelos constantes abusos do absolutismo, pela base filosófico-religiosa e pelo contexto econômico[2], a população, notadamente após o fim da Primeira Guerra Mundial, passou a ver como insuficientes os direitos a ela assegurados em suas declarações de direitos.

Não bastava que o Estado se quedasse inerte, abstendo-se de violar direitos básicos do indivíduo como vida e liberdade, sem, contudo, favorecer os mais necessitados.

O liberalismo econômico, fundado na doutrina pré-Revolução Industrial de Gournay do *laissez faire, laissez-passer, et le monde va de lui-même* era benéfico apenas aos detentores dos meios de produção, que usavam do seu poder para explorar a farta mão-de-obra em condições desumanas de trabalho.

Por outro lado, os tributos pagos pela população não deveriam servir de sustento dos já abastados governantes sem que houvesse uma contrapartida em favor da sociedade.

[2] As causas mencionadas são abordadas novamente pelo brilhante professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (ob. cit. p. 287-290).

Neste sentido, surgiu a reivindicação em prol dos direitos sociais, ditos de segunda geração, com o escopo de melhorar as condições de vida e de trabalho para todos.

Se os direitos fundamentais nitidamente individuais ou de primeira geração — as chamadas *liberdades clássicas* — importaram em um dever de abstenção por parte do Estado (evitando as ingerências governamentais), os direitos sociais, contrariamente, almejam prestações positivas do Poder Público, beneficiando aqueles que não podiam, por si sós, exercer todos os seus direitos. Assim, podem ser entendidos como direitos de conteúdo econômico-social, que visam melhorar as condições de vida e de trabalho para todos.

A evolução prosseguiu com a consagração de direitos de terceira geração, de caráter metaindividual, atinentes ao ideal de fraternidade ou solidariedade. O gênero direitos ou interesses metaindividuais é representado pelas espécies de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, classificação esta adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único da Lei 8.078, de 13 de setembro de 1990).

Hodiernamente, fala-se em direitos de quarta geração, inerentes ao patrimônio genético, incumbido de discussões polêmicas relativas à bioética, como a clonagem humana e a manipulação de embriões. Há quem defenda, outrossim, o reconhecimento de direitos de quinta geração, ligados à telemática, à *internet* e ao mundo digital (ou seria virtual?). Ambas as evoluções, contudo, carecem de maior aceitação, sendo sementes plantadas que serão germinadas para colheita no futuro, quiçá não muito distante.

2. Os direitos sociais

2.1 As Constituições brasileiras e sua consagração

De diversas partes do mundo vieram as influências dos direitos sociais, que não demoraram a encontrar guarita no Brasil. São especialmente mencionadas pela doutrina a Constituição Alemã de Weimar (1919), do México (1917), Espanha (1931).

No Brasil, a Constituição do Império de 1824, bem como a primeira da República, de 1891, embora já consagrassem direitos individuais, não se dedicaram aos direitos sociais. Isto só veio a ocorrer com a Revolução Constitucionalista de 1932, que levou à promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, trazendo significativos

avanços nas áreas de educação[3], bem como elencando direitos do trabalhador (art. 121, § 1º, alíneas *a* a *j*). No pertinente à saúde, restringiu-se a traçar algumas regras de competência.

A Constituição "polaca", outorgada por Getúlio Vargas em 1937, dado o seu caráter ditatorial, não surtiu avanços no trato da matéria, embora tenha dedicado exacerbada preocupação com a educação[4], imputando-a como obrigação inarredável do Poder Público, e mantendo a consagração de direitos do trabalhador (art. 137, alíneas *a* a *n*).

Com a redemocratização do país e a conseqüente promulgação da Constituição de 1946, foram ampliados os direitos do trabalhador (art. 157 e seus dezessete incisos), constitucionalizando algumas normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943). Sobre a educação, estabeleceu-se a gratuidade do ensino primário oficial, bem como do "ulterior ao primário para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos" (art. 168, inciso II).

[3] A esse respeito, cumpre transcrever algumas normas:

Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

(...)

Art 156 - A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

[4] Nesse sentido:

Art 128 - A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares.

É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino.

(...)

Art 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967, sob a égide do regime militar instaurado pelo golpe de 1964, manteve — ao menos no plano formal — as garantias dos trabalhadores (art. 158) e os ditames básicos da educação (art. 168[5]).

2.2 Os direitos sociais e a Constituição de 1988

A Constituição promulgada no dia 05 de outubro de 1988 é, de longe, a que mais assegura direitos ao povo, tanto individuais como sociais, agora previstos em capítulo próprio, dentro dos direitos sociais. Não à toa foi carinhosamente chamada pelo presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, de *Constituição Cidadã*, dado o seu caráter altamente democrático.

Veja as palavras do magistral Manoel Gonçalves Ferreira Filho (ob. cit. p. 294):

> A declaração contida na Constituição de 1988 é a mais abrangente e extensa de todas as anteriores. Inclui, como é óbvio, as liberdades públicas clássicas, conferindo excepcional ênfase aos direitos concernentes à matéria penal. Por outro lado, inova ao prever, por exemplo, o direito de informação, a defesa do consumidor, etc.
>
> Além de consagrar os 'Direitos e deveres individuais e coletivos', a Declaração de 1988 abre um capítulo para os direitos sociais, que vinham sendo, desde 1934, inseridos no capítulo da 'Ordem econômica e social'.

Assim, a Constituição Federal apresenta, logo após os princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. O Capítulo I compreende os *direitos e deveres individuais e coletivos*[6-7]. A seguir, o Capítulo II é reservado aos direitos sociais (arts. 6º a 11), seguido pelos Capítulos III – Da Nacionalidade (arts. 12 e 13); IV – Dos Direitos Políticos (arts. 14 a 16); e V – Dos Partidos Políticos (art. 17).

[5] Embora seu § 3º, inciso VI, tenha garantido a liberdade de cátedra, não foi o que ocorreu, havendo, inclusive, perseguição aos professores que se manifestassem contrariamente ao regime instituído.

[6] A sugestão de se abrir um capítulo exclusivo destinado aos direitos coletivos acabou rejeitada pela Assembléia Nacional Constituinte.

[7] O art. 5º compreende o que as constituições anteriores chamavam de *Declaração de Direitos*. Observa-se que parte da doutrina aponta como forte traço democrático a transposição do rol de direitos individuais, que sucediam a organização do Estado e dos Poderes (art. 150 da Constituição de 1967) para o início do texto constitucional, antecedendo toda organização política brasileira, o que seria uma forma de ressaltar a importância do indivíduo na nova Carta Política. Contudo, esta teoria é refutada até por membros da Constituinte, como o então Deputado Federal e hoje presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Nelson Jobim, que confidenciou, em resposta a uma pergunta formulada em palestra proferida na Faculdade de Direito da Uni-FMU, em 12 de maio de 2005, que tudo não passou de uma questão regimental, tendo em vista que a votação desta matéria comprometeria as demais.

Em relação aos direitos sociais, a estrutura apresenta algumas deficiências. Isto porque, após a Lei Magna elencar os referidos direitos no seu art. 6º[8], o Capítulo II do Título II trata dos direitos dos trabalhadores (art. 7º), da organização sindical (art. 8º), do direito de greve (art. 9º), da participação de trabalhadores em colegiados de órgãos públicos (art. 10) e da existência de um representante dos empregados em empresas cujo número destes exceda a duzentos (art. 11).

Deste modo, todos os demais direitos sociais referidos expressamente no art. 6º não são tratados dentro do referido título, sendo encontrados, em sua maioria, no Título VIII da Lei Fundamental, destinado à Ordem Social[9].

Seja por opção do legislador constituinte, seja por falha na sistematização do texto final[10], os direitos sociais encontram-se distribuídos ao longo da Constituição.

2.3 Direitos sociais e direitos fundamentais

Do ponto de vista sistemático, é claro que os direitos fundamentais são o gênero dentro do qual os direitos individuais e coletivos e os direitos sociais, além da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos são espécies.

Contudo, convém enfatizar esta classificação, a fim de dirimir eventuais dúvidas de aplicabilidade e hermenêutica constitucional.

Em primeiro lugar, o cabimento dos remédios constitucionais previstos no artigo 5º, entre os direitos individuais e coletivos (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção e ação popular), são cabíveis tanto em relação aos direitos individuais e coletivos do mesmo artigo 5º, como também em relação aos demais direitos fundamentais. Além disso, a norma de aplicabilidade calcada no § 1º do art. 5º refere-se, igualmente, a todos os direitos e garantias fundamentais, pois foi esta a expressão utilizada

[8] "São direitos sociais a educação, a saúde, 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" (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu o direito de moradia).

[9] *V.g.*, saúde (arts. 196 a 200), previdência social (arts. 201 e 202) e educação (arts. 205 a 214).

[10] É de conhecimento público que a Comissão de Sistematização, incumbida de aparar as arestas do texto que estava sendo elaborado, com o fito de lhe dar coerência e organização, teve em muito seu trabalho prejudicado pela falta de tempo para o exercício desta salutar tarefa, o que gera prejuízos ao interprete que pretende se valer da interpretação sistemática. Não é à toa que esta Constituição já foi chamada de uma "colcha de retalhos". Aliás, o curioso Título IX, sob a alcunha de *disposições constitucionais gerais*, apresenta normas desconexas, sem nenhum cunho de generalidade na sua grande maioria.

pelo legislador constituinte originário[11], de sorte que outra interpretação seria feita ao arrepio do texto constitucional.

Trazendo este entendimento, MORAES, Alexandre de, *in Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 178:

> A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do Poder Público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício.

Por fim, no que pertine ao alcance da cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inciso IV, há divergência na doutrina. Poder-se-ia sustentar que se o constituinte originário entendeu por bem utilizar a expressão *direitos e garantias individuais* ao instituir as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição, é porque quis excluir os direitos coletivos, bem como quaisquer outros direitos fundamentais, inclusive os sociais. Esta interpretação literal ou gramatical, contudo, poderia prejudicar a determinação da *mens legis*, que, muitas vezes, contraria a literalidade do texto.

Assim, pacificou-se o pensamento de que todos os direitos individuais e coletivos previstos no art. 5º, além dos implícitos, decorrente do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior, nos termos do § 2º do art. 5º, são cláusulas pétreas. Além deles, os direitos individuais fora do art. 5º, como as garantias tributárias do art. 150, III também o são[12].

Já em relação aos direitos sociais, embora permaneça a polêmica, o pretório excelso sinalizou no sentido de estarem protegidos pelo manto da intangibilidade, ao apreciar a mesma ADIn nº 939-07.

A referida decisão foi objeto dos seguintes comentários do augusto jurista Alexandre de Moraes (op. cit. pp. 594 e 595):

> Importante, também, ressaltar que na citada Adin nº 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco

[11] Art. 5º. § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[12] Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 939-7/DF, em relação ao princípio da anterioridade tributária.

Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

2.4 Os direitos sociais em espécie

2.4.1 O trabalho

À semelhança do que ocorrera nas Constituições anteriores, a Carta de 1988 trouxe um rol prevendo uma série de direitos dos trabalhadores, em um amplo rol meramente exemplificativo de trinta e quatro incisos no art. 7º. Muitas destas garantias já encontravam repouso na legislação ordinária, especialmente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Em sua grande maioria, as garantias trabalhistas estão consubstanciadas em normas de eficácia limitada, que dependem da atuação posterior do legislador ordinário regulamentando o mandamento constitucional. É o que ocorre com a proteção da relação de emprego[13] (inciso I), proteção do salário (inciso X), participação nos lucros e resultados (inciso XI), salário-família (inciso XII), licença-paternidade (inciso XIX), proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX), aviso prévio (inciso XXI), adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade (inciso XXIII), proteção em face da automação (inciso XXVII).

Por outro lado, a Lei Política Fundamental possibilitou a flexibilização de alguns direitos mediante os instrumentos de acordo e convenção coletiva de trabalho, os quais são expressamente reconhecidos, *ex vi* do art. 7º, inciso XXVI. É o caso da irredutibilidade do salário (inciso VI), duração da jornada de trabalho (inciso XIII), incluindo os realizados em turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV).

Por fim, outras proteções também teriam sua eficácia limitada, mas não pela necessidade de *interpositio legislatoris*, mas de políticas públicas aptas a alcançar os objetivos colimados na Lei Republicana, ou ainda por meio de atividade fiscalizadora ou incentivos governamentais. É o caso da redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII)[14], assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas (inciso XXV), proibição de

[13] Muito embora o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tenha fixado, provisoriamente, uma multa no valor de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como a estabilidade em favor dos empregados eleitos para cargos de direção de comissões internas de prevenção de acidente (os denominados "cipeiros") e da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

[14] Embora o atingimento destes preceitos também possa ocorrer pela atuação do legislador ordinário.

diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX), proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI) e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII).

2.4.2 A saúde

A *Lex Maxima* manteve as diretrizes gerais advindas das constituições anteriores, considerando a saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", *ex vi* do disposto no art. 196.

São, outrossim, estabelecidos os ditames gerais do sistema único de saúde, inclusive com a exigência de aplicação de montantes mínimos na esfera de todos os entes políticos (art. 198 e §§ 1º a 4º)[15].

Por fim, a Carta Política dispõe sobre a atuação da iniciativa privada na área da saúde, inclusive sobre a possibilidade de colaboração desta com o Poder Público (art. 199 e §§ 1º a 3º) e algumas atribuições do sistema único de saúde (art. 200).

2.4.3 A previdência social

As regras básicas sobre os benefícios do regime geral da previdência social, especialmente a aposentadoria, bem como do regime de previdência privada, estão insertas nos arts. 201 e 202 da Lei das Leis.

Esta matéria é, certamente, uma das que mais foi objeto de atenção e, conseqüentemente, de alterações do poder constituinte derivado reformador (vide, especialmente, as Emendas Constitucionais 20/1998 e 47/2005[16]), sempre com o fito de

[15] Vale ainda lembrar que a aplicação do mínimo exigido da receita de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde constitui princípio constitucional sensível, cujo descumprimento dá ensejo à ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

[16] Além da Emenda Constitucional nº 41/2003, que alterou profundamente o regime de aposentadoria dos servidores públicos, instituindo, inclusive, a polêmica "taxação dos inativos".

reduzir os gastos do Poder Público com sua autarquia responsável — o Instituto Nacional da Seguridade Social —, incumbida de conceder os benefícios a toda população.

2.4.4 A assistência social

Os diversos objetivos da assistência social[17], que se confundem com suas atividades, apresentam como grande traço característico o fato de serem prestados "a quem deles necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social", nos termos do *caput* do art. 203.

Mais do que direitos, são atividades de grande relevância para as parcelas menos abastadas da população, que encontram na assistência social um último refugo ou esperança para viver (*rectius*, sobreviver) com um mínimo de dignidade.

2.4.5 A educação

Assim como a saúde constitui "direito de todos e dever do Estado", além da família, e visa o "pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (art. 205), o ensino visa, dentre outras coisas, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e deve ser prestado gratuitamente, quando público, em estabelecimentos oficiais (art. 206, incisos I e IV).

Aliás, a gratuidade, juntamente com a obrigatoriedade, constituem garantias do povo e deveres do Estado no que toca ao ensino fundamental, inclusive aos que não o tiveram na idade própria (art. 208 *caput* e inciso I), além do atendimento em creches e pré-escolas às crianças até seis anos de idade (inciso IV). Estas características são ratificadas e reforçadas por duas normas de cristalina magnitude:

> Art. 208
>
> *Omissis*
>
> § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

[17] Elencados nos incisos do art. 203, quais sejam: "I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

> § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Fica evidente, portanto, o papel do Poder Público para com a educação, a qual deverá ser prestada a todos que dela necessitarem, sem qualquer limitação quantitativa.

O ensino também é dotado de um mínimo de recursos próprios a serem aplicados pela União, estados, Distrito Federal e municípios, segundo o mandamento constitucional do art. 212.

2.4.6 Os demais direitos sociais

A Constituição ainda prevê disposições ligadas à cultura (arts. 215 e 216) e desporto (art. 217), bem como proteção à família, criança, adolescente e idoso (arts. 226 a 230), inclusive estabelecendo obrigações ao Poder Público no acesso e difusão destas matérias.

3. Os direitos sociais e o princípio da igualdade

O princípio da igualdade tem assento constitucional logo no *caput* do art. 5º, incluído entre os direitos básicos do indivíduo, ao lado da vida, da liberdade, da segurança e da propriedade[18]. Não contente com isto, o inciso I do mesmo artigo 5º dispõe que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição".

Por certo, o que se busca não é, simplesmente, estabelecer tratamento milimetricamente igual a todas as pessoas e em todos os aspectos. Do contrário, busca-se vedar a previsão de privilégios indevidos, injustificados, cujo fator de discriminação não se apresente válido no caso concreto. É nesse sentido que se mostra a igualdade material, enunciada por Aristóteles, na célebre premissa de se "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades".

[18] Aliás, a tamanha preocupação com o princípio da igualdade levou o legislador constituinte a ser até, de certo modo, redundante, ao estabelecer que "todos são *iguais* perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se (...) a inviolabilidade do direito à (...) igualdade (...)". Todavia, a preocupação justifica-se, como forma de tentar combater todos os privilégios então existentes sob a égide do regime constitucional anterior, embora, ainda hoje, alguns deles se mantenham, especialmente no que tange aos detentores de mandatos parlamentares.

No mesmo diapasão, o constituinte originário fixou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais, *ex vi* do art. 3º, inciso III.

Transpondo o raciocínio para o tema central, é de se afirmar que todos devem ter acesso aos direitos sociais, cabendo ao Poder Público a obrigação de provê-los àqueles que, pelas próprias forças, não têm condições de exercê-los. Portanto, a igualdade pressupõe tratamento desigual, favorecendo os mais necessitados para que, de fato, possa ser alcançada a almejada igualdade material.

Coaduna com estas idéias o magistral José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 285-286):

> Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações socialmente desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Todavia, sérios entraves de natureza política e econômica podem obstaculizar a concretização dos direitos sociais e, destarte, do cumprimento dos ditames constitucionais. É o que se verá a seguir.

4. A efetividade dos direitos sociais

4.1 A questão política e financeira

Direitos sociais, como a disponibilização de creches, pré-escola, ensino fundamental e saúde, dependem de vontade política em desenvolver um planejamento adequado para que tais serviços possam ser desenvolvidos com a qualidade e eficiência adequadas.

Não obstante, há de se reconhecer que não basta vontade política, pois tais ações governamentais hão de ser feitas com o dispêndio de significativos recursos do erário. Neste sentido, o planejamento orçamentário, mais do que uma lei, é uma decisão política, na medida

em que a utilização de recursos em um determinado setor, implica na conseqüente não utilização dos mesmos valores em outro.

Assim, incumbe a cada governo estabelecer suas prioridades e traçar os meios de atingi-las, malgrado o dever de não abandonar à própria sorte os demais setores em que o Poder Público tem a obrigação de atuar.

Por óbvio, as regras constitucionais e legais que estabelecem montantes mínimos a serem aplicados na educação e na saúde mal são suficientes para a manutenção adequada dos serviços em funcionamento, o que se dirá, então, de sua ampliação!

Deste modo, chega-se a uma melancólica constatação, embora de certeza inegável: o Estado não tem condições financeiras — embora muitas (ou algumas) vezes possa haver vontade política — de atender a toda população no que respeita a todos os direitos sociais.

Desde o destacamento da área física, passando pela construção do prédio que abrigará a atividade, pela destinação de pessoal devidamente remunerado e compra de aparelhos e máquinas necessários, até os serviços de manutenção e aquisição de materiais de uso contínuo, a criação de um novo serviço público de atendimento envolve recursos vultuosos. Assim, o administrador encontra-se constantemente no dilema entre construir um hospital completo ou uma nova escola, um conjunto habitacional ou uma estação de tratamento de água, um pouco de tudo ou muito de pouco, etc. Deste modo, aos olhos do povo, o bom político não será aquele que faz tudo, mas que possui prioridades coincidentes com as do seu eleitor.

4.2 Os problemas ocasionados

Diante desta situação constantemente caótica é que surgem os conflitos entre o cidadão e o Estado, quando aquele tem determinado pedido negado por este sob a alegação de falta de vagas, carência de recursos financeiros ou coisa que o valha.

Na educação e na saúde, tais problemas são vividos diuturnamente pela população carente, seja nos grandes centros urbanos, seja nos povoados mais afastados. Em tais situações, o indivíduo se vê obrigado a pleitear, junto ao Poder Judiciário, aquilo que lhe fora denegado pela Administração Pública. Estas situações serão cuidadosamente tratadas.

4.3 Carência de serviços públicos de creches, pré-escolas e ensino fundamental

Muitas mães dependem de vagas em creches e pré-escolas para deixar seus filhos durante o período de trabalho. A falta dessas vagas impossibilita a atividade laboral e, conseqüentemente, o próprio sustento dos infantes. É um ciclo vicioso que se instaura.

Hodiernamente, muitos lares são sustentados exclusivamente por mães — solteiras, separadas, divorciadas ou mesmo viúvas. Aquelas que não têm com quem deixar seus filhos certamente terão problemas em manter ou obter um posto de trabalho. Assim, o mercado de trabalho da mulher deve ter, como um de seus maiores incentivos, a abertura de vagas em creches e pré-escolas em número suficiente para atender a população.

Tais reivindicações tem por escopo implementar o mercado de trabalho da mulher, constitucionalmente protegido no já mencionado art. 7º, inciso XX.

A esse respeito, a Consolidação das Leis do Trabalho, no Título III, destina o Capítulo III à proteção do trabalho da mulher. Muitas destas normas, dado o seu atavismo, encontram-se superadas, sendo incompatíveis com a igualdade entre os sexos promovidas pela *norma normarum* (art. 5º, inciso I). Todavia, algumas delas são de grande valia, como a regulamentação da licença gestante, o direito de amamentar os filhos até seis meses de idade durante a jornada de trabalho (art. 396) e os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período de amamentação (art. 400).

Sobre creches e pré-escolas, há apenas a seguinte norma vigente:

> Art. 397 - O SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, escolas maternais e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas.

Embora louvável, a proteção é insuficiente, pois a manutenção ou subvenção será feita de maneira amplamente discricionária, *de acordo com suas possibilidades financeiras*, sem que haja um mínimo exigido para que a regra possa ser, de fato, cogente e objeto de fiscalização.

Por outro lado, uma norma que obrigasse empresas a manter serviços de creches e pré-escolas poderia voltar-se contra as próprias beneficiárias, tendo em vista que o empregador, para não incidir nestes gastos, optaria por não manter trabalhadoras com filhos em idade pré-escolar entre seus empregados.

Assim, o grande responsável pela prestação destes serviços é realmente o Poder Público, que não pode se desincumbir deste encargo, transferindo-o a particulares, sem que haja nenhuma prestação. É dizer: somente mediante incentivos específicos e compensadores poderá ser satisfeita a prestação pelas empresas privadas. Mesmo assim, aqueles que se dedicam ao trabalho informal ou estão a procura de um novo emprego ficarão à deriva, de sorte que o Estado deve sempre arcar com sua responsabilidade.

4.4 O acesso ao ensino superior

Antagonicamente do que ocorre, de modo geral, no ensino fundamental, no que tange à questionável qualidade, o ensino superior público é almejado pela grande maioria dos futuros universitários. Este, além de gratuito, apresenta qualidade inquestionável[19]. O acesso, neste caso, é feito por critérios meritórios, aferidos em vestibulares muitíssimos concorridos.

Deste modo, somente ascendem às universidades públicas aqueles alunos que tiveram uma preparação qualificadamente mais adequada, seja por boas escolas ou pela freqüência a cursos preparatórios pré-vestibulares — ambos, em geral, com preços elevados, muitas vezes até inacessíveis, à maioria da população.

Como conseqüência, alunos oriundos da rede pública dificilmente obtêm colocação em universidades públicas, onde as vagas são, em grande parte, preenchidas por estudantes advindos de escolas particulares.

Preocupado em mudar as estatísticas, o Poder Público criou recentemente dois programas visando beneficiar os alunos mais necessitados: o sistema de reserva de vagas para afrodescendentes, indígenas e portadores de deficiência em universidades públicas e a concessão de bolsas de estudo para serem usufruídas em universidades particulares, o chamado PROUNI[20] – Programa Universidade para Todos, regulamentado pela Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.

[19] Ainda que, freqüentemente, haja um grande prejuízo aos estudantes em razão das greves que assolam as universidades públicas.

[20] "O ProUni - Programa Universidade para Todos - é o maior programa de bolsas de estudo da história da educação brasileira. Criado pelo Governo Federal em 2004, e institucionalizado pela Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, possibilita o acesso de milhares de jovens de baixa renda à educação superior. Tem como finalidade a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais, a estudantes de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior, oferecendo em contrapartida, isenção de alguns tributos àquelas que aderirem ao Programa.

A medida é mais do que necessária, tendo em vista que as vagas em universidades públicas não podem crescer proporcionalmente à demanda. Não se defende aqui, contudo, que o Estado tenha o dever de arcar, exclusivamente por suas forças, com a prestação de educação de nível superior para todos que a ela manifestarem interesse.

De um lado, é fundamental que as universidades públicas adotem, como critério primordial de acesso, o mérito, isto é, a capacidade intelectual aferida em exame de admissão[21]. Não obstante, diante do número insuficiente de vagas, muitos estudantes, ainda que de inteligência incontestável, poderão constituir excedente que as instituições públicas não poderão absorver. Destes, os menos afortunados terão o acesso ao ensino superior barrado, não por razões meritórias, mas pelas condições financeiras. Outros, de intelecto muitas vezes sofrível, poderão arcar com uma educação superior em entidades particulares, muitas delas de qualidade questionável[22].

Do exposto, é de se salientar que a educação pública superior deve atender aos estudantes mais habilitados, embora não possa se olvidar daqueles de melhores aptidões que, por uma infelicidade, não lograram a aprovação no vestibular e não possam arcar com os custos dos cursos privados.

Por fim, também não se pode postular que vagas sejam criadas desordenadamente, sob pena de comprometer a qualidade do ensino e a própria manutenção do sistema. Prova disto é a escassez de recursos que assolam as universidades públicas, estaduais e principalmente federais, que carecem de adequada manutenção, abrangendo reformas dos prédios, compra

---

Anualmente, as universidades federais brasileiras disponibilizam 122 mil vagas nos vestibulares. O ProUni, já no seu primeiro processo seletivo, ofereceu 112 mil bolsas integrais e parciais em 1.142 instituições de ensino superior de todo o país(...)

A implementação do ProUni, somada à criação de 9 universidades federais e 36 novos campi, amplia significativamente o número de vagas na educação superior, interioriza a educação pública e gratuita e combate as desigualdades regionais.

Todas estas ações vão ao encontro das metas do Plano Nacional de Educação, que prevê a presença, até 2011, de pelo menos 30% da população na faixa etária de 18 a 24 anos na educação superior, hoje restrita a 9% (...)" disponível em http://prouni-inscricao.mec.gov.br/prouni/Oprograma.shtm

[21] Como, tradicionalmente, tem ocorrido por meio do chamado *vestibular*.

[22] Algumas até deploráveis, que funcionam mesmo sem a autorização do órgão responsável, o MEC. No caso dos cursos jurídicos, o número de entidades aumentou, entre 1991 e 2003, em 326,6%. Como conseqüência, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) tem pleiteado a exigência de seu aval para a aprovação de novos cursos e a fiscalização dos já existentes. O próprio Congresso Nacional estuda projetos de lei visando tornar mais rígidos os critérios de avaliação para o funcionamento destes cursos, em vista dos lastimáveis resultados obtidos pelos bacharéis nos exames de habilitação da Ordem dos Advogados do Brasil, o que poderia ser utilizado como critério para impedir um curso de abrir novas vagas durante determinado período, conforme noticiou o período *Valor Econômico* em 10 de janeiro de 2006.

de materiais e, mais importante, remuneração condigna aos professores, motivo de greves constantes. Destarte, o caos nas universidades públicas não pode se tornar o caos das entidades particulares, que, algumas de qualidade ínfima, implicam em um grande número de vagas sem preenchimento[23].

4.5 Ausência de serviços públicos de saúde

A saúde é um dos bens mais preciosos do ser humano, pois é o primeiro pressuposto do direito à vida. De nada adianta garantir direito à educação, à moradia e tantos outros se não houver *a priori* condições mínimas de saúde.

À semelhança do que ocorre com relação ao ensino, aqueles que não auferem recursos suficientes para arcar com as próprias despesas de saúde devem ter esta necessidade provida pelo Poder Público, de modo que todos possam usufruir deste bem inestimável.

No afã de alcançar este desiderato, o governo federal tem, ao longo dos tempos, desenvolvido diversos programas de saúde, implementados atualmente pelo SUS – Sistema Único de Saúde. Um destes programas, mantido pelo governo que se findará em 2006, é a chamada *Farmácia Popular*, por meio da Fundação Oswaldo Cruz, nos termos da Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.090 de 20 de maio do mesmo ano. Basicamente, o programa fornece um rol de medicamentos a preços subsidiados e, assim, significativamente abaixo do valor de mercado. O Ministério da Saúde estabeleceu, em síntese, como *critérios utilizados para a definição do elenco de medicamentos do programa farmácia popular do Brasil*: principais doenças que atingem a população; medicamentos de maior impacto no orçamento familiar; relação nacional de medicamentos essenciais e sua cobertura; programas de assistência do MS (Ministério da Saúde); produção dos laboratórios oficiais; medicamentos genéricos registrados[24].

[23] Seja pelo desinteresse, seja pela inacessibilidade econômica.

[24] Disponível no *site* do Ministério da Saúde, em http://dtr2002.saude.gov.br/farmaciapopular/farmacia_popular_arquivos/documentos/criteriosparadefinicaodoelencofinal.pdf. Do documento consta logo em seu início que: "O elenco de medicamentos do Programa Farmácia Popular do Brasil foi definido mediante critérios epidemiológicos, considerando as principais doenças que atingem a população brasileira e cujos tratamentos geram maior impacto no orçamento familiar. Foram eleitos os medicamentos mais eficazes e seguros indicados para tratar tais doenças. Ou seja, são aqueles que apresentam o melhor resultado e o menor risco para os pacientes.

Não obstante o esforço governamental em implementar o seu programa de saúde com o escopo de atingir a universalidade de cobertura constitucionalmente pretendida, os atuais cento e seis medicamentos fornecidos[25] não são suficientes para todas as necessidades da população, especialmente aquelas relativas a doenças raras e/ou que dependem de medicamentos de custo elevado.

Outro grave problema que atinge a saúde pública é a falta de leito nos hospitais da rede pública[26]. Instaurou-se uma crise geral pela qual vários leitos acabam sendo fechados devido às precárias condições de higiene e saúde. E nos hospitais e ambulatórios que ainda mantêm o atendimento, a demanda é infinitamente maior do que a estrutura pode suprir.

O caos deu ensejo até em uma vã tentativa de intervenção da União no sistema de saúde do município do Rio de Janeiro, que foi devidamente rechaçada pelo colendo Supremo Tribunal Federal (mandado de segurança 25295/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 20/04/2005).

Muitas vezes, nem o Poder Judiciário tem condições de sanar a omissão estatal, como no trágico caso da jovem Milena, de nove anos, em que o tempo foi curto para a longa espera que a crise da saúde exige dos doentes crônicos. Noticiou o jornal carioca *O Globo*, em 28 de dezembro de 2005: *Ordem judicial para internação chega tarde, e menina morre*. Segundo o periódico, na terça-feira (27/12), depois de uma semana de espera no Hospital do Fundão, onde não há UTI pediátrica, a menina, hospitalizada com complicações de uma artrite psoriática (que provoca dores nas articulações e descamações na pele), morreu pouco antes de a família finalmente conseguir uma liminar da Justiça determinando a internação imediata dela numa unidade de tratamento intensivo especializada, fosse na rede pública ou privada. “Estava acertando os últimos detalhes com o juiz quando soube que ela havia falecido”, contou o tio de Milena, o pastor Jorge dos Santos Reis.

Casos como estes retratam um misto de descaso, falta de recursos e incompetência, além da afronta aos direitos fundamentais do indivíduo, tão caros na Lei Maior de 1988.

O elenco inicial de medicamentos compreende 94 apresentações farmacêuticas, apresentadas pelos seus nomes genéricos. Eles representam mais de 1200 marcas comerciais de medicamentos que são os nomes de fantasia registrados para o comércio farmacêutico.

[25] Além de preservativo masculino. Lista disponível em http://dtr2002.saude.gov.br/farmaciapopular/farmacia_popular_arquivos/conteudo/lista_completa.htm

[26] Sem contar a falta de materiais, equipamentos e médicos.

4.6 A defesa do Poder Público

Tecidas todas as críticas pela falta ou deficiência no cumprimento de seus deveres, é salutar conhecer o que tem o Poder Público a dizer, os fundamentos de sua defesa.

Diante da lapidar clareza dos preceitos constitucionais que asseguram direitos sociais aos indivíduos, não negam as autoridades públicas os ônus que sobre elas recaem. Um Estado social de direito deve sempre buscar o atingimento de todas as suas metas, consubstanciadas em uma Constituição dirigente[27], superando, progressivamente, os percalços eventualmente existentes.

Deveras, é de amplo conhecimento que os entes políticos não possuem condições de atender todas as necessidades de toda a população com moradia, saúde, educação, etc. Aí reside o principal fundamento invocado pelo Poder Público para se eximir de sua responsabilidade.

Fala-se, *in casu*, de uma *reserva do possível*, pela qual o Estado deve prestar, *v.g.*, saúde e educação a todos, mas *dentro de suas possibilidades*.

O raciocínio é de singela compreensão. Imagine-se que, num determinado momento, toda a população brasileira resolvesse procurar pelos serviços de saúde públicos, ignorando a existência dos planos privados de saúde. Teria condições, por mais comprometido que fosse o governo com a saúde do brasileiro, de atender a todos de maneira adequada e eficiente, com médicos e demais profissionais em número suficiente, fornecendo todos os remédios necessários, instalações para atendimentos de emergência e internações e equipamentos para a realização de todos os exames necessários, dentre outras coisas?

É óbvio que não! Ninguém há de sustentar o contrário.

Por mais desenvolvido e bem estruturado que seja, nenhum país poderá suportar uma abrupta e inesperada demanda por um serviço específico a cargo dos poderes públicos.

Mas, neste caso, poderia se imputar a responsabilidade civil estatal diante do descumprimento do seu mister de prestar saúde “a todos”?

[27] A esse respeito, o art. 3º do texto constitucional estabelece como “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Esta ilação compreende a reserva do possível, que impõe, pragmaticamente, óbices muitas vezes instransponíveis para as autoridades públicas em fornecer as prestações das quais estão obrigadas. Nenhuma outra pessoa poderia fazê-lo!

Sobre a reserva do possível, primordiais são as palavras do mestre Canotilho, para quem:

> Uma das maiores dificuldades surgidas na determinação dos elementos constitutivos dos direitos fundamentais é esta: os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantem. Por outras palavras: é o legislador ordinário que cria e determina o conteúdo de um direito social. (...) Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam (de primeira geração), em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Assim, qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação), mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Perante a agudeza desta crítica, desloca-se o cerne da questão para a indeterminabilidade jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais (...).[28]

5. A atuação do Poder Judiciário

5.1 A separação dos poderes

O modelo de tripartição dos poderes, elaborado por Montesquieu, tem por propósito "impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes", no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, ou nas palavras de Konrad Hesse, constitui a separação dos poderes "princípio constitutivo, racionalizador, estabilizador e limitador do poder do Estado".

[28] CANOTILHO, J. J. Gomes. In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 2003, pp. 481-482.

Assim, deve-se ver com certa cautela a apreciação por um poder de ato oriundo de outro poder, para que não ocorra ingerências e atingimento ao sistema de freios e contrapesos.

Fixadas tais premissas, cumpre notar que o Poder Judiciário em muitas oportunidades é chamado a se manifestar sobre o descumprimento, em casos concretos, dos deveres dos entes públicos quanto a prestações de direitos sociais.

De um lado, o direito de ação é garantia do cidadão, albergado entre os direitos e deveres individuais e coletivos, *ex vi* do art. 5º, inciso XXXV da CRFB, podendo qualquer pessoa levar ao conhecimento dos órgãos judicantes qualquer lesão ou ameaça ao direito. Contudo, em se tratando de atos administrativos, isto é, oriundos do Estado, esta atuação deve se pautar pela aferição dos critérios de legalidade e legitimidade, nunca sobre o mérito do ato. Trata-se de uma decorrência da separação dos poderes, um dos mecanismos de freios e contrapesos constitucionalmente petrificado (arts. 2º e 60, § 4º, inciso IV).

Em última instância, cabe ao Poder Executivo definir o que constitui o interesse público e, assim, administrar os seus recursos[29], não podendo o Poder Judiciário transpor esta seara.

O problema surge diante do descumprimento de normas de eficácia programática, que carregam deveres e objetivos indeterminados, que, por isso mesmo, não podem ter sua (in)observâcia milimetricamente aferida. Surge então o já referido conflito entre um direito assegurado "para todos" e a "reserva do possível" dos entes públicos.

Sobre estas questões, extrai-se a basilar preleção de Andreas Joachim Krell[30]:

> A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

[29] Observados, porém, os ditames legais e constitucionais, como a "aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde" (art. 34, inciso VII, *e* da Carta Política) — um dos princípios constitucionais sensíveis.

[30] Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, p. 22-23, 2002, Fabris. Citado no julgamento da referida ADPF 45.

> Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.
>
> No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.
>
> A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis. Normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).
>
> Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.
>
> A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

5.2 A visão do Supremo Tribunal Federal e alguns casos concretos

Em diversas ocasiões, o Poder Judiciário teve a oportunidade de se mostrar sensível apreciando controvérsias envolvendo deveres estatais relativos a direitos sociais.

Recentemente, em 26 de outubro de 2005, o colendo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, decidiu brilhantemente, apreciando o Recurso Extraordinário nº 436996/SP cuja ementa roga-se vênia para transcrever[31]:

> Ementa: criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão golbal do direito constitucioanl à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2°). Recurso extraordinário conhecido e provido.

[31] A decisão, ainda pendente de publicação oficial, teve seu inteiro teor transcrita no Informativo de Jurisprudência nº 407, divulgado em 09 de novembro de 2005, disponível no próprio *site* do tribunal, em www.stf.gov.br

> - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).
>
> - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.
>
> - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.
>
> - Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.
>
> - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional, a questão pertinente à "reserva do possível", doutrina.

No presente caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo moveu ação civil pública em face do município de Santo André, na região do ABC, objetivando matrícula de criança em creche municipal. Já em sede de embargos infringentes, assentou o Tribunal de Justiça que a questão reside na conveniência e oportunidade do Poder Público, tratando-se de ato discricionário da administração e, assim, rejeitando os embargos ministeriais.

Com sua peculiar maestria, na mencionada decisão, asseverou o Ministro Celso de Mello:

> É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação — que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, "*caput*") — qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "*facere*", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem aos titulares desse mesmo direito o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, "às crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV)".
>
> O *objetivo* perseguido pelo legislador constituinte, *em tema* de educação infantil, *especialmente se reconhecido* que a Lei Fundamental da República *delineou*, nessa matéria, *um nítido programa a ser implementado* mediante adoção de políticas públicas conseqüentes *e* responsáveis — *notadamente* aquelas que visem a fazer cessar, *em favor* da infância carente, *a injusta situação* de exclusão social *e de desigual acesso* às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola — *traduz meta cuja não-realização* qualificar-se-á como uma *censurável* situação de inconstitucionalidade *por omissão* imputável ao Poder Público.

Também em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, igualmente sob a batuta do sempre impecável Ministro Celso de Mello, decidiu o pretório excelso (ADPF nº 45 MC/DF, 29/04/2004, publicado no DJU de 04/05/2004):

> 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).

O reconhecimento de direitos sociais constitucionalmente garantidos, os quais o Estado se exime de prestar, implica na caracterização de inconstitucionalidade por omissão, que ocorre não só pela ausência de regulamentação normativa como também, *in casu*, pela não-efetivação de políticas públicas e prestações materiais requeridas pelo cidadão.

Neste diapasão, novamente há de se trazer a lição oriunda do Supremo Tribunal Federal, no (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello):

> Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público.

> - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.
>
> - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.
>
> (...)
>
> - A omissão do Estado — que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional — qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

No que concerne alegada escassez de recursos públicos, pela qual estaria o Poder Público impossibilitado de arcar com todas as solicitações que se fossem feitas, dando lugar a mencionada tese da reserva do possível, fora assentado no já mencionado Recurso Extraordinário nº 436996/SP:

> *Não se ignora* que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — *além* de caracterizar-se pela *gradualidade* de seu processo de concretização — *depende*, em grande medida, de um *inescapável* vínculo financeiro *subordinado* às possibilidades orçamentárias do Estado, *de tal modo* que, *comprovada*, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, *desta não se poderá* razoavelmente exigir, então, *considerada* a limitação material referida, *a imediata efetivação* do comando fundado no texto da Carta Política.
>
> *Não se mostrará lícito*, contudo, ao Poder Público, *em tal hipótese*, criar obstáculo artificial *que revele* — a partir de *indevida* manipulação de sua atividade financeira *e/ou* político-administrativa — o ilegítimo, arbitrário *e* censurável propósito *de* fraudar, *de* frustrar *e de* inviabilizar o estabelecimento e a preservação, *em favor da* pessoa *e dos* cidadãos, de condições materiais *mínimas* de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004).
>
> *Cumpre advertir*, desse modo, que a cláusula da "*reserva do possível*" — *ressalvada* a ocorrência de *justo* motivo objetivamente aferível — *não pode* ser invocada, pelo Estado, *com a finalidade* de exonerar-se, *dolosamente*, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, *notadamente* quando,

> dessa conduta governamental negativa, *puder resultar* nulificação *ou*, até mesmo, *aniquilação* de direitos constitucionais *impregnados* de um sentido de essencial fundamentalidade.
>
> (...)
>
> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração — de implantação sempre onerosa —, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.
>
> Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

No mesmo diapasão:

> Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado — União, estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e municípios — deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa (RE 431.773/SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

5.3 Outros julgados

A fim de elucidar a maneira como os direitos sociais e a obrigatoriedade de sua concretização pelo Poder Público é vista pelo Poder Judiciário como um todo, há de se mencionar, *en passant*, alguns casos objeto de decisões oriundas de primeiro e segundo grau de jurisdição.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, pelo seu presidente, Ministro Edson Vidigal, determinou que o Ministério da Saúde teria de fornecer, segundo receituário médico, o medicamento Mabthera (ou Rituximab 500 mg) ou autorizar a sua retirada em posto de saúde, no prazo de dez dias, para tratamento de "linfoma folicular", deferindo pedido liminar em mandado de segurança em que a paciente não possui condições de comprar o remédio devido ao seu alto custo (MS 11367). O medicamento seria indispensável para o tratamento, não sendo fornecido pelo SUS. A paciente (tanto no sentido técnico quanto na relação médica)

alegou que, junto à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, a medicação pretendida fora negada, atingindo, assim, seu direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Esta é apenas uma de outras tantas decisões no mesmo sentido, não subsistindo as alegações da Fazenda Pública de que o Estado somente estaria obrigado a fornecer os medicamentos constantes de lista previamente elaborada por ele.

No que toca à educação, mais precisamente sobre a garantia de vagas em creches e pré-escolas, respaldando-se, outrossim, nos deveres impostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência..
>
> 1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. "É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade."
>
> 2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.
>
> 3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6- Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7- As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso,

resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que

cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10- O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera' quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da

> licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.
>
> 12- Recurso especial provido (Resp 575280/SP; Rel. para o acórdão, Min. Luiz Fux; 1ª T.; j. em 02/09/2004; DJ 25/10/2004).

Em outro julgado de grande interesse, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul condenou o Estado gaúcho a indenizar, por danos morais e estéticos, um preso soropositivo que, em razão da falta de tratamento de saúde adequado, tivera sua perna amputada, no valor de cem salários mínimos, confirmando a sentença de primeiro grau.

Conforme relatou o Tribunal[32],

> o preso começou a sentir fortes dores na perna direita, sendo conduzido ao Hospital Penitenciário, onde foi requerida a sua internação. Durante os quatro dias em que esteve internado, recebia apenas comprimidos para dor e, após algum tempo, antibióticos.
>
> Depois de duas semanas, seu tratamento foi novamente modificado. Bolsas de água quente eram colocadas sobre a perna uma vez ao dia. Depois disso, relata o desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, "surgiu um buraco na sua perna, que ficava constantemente sangrando, e, mesmo assim, foi orientado a continuar utilizando o tratamento com as bolsas de água quente".
>
> E prossegue o magistrado: "Dois dias depois, quando foi fazer um curativo, 'vazou sangue e estourou a perna', sendo levado ao Hospital de Pronto Socorro para estancar o sangue. No Hospital Conceição, foi realizada uma cirurgia. No outro dia recebeu a informação de que a cirurgia fora inútil, pois teria que amputar a perna. Relata ter feito a amputação, sendo transferido ao Hospital Penitenciário".
>
> (...)
>
> Em sentença de 1º Grau, o juiz de Direito Jerson Moacir Gubert julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo autor, condenando o Estado a indenizá-lo, por dano estético e moral, em 100 salários mínimos.
>
> Tanto o Estado como o autor recorreram da decisão. O Estado argumenta que o autor sempre recebeu tratamento adequado e, que, "se há culpa, é do próprio autor, que nunca se cuidou". Já o autor requereu aumento da indenização.
>
> (...)
>
> No TJ-RS, o desembargador Sudbrack registra que a Lei nº 7.210/84 diz que é dever do Estado dar assistência aos presos. Assistência que compreende a saúde do preso, atendimento médico e odontológico. "Por conseguinte",

[32] Notícia reproduzida no *site* Última Instância, em 19 de janeiro de 2006, disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/noticias/ler_noticia.php?idNoticia=24154.

> prossegue, "apurada qualquer falha na prestação de assistência à saúde do detento, indubitavelmente, tem o Estado que ressarcir o dano".
>
> O relator considerou que "o uso de drogas fora e dentro do presídio, causa de ter contraído o vírus HIV, foi assumido pelo autor em depoimento pessoal, embora negasse injetá-las na perna". E foi esse comportamento que deu causa à lesão que depois resultou na amputação de uma perna.
>
> No entanto, afirmou o juiz, "a circunstância de não ser o Estado responsável pela doença não o torna isento quanto ao tratamento ministrado ao paciente".

Embora não tenha sido feita a referência, o presente caso apresenta, outrossim, como fundamento para acolhimento do pedido, o dever constitucional fundamental do Estado de zelar pelo respeito e integridade física e moral do preso, *ex vi* do art. 5º, inciso XLIX da *Lex Maxima*.

Tal mandamento, aliado à diretriz constitucional da responsabilidade civil do Estado, de natureza objetiva, nos termos do art. 37, § 6º da *norma normarum*, complementados pelo aqui ressaltado direito à saúde — que implica em dever do Estado —, torna inarredável a procedência do pleito.

Não obstante, algumas outras demandas têm sido indeferidas sob argumentos nem sempre dotados da juridicidade que se espera de um magistrado.

Em um destes atos de tamanha infelicidade, portadores do vírus HIV tiveram indeferido o seu pedido de tutela antecipada em que requeriam o fornecimento de um medicamento indispensável para o tratamento de saúde. Mesmo diante da notoriedade dos efeitos deste vírus no organismo humano, que, muitas vezes, gera um iminente risco de vida ao portador, o juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo assim decidiu, *ipsis litteris*, nos autos do processo nº 968/05:

> Indefiro a antecipação da tutela.
>
> Embora os autores aleguem ser portadores de AIDS e objetivem medicação nova que minore as seqüelas da moléstia, o pedido deve ser indeferido, pois não há fundamento legal que ampare a pretensão de realizar as expensas do Estado o exame de genotipagem e a aquisição de medicamentos que, segundo os autores, não estão sendo fornecidos pelo SUS.
>
> A Lei 9.313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessária a seu tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos que o Ministério da Saúde indicar para cada estágio evolutivo da infecção ou da doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal.

> Por outro lado não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia menos dia, não sabe quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano.
>
> Daí o indeferimento da antecipação da tutela.
>
> Cite-se a Fazenda do Estado.
>
> Defiro gratuidade judiciária em favor dos autores.
>
> Intimem-se
>
> São Paulo, 26 de julho de 2005.
>
> Antonio Carlos Ferraz Miller
>
> Juiz de Direito

Como pôde se observar, a magistratura brasileira, salvo raras e lamentáveis exceções, tem-se inclinado pelo acolhimento dos direitos sociais proscritos na Carta Magna, independentemente das disponibilidades do erário para isto, o que assegura a máxima eficácia da Lei Republicana Fundamental.

5.4 A discricionariedade do administrador público

Uma questão fora objeto de reiteradas indagações em julgados sobre a efetividade dos direitos sociais, inclusive naqueles que aqui foram mencionados. Trata-se da discricionariedade inerente ao Poder Público na consecução de seus programas.

Como já destacado, a discricionariedade do administrador é assegurada pela separação dos poderes, não podendo o Poder Judiciário interferir no mérito dos atos administrativos. Tais decisões, de natureza política e governamental, incumbem, precipuamente, ao Poder Executivo, e ao Poder Legislativo, no exercício de seus deveres constitucionais de elaboração das leis e controle externo da Administração Pública[33].

Este entendimento fora esposado ao se apreciar pedido para que se impusesse à União obrigação de instalar uma Delegacia da Polícia Federal em Blumenau, Santa Catarina. A 1ª Vara da Justiça Federal de Blumenau negou pedido de liminar do Ministério Público Federal, sob o

[33] Embora incumba também ao Poder Judiciário o controle sobre os atos administrativos, esta função tem por base única os critérios da legalidade e legitimidade, embora seja discutível o aspecto da moralidade que, em sede jurisdicional, em regra e salvo melhor juízo, deve estar relacionada à legalidade, como ocorre na ação popular, segundo reiterados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

fundamento de que cabe exclusivamente ao Poder Executivo decidir sobre a conveniência e oportunidade da medida. Segundo o magistrado,

> a realização de fatos concretos pela administração está sempre vinculada a dotações orçamentárias prévias e a programas de prioridades que devem ser estabelecidos pelos governos, aos quais não pode o Judiciário substituir".

O juiz também considerou que não está presente o requisito da urgência para determinação da medida, que pode aguardar o "deslinde da ação para, se for o caso, ser concretizada (Processo 2005.72.05.005087-8).

Entretanto, os abusos não podem passar despercebidos pelo Poder Judiciário, pois ao lado das prerrogativas do Poder Público está o direito de ação, consubstanciado no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, assegurada constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXV da Lei Maior.

Da mesma forma, se o ofício jurisdicional compreende a análise do mais — os abusos da administração — deve compreender o menos, é dizer, as omissões do Estado no seu dever de agir, garantindo a efetividade dos direitos sociais do indivíduo.

Deste modo, não pode o Poder Judiciário, timidamente, abster-se de conhecer as questões relativas à inefetividade dos entes públicos, embora não deva exorbitar as funções deste, substituindo-o no papel de administrar.

Pede-se vênia, mais uma vez, para transcrever ilações do mencionado Recurso Extraordinário nº 436996:

> *É certo* — tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello (Informativo/STF nº 345/2004) — *que não se inclui*, ordinariamente, *no âmbito* das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular *e* de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), *pois*, nesse domínio, o encargo reside, *primariamente*, nos Poderes Legislativo *e* Executivo.
>
> *Impende assinalar*, no entanto, que tal incumbência *poderá* atribuir-se, *embora* excepcionalmente, *ao Poder Judiciário*, *se* e *quando* os órgãos estatais competentes, *por descumprirem* os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, *vierem a comprometer*, com tal comportamento, *a eficácia e a integridade* de direitos individuais *e/ou* coletivos *impregnados* de estatura constitucional, *como sucede* na espécie ora em exame.

> (...)
>
> *Tratando-se* de típico direito de prestação positiva, *que se subsume* ao conceito de liberdade real ou concreta, *a educação infantil* — que compreende *todas* as prerrogativas, individuais ou coletivas, *referidas* na Constituição da República (*notadamente* em seu art. 208, IV) — *tem por fundamento* regra constitucional cuja densidade normativa *não permite* que, *em torno* da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, *especialmente o Município* (CF, art. 211, **§ 2º**), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, *e de cujo exercício* possa resultar, paradoxalmente, *com base em simples alegação* de mera conveniência *e/ou* oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, *como adverte*, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada Maria Cristina de Brito Lima, *em obra monográfica* dedicada ao tema ora em exame (*A Educação como Direito Fundamental*. 2003, Lumen Juris).
>
> (...)
>
> *Cabe referir*, ainda, neste ponto, *ante a extrema pertinência* de suas observações, *a advertência* de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, ilustre Procuradora Regional da República (*Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), *cujo magistério*, a propósito *da limitada* discricionariedade governamental *em tema de concretização* das políticas públicas constitucionais, *assinala*:
>
> Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

Em suma, a prestação de serviços públicos que representam direitos sociais constitui ato vinculado do administrador, que deve se nortear pelos comandos constitucionais e legais. A discricionariedade diz respeito, apenas, ao modo de prestação de tais atividades, nunca podendo servir de fundamento para omissão governamental.

6 Considerações Finais

6.1 Síntese dos argumentos

À guisa de conclusão, há de se retomar a síntese do que aqui se procurou defender. Como visto, a discricionariedade administrativa e as disponibilidades orçamentárias não podem ser empecilhos para a concretização dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal. Assim, a adoção indiscriminada da cláusula da "reserva do possível" poderia servir de escusa para os entes públicos se eximirem de todas as suas obrigações. O mesmo poderia se dizer da discricionariedade administrativa.

Em que pese a existência de limites materiais e humanos dos poderes públicos, que impedem que toda a sociedade possa usufruir gratuitamente de saúde, moradia, educação, etc., não pode o Estado simplesmente transferir à população, às próprias expensas, o gozo destes direitos junto às entidades privadas. Afinal, a tributação existe como forma de financiar o desenvolvimento e a manutenção não só do aparato estatal burocrático, mas também nas ações de atendimento à população, especialmente aos mais necessitados.

Ademais, as limitações estatais de natureza financeira não ocorrem tão-só pela escassez de recursos, mas também porque aqueles disponíveis não são empregados adequadamente. Se, de um lado, o Poder Público invoca normas de responsabilidade fiscal para se eximir de alguns deveres — aqueles indispensáveis ao povo —, de outro, estas mesmas normas são olvidadas ao se instituir benefícios em favor dos próprios agentes públicos. Assim, se já há dificuldades em manter os serviços de necessidade pública já existentes, que funcionam, em grande parte, em situações de elevada precariedade, o que se dirá de ampliá-los ou instituir novos serviços?

Diante deste cenário, cria-se um ciclo vicioso no qual políticos fazem promessas no período pré-eleitoral e, vencidas as eleições, são tomados por uma profunda "consciência financeira" que os impede de fazer quaisquer gastos que não ordinários, a fim de não ultrapassar os limites legalmente impostos.

6.2 Ética e Constituição

É de absoluto consenso que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no histórico dia 05 de outubro de 1988, do ponto de vista do resguardo das garantias fundamentais do indivíduo, é digna dos mais nobres e honrosos encômios.

De fato, nunca houve uma preocupação tão grande em garantir e expandir a proteção aos direitos sociais, impondo verdadeiros deveres ao Estado cuja concretude é cristalina.

Por conta disto, o texto final resultante do longo trabalho da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 é de grande responsabilidade para que permaneça vivo, seja real e efetivo. Caso contrário, declarar-se-á o magistral texto constitucional uma singela "folha de papel", assim como o fizera Ferdinand Lassalle em sua célebre conferência proferida aos operários, em 1863, na Prússia.

A efetivação da Constituição constitui verdadeiro dever ético de todos aqueles incumbidos de desempenhar as funções postas no texto. Ainda que sejam previstas penalidades pelo desrespeito à *norma normarum*[34], todos os envolvidos no trato com a coisa pública deveriam enxergar os direitos fundamentais como verdadeiros axiomas, dogmas que devem ser alcançados a qualquer custo, medidas de prioridade máxima.

Mesmo em se tratando de uma Constituição dirigente, repleta de normas de conteúdo programático, a missão ética de efetivar a Carta Política se mantém a mesma. Como diria Bercovici, "a Constituição dirigente não substitui a política; ao contrário, a Constituição dirigente nada mais faz do que sujeitar a política à fundamentação constitucional".

O magistral constitucionalista português Canotilho, em lição de incomensurável grandeza, elege o princípio da vedação ao retrocesso ou do não retrocesso social como forma de se impedir que tudo aquilo já concretizado pelos poderes públicos possa ser afetado, deixando-se de se manter as políticas públicas já implementadas. São as palavras do grande mestre:

> Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo (...) O reconhecimento desta proteção de "direitos prestacionais de propriedade", subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas[35].

Assim, tem-se em outra dimensão um dever ético firmado entre o legislador e a Constituição, não podendo o primeiro reduzir a eficácia prática daquilo que a segunda estabeleceu. É dizer: o atendimento ao texto constitucional implica na otimização de seus comandos normativos (deveres-ser) com a conseqüente vedação ao retrocesso, ou ainda, o dever-ser leva sempre à melhoria do ser, nunca o contrário.

Nas palavras do sempre lembrado mestre lusitano:

> Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de "guarda de flanco" (J. P. Muller) desses direitos garantindo o grau de

[34] *V.g.* os crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 85), as sanções pelos atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º) e os processos para perda de mandato de deputado e senador (art. 55).

[35] Op. cit. pp. 338-339.

> concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos. Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social (...)[36].

À guisa de conclusão, roga-se ao Poder Público rememorar que a democracia foi reconstituída paulatinamente, por uma lenta transição entre o governo militar até a eleição direta de um presidente da República, em 1989. Embora pacífica, a redemocratização custou o sangue de muitos que lutaram contra o regime repressor, que deram a própria vida para conquistar direitos reconhecidos na *Carta de Outubro*. O Estado, em respeito ao próprio titular do poder que lhe é inerente, tem o dever ético e jurídico de zelar pelo fiel cumprimento da lei das leis, que ainda remanesce como grande ou mesmo última e única esperança por uma vida digna, livre e igual.

[36] CANOTILHO, op. cit. pp. 478-479.