

## ANÁLISE DO CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO MAGISTRADO NA PERSPECTIVA DAS AÇÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS<sup>1</sup>

*Fernando Roberto Schnorr Alves<sup>2</sup>*

*Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>3</sup>*

**RESUMO:** É inegável a importância da justiciabilidade como instrumento da garantia de concretização dos direitos fundamentais sociais, previstos legalmente e com eficácia comprometida, tendo em vista o grau de abstração que lhes é conferido no dispositivo legal. O poder reservado ao Poder Executivo e Legislativo para organizar e alocar o dinheiro público de maneira autônoma, num modelo democrático pluralista, lhes permite por juízo de conveniência e oportunidade um certo grau de discricionariedade, contudo não exclui do Estado a responsabilidade do fornecimento daquelas condições e do cumprimento racional das prestações que lhe são atribuídas. Contudo, ao examinar o alcance que um direito pode adquirir, sua intensidade e efetividade, e tendo em vista o caráter limitado do orçamento público frente às ilimitadas necessidades da população, o papel do magistrado ao concretizar os direitos pleiteados deve compreender o custo financeiro que tal decisão, potencialmente, pode acarretar. Dessa forma, busca-se com o presente trabalho analisar como a questão do custo dos direitos é tratada pelas demandas individuais e coletivas. Para a realização deste artigo, empregou-se a metodologia descritiva, sendo a técnica de pesquisa utilizada a bibliográfica (artigos e livros sobre o tema) e o método utilizado o indutivo, partindo-se da análise de constatações particulares para questões genéricas acerca da atuação da jurisdição constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle Jurisdicional de Políticas Públicas; Custo dos Direitos; Direitos Sociais.

**ABSTRACT:** There is no denying the importance of justiciability as an instrument of

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de políticas públicas: o papel e os limites do Supremo Tribunal Federal na fiscalização e na implementação de políticas públicas de inclusão social – análise crítica e busca de novos mecanismos/instrumentos para uma atuação democrática e cooperativa entre os Poderes”, onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente, vinculado ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2014). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Contato: <fernandorsalves@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Contato: <moniah@unisc.br>.

ensuring implementation of the fundamental social rights, fixed by law and with compromised efficacy, in view of the degree of abstraction that is given to them in the fundamental norm. The power reserved to the Executive and Legislature to organize and allocate public funds autonomously, in a pluralist democratic model allows them to a convenience and opportunity's judgment a degree of discretionary, however, it does not exclude of the State the responsibility of providing those conditions and rational fulfillment of obligations which are conferred to it. However, examining the extent that a right may acquire, its intensity and effectiveness, and in view of the limited character of the public budget in the face of unlimited needs of the population, the role of the magistrate to realize the rights pleaded must understand the financial cost that this decision potentially may result. Thus, we seek to present work to analyze how the issue of the cost of the rights is handled by individual and collective demands. For the realization of this article, we used a descriptive methodology, and the technique used was the bibliographic (articles and books on the subject) and the inductive method, starting from the analysis of particular findings to general questions about the performance of constitutional jurisdiction.

**KEYWORDS:** Cost of Rights; Judicial review of Public Policies; Social Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais exigem do Estado, no atual cenário brasileiro, não só o reconhecimento de sua importância para uma vida digna e para o desenvolvimento social da comunidade, como também exige uma atuação positiva, ou seja, uma prestação estatal. Tal prestação pode ocorrer por meio de diversas políticas públicas, seja na construção de mais escolas para atingir um contingente maior de pessoas, seja na concessão de medicamentos de forma individual (mas ainda dentro de um programa que visa um determinado grupo).

Dessa forma, o administrador deve gerir os recursos públicos disponíveis a ponto de alocá-los de forma a garantir que esses sejam eficientemente empregados e que atenda aos anseios da população da melhor maneira possível. Dessa forma, é necessário potencializar ao máximo o seu emprego no sentido de que, caso o administrador atente a toda e qualquer demanda social, não será possível atender nenhuma delas de modo eficiente, ao mesmo tempo em que não há como deixar de prestar o mínimo existencial (embora seja difícil de determinar o que abrange esse conceito).

Nesse último caso, quando houver uma violação de um direito fundamental, a sua concretização muitas vezes vem sendo efetivada por meio da ação judicial. Porém, tal meio deve ser encarado como exceção, visto que a competência para determinar a alocação dos recursos públicos compete aos Poderes Executivo e

Legislativo. A judicialização dessas demandas de cunho social vem garantindo que casos isolados, não atendidos pela ação do Estado, não fiquem desamparados, mais especificamente no campo das políticas públicas, que vem exigindo dos julgadores uma resposta para a ineficiência, omissão e descaso dos Poderes Políticos.

Ressalta-se que essa ação judicial entra em conflito em alguns casos com o campo da discricionariedade política, cabendo ao julgador distinguir quando a sua interferência na escolha do administrador é possível. Porém, diferente da via política, uma vez provocado, aquele não pode eximir-se de responder a quem postula um direito, ainda que seja para negá-lo. Por tal razão, cada vez mais cresce a busca da via litigiosa para a concretização de demandas sociais, considerando que a morosidade da concretização pelos canais legítimos e o distanciamento do cidadão com a política são algumas das causas desse fenômeno.

## **2 A JUDICIALIZAÇÃO E O IMPACTO DO CUSTO DOS DIREITOS**

Inicialmente cumpre ressaltar a importância da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, previstos legalmente, mas de eficácia comprometida, tendo em vista o grau de abstração que lhes é conferido no dispositivo legal. Porém, esse processo traz à tona o conflito entre a não intervenção judicial e a concretização de direitos individuais e/ou coletivos de caráter fundamental, quando estes dependem de uma ação dos demais Poderes para que lhes seja dada efetividade.

Nesse panorama e considerando-se a inércia do Executivo e do Legislativo, é de salutar importância discutir o que deve ser observado pelo magistrado no momento de proferir uma decisão que envolve conteúdo político. Dessa forma, o próprio julgador encontrará as balizas que o impedem de um comportamento que extrapole sua função judicial, mantendo-se apenas como garantidor dos supracitados direitos, e não como criador desses.

Um desses cuidados que o julgador deve tomar ao julgar de modo a não utilizar-se da simples subsunção da norma, mas quando a aplicação lhe exigir uma atividade interpretativa, aquele deve antever o impacto que sua decisão pode acarretar. Entre as consequências de uma decisão que aborde a obrigação prestacional do Estado, o presente trabalho se detém às despesas que se originam com as demandas judiciais.

O fenômeno da judicialização, como descreve Barroso (2009, p. 02), é a busca do Judiciário para que este decida sobre questões de larga repercussão política ou social, que tradicionalmente competem aos Poderes políticos, sendo que a própria norma constitucional prevê a pretensão, subjetiva ou objetiva, que cabe ao juiz conhecer e decidir. Assim, quando provocado a se manifestar, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento, aquele deve responder nos limites dos pedidos formulados, pois essa posição não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte, essa apenas cumpre, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Isso porque mesmo as questões de cunho político não podem estar resguardadas de uma análise jurídica, pois a apreciação da constitucionalidade dos atos ou omissões resultantes da atuação política faz jus a controle exercido pelo Judiciário (quando provocado).

Como causa do fenômeno da judicialização, o referido autor aponta (BARROSO, 2009, p. 03): a redemocratização do Brasil, que propiciou o maior nível de informação e de consciência de direito por parte da população, possibilitando que essa buscasse a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais; outro motivo que colaborou para tanto foi a abrangência do texto constitucional, que resultou em 1988 numa carta política ambiciosa, prevendo questões antes meramente políticas e, agora, como direitos; e por último, o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, o qual define como um dos mais abrangentes do mundo, por ser híbrido e eclético (pois prevê tanto o controle incidental e difuso de influência norte-americana quanto o concentrado, de origem européia).

Nesse sentido, Cittadino (2004. p. 108/109) nos lembra que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram, sendo que os conflitos entre direitos fundamentais acabam originando decisões dos tribunais necessariamente de caráter de “decisões de princípio”, abordando uma dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional.

Diante do fortalecimento desse discurso onde direitos são implementados através dos procedimentos de acesso a justiça, segundo Cittadino, constata-se a “ampliação da esfera de ação do Poder Judiciário (...), o que termina por revelar porque o Legislativo perde a exclusividade nas vocalizações dos anseios da sociedade” (CITTADINO e COLODETTI, 2013). Por tal motivo, consoante a referida

autora, verifica-se como consequência positiva da judicialização da política não apenas o reforço dos direitos fundamentais como o surgimento de uma nova arena pública, mas também lembra de distinguir essa judicialização com o fenômeno do ativismo judicial (o que não se pretende discutir neste artigo, diante da complexidade do assunto), quando o órgão julgador se torna capaz de estabelecer e ditar o ritmo de questões políticas de forma autoritária, seja por se considerar o principal interprete da Constituição, seja por lhe ser conferido a tarefa de dar a última palavra.

Contudo, os recursos do Erário devem prioritariamente assegurar um mínimo de condições de existência para promover o bem-estar cobijado pela Carta Magna. O poder reservado ao Poder Executivo e Legislativo para organizar e alocar o dinheiro público de maneira autônoma, num modelo democrático pluralista, lhes permite por juízo de conveniência e oportunidade um certo grau de discricionariedade, contudo não exclui do Estado a responsabilidade do fornecimento daquelas condições e do cumprimento racional das prestações que lhe são atribuídas. Estas não podem ser voltadas somente para uma parcela da população amplamente representada apenas por ser a maioria do eleitorado, há a necessidade de se assegurar um mínimo de prestações que visem a dar condições básicas também às minorias (suprindo assim as deficiências do modelo representativo).

Cabe referir aqui que, ao examinar o alcance que um direito pode adquirir, sua intensidade e efetividade, e tendo em vista o caráter limitado do orçamento público frente às ilimitadas necessidades da população, o papel do magistrado ao concretizar os direitos pleiteados deve compreender o custo financeiro que tal decisão, potencialmente, pode acarretar. Ou seja, não exclusivamente o custo que o caso concreto abrange, mas os possíveis reflexos em casos semelhantes, servindo de precedente ou mesmo implicando no remanejamento no orçamento que o administrador terá que efetuar para garantir o cumprimento das decisões judiciais.

Notadamente, no caso dos direitos sociais, aplica-se a noção de “mandamentos de otimização” de Alexy (2011), que trata das normas que ordenam a realização de seu cumprimento na maior medida possível, em conformidade com as possibilidades jurídicas e fáticas. Dessa forma, é possível satisfazer em diferentes graus essas normas. Essa garantia de análise jurídica fiscalizadora não limita a execução de determinada política pública a um determinado momento temporal e político, diferente do que ocorre com a continuidade da produção legislativa e dos

interesses do Executivo, não sendo admissível que esses comprometam ou retrocedam no campo dos direitos já concretizados (quando o retrocesso for arbitrário ou desproporcional, pois a “proibição de retrocesso social” (QUEIROZ, 2006) não está associada à impossibilidade absoluta de alteração dos direitos sociais).

Urge mencionar que, uma vez previsto como direito fundamental, mesmo os direitos sociais gozam de aplicação imediata (conforme § 1º do artigo 5º da Constituição Federal), porém o Poder Público frustra o direito do particular ao restar silente. Embora aquele esteja vinculado com o texto constitucional, que determina a elaboração da norma específica, não há prazo para que efetue seu dever, por tratar-se de normas de cunho programático e diante da discricionariedade política em alocar os recursos disponíveis para atender a todas as necessidades públicas. Mas diante da inadimplência do Estado, resta ao particular a busca judicial pela concretização de seus direitos.

Apesar disso, cabe referir que os direitos aqui tratados possuem como característica marcante a grau de abstração, como por exemplo, a educação, uma vez que não há dispositivo legal explicitando qual o alcance dos deveres do Estado para com a sociedade. Da mesma forma, não se pode deixar de reconhecer ser impossível que o Estado custeie todo e qualquer gasto do cidadão com a educação<sup>4</sup>, exigindo do intérprete da Constituição, seja por parte do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, uma ponderação do razoavelmente possível e esperado.

Esse empecilho da reserva do possível não trata apenas da reserva orçamentária, mas da razoabilidade da pretensão como um todo. Para melhor compreender esse tema, Mânica (2010, p. 11) esclarece, a partir de sua origem no julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333), o real significado da expressão reserva do possível:

No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e

---

<sup>4</sup> A título exemplificativo, o Poder Público não possui condições financeiras e sequer é razoável exigir do mesmo que todos os estudantes brasileiros tenham vagas garantidas em universidades públicas por uma série de motivos. Entre esses fatores, pode-se Alencar tanto a inexistência de universidades públicas para atender ao número maciço de interessados, a falta de funcionários públicos (professores) para lecionar para todos, o interesse de investir a verba orçamentária em educação de base, a intenção de priorizar um determinado curso em detrimento de outro ao constatar a ausência de profissionais em atividade no mercado daquele primeiro, entre tantos outros.

Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*”.

Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – *encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade*. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão. (Grifado no original).

Verifica-se que as demandas sociais possuem uma infinidade de necessidades, não sendo possível atendê-las da forma almejada. Dessa forma, o administrador acaba por ser compelido a proceder de modo a optar entre as escolhas, ainda que isso acarrete na violação de direitos de uma parcela da população. Ou seja, trata-se de escolhas trágicas (*trade-offs*).

O orçamento público possui uma limitação clara, o que implica no controle de gastos. Devido a essas escolhas, não é razoável exigir toda e qualquer prestação do Estado. Dentro de um imenso leque de opções, as escolhas políticas ganham espaço, contudo isso não exime o administrador de garantir as condições básicas já mencionadas.

Atualmente, graças ao forte posicionamento jurisprudencial, consoante exposto por Mânica (2010, p. 12), “a teoria da *reserva do financeiramente possível* tem sido afastada como panacéia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado” (grifado no original). No mesmo caminho, Galdino (2005, p. 235) refere que não é necessariamente a exaustão da capacidade orçamentária que impede a realização de um determinado direito subjetivo fundamental, mas esse acaba sendo o argumento muitas vezes utilizado para encobrir as trágicas escolhas que deixam de fora a tutela de um determinado bem considerado como direito fundamental.

É necessário entender que a escassez orçamentária é sim um impedimento para a concretização dos direitos, mas deve ser analisada de forma criteriosa, questionando-se quais os recursos materiais e para onde eles estão sendo direcionados. O que se exige do Estado é se os investimentos estão sendo administrados de forma inteligente e razoável que garanta as mínimas condições para a população.

Assim, quando apresentada uma demanda para o julgador, há a

necessidade de que sejam considerados os custos que a demanda provocará se o direito pleiteado for concedido, bem como os seus reflexos para o Erário (contabilizando-se não só o caso específico, como também a possível multiplicação de demandas idênticas, ou seja, a macrojustiça). Portanto, não se prega o exaurimento por completo do Erário Público como única justificativa para não custear determinada demanda, mas também a razoabilidade da pretensão, uma vez que eventual deferimento provocaria reflexos em outros casos concretos.

De igual modo, cabe lembrar que o magistrado não possui os mesmos instrumentos que os demais Poderes para planejar a alocação dos recursos. Limitados pelas alegações das partes e ignorados muitas vezes os efeitos sociais de sua decisão, o mesmo não possui os mesmos mecanismos que possibilitem planejar objetivos, prever comportamentos e definir metas, aspecto primordial na elaboração de políticas públicas, o que os leva a realizar as “escolhas trágicas” dentro do âmbito de sua discricionariedade. Nesse sentido (HOLMES e SUNSTEIN, 1999. p. 94-95)<sup>5</sup>:

courts are not well positioned to oversee the tricky process of efficient resource allocation conducted, with more or less skill, by executive agencies, not are they readily able to rectify past misallocations. Judges do not have the proper training to perform such functions and they necessarily operate with inadequate and biased resource of information. [...] While judges may be perfectly competent to spot egregious violations of rights and even to invalidate egregious misallocations of resources, they cannot intelligently decide, in most such cases, when imaginable remedies are better channeled to other pressing needs.

Nota-se que não cabe ao Judiciário a realização de reformas sociais em grande escala, mas diante da enorme demanda que acaba incitando a manifestação do mesmo, ao condenar o Estado a uma prestação, deve o julgador ter consciência do impacto que esse número de ações acaba provocando para os cofres públicos.

---

<sup>5</sup> Tribunais não estão bem posicionados para supervisionar o complicado processo de condução de alocação eficiente de recurso, com mais ou menos habilidade, que por órgãos do Executivo, não são eles prontamente capazes de corrigir as más alocações realizadas. Os juízes não têm a formação adequada para desempenhar tais funções e eles necessariamente operam com insuficientes e tendenciosas fontes de informação. [...] Enquanto juízes podem ser perfeitamente competentes para detectar violações flagrantes dos direitos e até mesmo para invalidar flagrantes más alocações de recursos, eles não podem decidir de forma inteligente, na maioria dos casos, quando os recursos imagináveis são melhores canalizados para outras necessidades urgentes. (tradução livre).

### 3 PERSPECTIVA INDIVIDUAL VS PERSPECTIVA COLETIVA

É possível elencar diversas decisões que garantiram a algum cidadão específico, que ingressou na justiça pleiteando a tutela do Poder Judiciário, a efetivação de seu direito de cunho social. Dessa forma, com o mencionado processo de judicialização dessa espécie de demanda, acaba sendo muito mais simples e eficiente buscar o atendimento do anseio de um determinado indivíduo pela via judicial.

Quando se depara com uma situação de violação de algum desses direitos, a única forma de evitar algum dano maior é recorrer para a via judicial. Buscar os canais de representatividade muitas vezes não garante ao cidadão o atendimento de sua necessidade. Evidente que não são todas as pretensões que podem ser atendidas, como referido anteriormente, mas há casos que somente uma decisão judicial possui a eficiência de forma tempestiva para corrigir a inadimplência do Estado.

Existe uma infinidade de decisões, dos mais diversos pleitos, que visam à garantia de um direito fundamental social. Mas para citar somente algumas como exemplo, podemos elencar as seguintes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MEDICAMENTOS. LISTAS OFICIAIS. SOLIDARIEDADE. PRESCRIÇÃO MÉDICA. CONDIÇÕES FINANCEIRAS. 1. O fornecimento de medicamento gratuito pelo Estado exige prova da impossibilidade econômico-financeira de a pessoa ou a sua unidade familiar em arcar com o custo do tratamento sem prejuízo da sua subsistência. Hipótese em que há, nos autos, comprovação da falta de condições financeiras da autora. 2. Há solidariedade entre a União, os Estados e os Municípios na prestação dos serviços de saúde. Não se admite, contudo, o chamamento ao processo. 3. A assistência terapêutica, no âmbito do SUS, compreende a dispensação de medicamentos, produtos e procedimentos terapêuticos prescritos por médico vinculado ao sistema, constante das listas oficiais, avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade. Lei 12.401/2011. Art. 28 do Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011. 4. Segundo a jurisprudência das Câmaras do 11º Grupo Cível, o Poder Público deve fornecer medicamentos e produtos mediante a exibição de prescrição médica, independentemente de perícia, ainda que estranhos às listas oficiais. Ressalva do posicionamento pessoal, segundo o qual o acesso a medicamento fora das listas públicas depende da prova da ineficácia ou da inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados no SUS. 5. Se não cumprida, voluntariamente, a decisão judicial que ordena o fornecimento de medicamentos, é cabível o bloqueio das rendas públicas como meio coercitivo para assegurar a autoridade da decisão judicial, ausente justa causa. Os recursos públicos, contudo, não podem ser entregues diretamente à parte. Negado seguimento ao recurso.

(BRASIL. Agravo de Instrumento Nº 70059255240, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 11/04/2014)<sup>6</sup> (Grifado no original).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SERVIÇO. SAÚDE. TRATAMENTO EM LEITO HOSPITALAR. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CONCESSÃO. Presentes os requisitos autorizadores da antecipação de tutela - fumus boni juris e periculum in mora - há que se relevar que, no atual momento, a opção deve-se dar pelo mal menor, sendo este o dispêndio financeiro dos entes públicos por determinado período. O agravamento do estado de saúde da pessoa doente, caso não seja mantida internada em leito individual, e o eventual risco de nova infecção, sem dúvidas, é o mal maior. Antecipação de tutela deferida. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. (BRASIL. Agravo de Instrumento Nº 70057200735, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 26/03/2014)<sup>7</sup> (Grifado no original).

REEXAME NECESSÁRIO. ECA. EDUCAÇÃO. ENSINO INFANTIL. VAGA EM CRECHE. DIREITO DA CRIANÇA E OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO. ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DO RELATOR, ADERINDO À MAIORIA DO COLEGIADO. De acordo com entendimento consagrado no âmbito do 4º Grupo Cível, o acesso ao ensino infantil em creche e pré-escola é direito da criança constitucionalmente assegurado, que deve ser garantido pelo Município com absoluta prioridade às crianças de zero a seis anos. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, CONFIRMANDO A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. (BRASIL. Apelação e Reexame Necessário Nº 70058742685, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/04/2014)<sup>8</sup> (Grifado no original).

Da análise das decisões supra, podemos constatar que as decisões que efetivaram direitos sociais o fizeram de forma individual, ou seja, concretizaram a obrigação constitucional de um direito fundamental em um caso concreto, atendendo

---

<sup>6</sup> Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Passo Fundo contra a decisão da MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Passo Fundo que, nos autos da ação que lhe move Franciele Fontana Queiroz para obrigá-lo, solidariamente ao Estado do Rio Grande Do Sul, a fornecer-lhe o medicamento Mesacol MMX (mesalazina). A decisão atacada deferiu a tutela antecipada, sob pena de bloqueio de valores. Entre um dos argumentos do agravo, o ente aduziu que deve ser observado o princípio da reserva do possível e a afronta aos princípios da independência dos Poderes e da legalidade. Contudo, teve denegado o recurso.

<sup>7</sup> Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de liminar interposto por Gislaine Rodrigues de Lucena, interdita, representada por sua curadora, nos autos da ação que move em face do Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão interlocutória que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para que se determinasse a manutenção da internação da agravante, bem como para a manutenção do leito individual adequado no Hospital de Clínicas, tendo em vista que possui meningite bacteriana aguda, o que exige que permaneça internada em Unidade de Tratamento Intensivo com intubação orotraqueal e ventilação mecânica, sob o risco de eventual nova infecção. Foi dado provimento ao agravo.

<sup>8</sup> Cuida-se de apelação cível interposta pelo Município de Farroupilha contra a sentença que julgou procedente mandado de segurança impetrado por Alissa Sophia P., menor representada por seu genitor, confirmando a liminar para determinar-lhe o fornecimento de vaga em creche conveniada em turno integral, da rede municipal ou particular. Localizada o mais próximo de sua residência. A sentença restou confirmada, sendo negado o provimento ao reexame necessário.

a um caso particular. Para tanto, foram sopesadas as condições e características peculiares de cada caso, o que levou o Juízo a uma análise concreta da possibilidade da imposição da prestação estatal.

Analisar casos de maneira individualizada impede o órgão julgador de uma análise mais profunda do impacto que essas demandas, em sua totalidade, causam ao Erário. Ainda que se constate, em casos análogos aos acima citados, a preocupação com o abalo financeiro que a condenação venha a implicar, não é possível ao magistrado prever todo o custo que os direitos sociais gerarão aos cofres públicos.

Todavia, diante de uma análise mais apurada do caso específico, torna-se mais fácil (se é que pode ser visto dessa forma uma decisão desse gênero) auferir a violação do mínimo existencial numa perspectiva individual. Constatada tal violação, a ponto de caracterizar uma afronta tão grande aos princípios constitucionais, acaba viabilizando ao julgador um argumento forte suficiente para superar a defesa da reserva do possível e da discricionariedade do administrador, impondo a esse o dever prestacional pleiteado.

Dessa feita, pode-se dizer que as demandas de particulares possibilitam ao magistrado uma análise mais criteriosa no tocante à necessidade de sua intervenção, ao mesmo tempo em que dificulta o controle, na totalidade de decisões, do montante de gastos com o fenômeno da judicialização. Em contrapartida, há demandas coletivas que visam à mesma finalidade, qual seja, a concretização dos direitos já mencionados. Ocorre que, de modo geral, essas ações acabam exigindo um esforço econômico muito grande do Estado, bem como dificulta a caracterização de uma situação onde sequer é atendido o mínimo esperado pelo Poder Público, o que importa numa menor interferência judicial nas escolhas políticas adotadas.

Vejamos alguns exemplos dessa perspectiva coletiva, igualmente extraídas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO  
ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DA  
DEFENSORIA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EM  
FORMA DE LISTAS PARA TRATAMENTO DA SAÚDE DOS APENADOS  
DA PENITENCIÁRIA MODULADA ESTADUAL DE OSÓRIO.  
IMPOSSIBILIDADE. 1. Da leitura do disposto na Constituição Federal  
conjuntamente com as leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe  
deu a Lei nº 11.448/07), Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e  
4º, com a redação que lhe deu a LC nº 132/09) pode-se concluir que a  
Defensoria Pública tem legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública

não apenas na defesa dos necessitados, em atenção às suas finalidades institucionais, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei, de modo a garantir, acima de tudo, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Precedentes deste Tribunal. 2. É de todo certo que se deve buscar sempre a efetividade e o cumprimento dos direitos básicos e fundamentais, como no caso, fornecimento de medicamentos, contudo, tal determinação deve ser pautada em critérios objetivos e concretos, levando-se, igualmente, em consideração as reais dificuldades em alcançar a realização plena desses direitos, com a adequada aplicação do dinheiro público. 3. Assim, não é possível condenar o Estado a manter em estoques os medicamentos, de forma genérica, e sem a comprovação da necessidade e utilidade dos fármacos e insumos postulados, o que poderá conduzir a perda da medicação, pelo decurso do prazo de validade e/ou ausência de presos que necessitam dos mesmos, prejudicando ainda mais o combatido sistema de saúde. Ademais, a legislação que trata dos medicamentos especiais e excepcionais (Lei nº 9.909/93 e Portarias 238/06 e 2.577/06) não estabelece obrigatoriedade de o Estado manter estoques mínimos de medicamentos. Precedentes. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA REJEITADA, APELAÇÃO DESPROVIDA. (BRASIL. Apelação Cível Nº 70039209846, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 28/11/2012)<sup>9</sup> (Grifado no original).

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SANTO ÂNGELO. PLEITO DE PROVIMENTO DE CARGOS NA POLÍCIA CIVIL DOS MUNICÍPIOS DE SANTO ÂNGELO, ENTRE-IJUIS, EUGÊNIO DE CASTRO E SÃO MIGUEL DAS MISSÕES. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS DISPOSTOS NA CARTA CONSTITUCIONAL. A pretensão do Ministério Público de que o Estado do Rio Grande do Sul proveja todas as vagas na Polícia Civil dos Municípios de Santa Ângelo, Entre-Ijuis, Eugênio de Castro e São Miguel das Missões não merece acolhida, assim como restou decidido na origem. Interpretação constitucional dos direitos fundamentais e sociais. Eficácia do direito social à segurança pública e as prestações materiais a ele vinculadas estão na dependência dos recursos públicos disponíveis, não havendo como afastar o princípio da discricionariedade que deve ser garantido ao administrador. Princípio da reserva do possível aplicável ao caso. APELAÇÃO IMPROVIDA. (BRASIL. Apelação Cível Nº 70021267737, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 30/07/2009)<sup>10</sup> (Grifado no original).

<sup>9</sup> Trata-se de apelação interposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul da sentença que, nos autos da ação civil pública em que demanda com o Estado do Rio Grande do Sul, julgou improcedentes os pedidos. A demanda ajuizada pleiteava a condenação do Estado do Rio Grande do Sul no cumprimento de obrigação de dar, consistente no fornecimento de medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos necessários à prevenção e tratamento (assistência) à saúde dos indivíduos segregados na Penitenciária Modulada Estadual de Osório. Restou negado o recurso em razão da ausência da comprovação da necessidade e utilidade dos fármacos (mediante receituário médico, em que conste o nome do paciente, a descrição de sua patologia, os nomes dos medicamentos necessários e suas quantidades e, quando possível, a duração do tratamento). Prevaleceu o entendimento de que não é possível determinar ao Estado, de forma genérica, a formação de estoques, o que poderia ensejar prejuízos aos cofres públicos, diante do risco potencial de compra de medicamentos em quantidade superior, além das reais necessidades dos apenados.

<sup>10</sup> Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público que, inconformado com a sentença que julgou improcedente a ação civil pública ajuizada contra o Estado do Rio Grande do Sul, buscou a sua reforma. Alegou que a violação à segurança pública exigia controle eficaz por parte do Poder

Cabe referir que este último julgado demonstra claramente a importância da discussão acadêmica sobre o assunto, visto que o voto do relator, o qual foi unanimemente acolhido, é um exemplo claro da consciência dos julgadores sobre a importância do tema neste trabalho abordado. Em sua fundamentação, dialogou entre a violação de um direito fundamental social, reconhecendo a sua normatividade, e a discricionariedade do ente federado em escolher como melhor atender os anseios sociais com um orçamento restrito.

Assim, o julgado reconheceu que as chamadas normas constitucionais programáticas foram elencadas no texto constitucional como metas e finalidades a serem concretizadas, em um nível aceitável, pelo legislador infraconstitucional. Bem como, a competência do administrador em viabilizá-las com eficácia, incumbindo ao juiz (em sentido amplo) a tarefa de verificar eventual omissão ou ação com desvio de finalidade (no sentido de agente fiscalizador).

Ressaltou o relator que, em relação aos direitos fundamentais sociais constantes na Carta Magna, esses estão longe de constituírem um grupo homogêneo no que tange ao seu conteúdo e forma de concretização. Em razão disso, defendeu que a própria Constituição conferiu ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida que esses direitos devem ser assegurados. Desse modo, observando o princípio da separação e independência dos Poderes, colocou que não cabe impor ao Poder Executivo o preenchimento das vagas existentes na estrutura da Polícia Civil em determinada localidade, frisando o fato de existirem outras áreas que demandam mais atenção.

Não obstante isso, ainda alicerçou sua decisão citando o princípio da reserva do possível, não unicamente no sentido financeiro em que muitas vezes é empregado, mas com a razoabilidade da prestação exigida. Colocou, também, que a “eficácia do direito social à segurança pública e as prestações materiais a ele

---

Judiciário, uma vez que a omissão do Poder Executivo se revelava flagrante. O *parquet* informou que existem vagas abertas há muito tempo nas repartições policiais de Santo Ângelo, Entre-Ijuís, Eugênio de Castro e São Miguel das Missões que não estavam sendo providas, permitindo que crescesse o volume das ocorrências policiais sem solução e possibilitando o aumento da violência nas comunidades. Sustentou o apelante, de resto, que esta falta de pessoal compromete o serviço, razão pela qual pleiteava que fosse afastada a discricionariedade do administrador, porquanto foi a própria Administração quem fixou o número de vagas que deveriam ser preenchidas. Contudo, restou negado o apelo uma vez que o Poder Judiciário não tem como impor ao Poder Executivo a maciça contratação de pessoal em determinada área de sua ampla atuação administrativa, à guisa de concretizar o direito social à segurança pública e a eficiência da polícia repressiva ou judiciária, quando outras áreas sociais relevantes estão desprovidas também de pessoal.

vinculadas estão na dependência dos recursos públicos disponíveis, não havendo como afastar o princípio da discricionariedade que deve ser garantido ao administrador<sup>11</sup>. Reconhecendo, assim, que para o caso em questão não caberia a adoção de uma medida interventiva do Judiciário. A imposição da contratação maciça de pessoal em determinada área, ainda que com a finalidade de concretizar um direito social, comprometeria a aplicação desses recursos em outras áreas sociais relevantes, desprovida igualmente de pessoal, como sucede com a educação, saúde, transporte, e tantas outras.

Portanto, é possível afirmar que há uma diferenciação entre a análise de uma demanda individual e uma de caráter coletivo. Isso porque se torna mais fácil no primeiro caso constatar a extensão do dano que a omissão estatal, pela não concretização de um direito fundamental, causa ao indivíduo, configurando eventualmente na ausência de uma prestação mínima que a Constituição impõe ao Estado, legitimando a intervenção judicial. Já para o segundo caso, é possível averiguar com maior clareza o custo que a prestação demandada pode gerar, munindo o julgador com informações mais objetivas para o controle das escolhas adotadas pelos canais políticos.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, não resta dúvidas que a implementação de todos os direitos sociais elencados na Constituição possuem um caráter normativo que exige da Administração a sua eficácia, mas sua concretização não é plena em razão do grau de abstração dessas normas, diante da amplitude de seu sentido. Assim, cabe ao Estado potencializar ao máximo a eficiência dos recursos que possui para o cumprimento desses mandamentos de otimização, cabendo ao Judiciário exclusivamente a tarefa de fiscalizador. Respeitadas as escolhas políticas, ainda que trágicas, a intervenção judicial só pode ser admitida, em regra, para a garantia do mínimo existencial, quando restar o indivíduo desamparado pelo Estado em suas condições mais básicas.

Dessa feita, pode-se dizer que as demandas individuais possibilitam ao magistrado uma análise mais criteriosa no tocante à necessidade de sua

---

<sup>11</sup> Voto do relator Min. Nelson Antonio Monteiro Pacheco (BRASIL. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014).

intervenção, uma vez que facilita uma melhor apuração da configuração da violação do direito fundamental social pleiteado, embora tais ações dificultem o controle, na totalidade de decisões, do montante de gastos com o fenômeno da judicialização. Não obstante isso, a via por demandas coletivas que igualmente buscam a concretização dos direitos já mencionados ocorre, de modo geral, exigindo um esforço econômico muito grande do Estado (não necessariamente maior do que as demandas individuais, mas apenas mais perceptíveis). Outrossim, dificulta a caracterização de uma situação onde a omissão do Poder Público implique na tutela judicial, o que importa numa menor interferência judicial nas escolhas políticas adotadas.

Assim, ainda que os direitos sociais necessitem ser pensados numa perspectiva coletiva, é notório o fato de que a sua defesa pela implementação via condenação judicial, na expressiva maioria dos casos, ocorre de forma individual. Mesmo quando for concedida mediante ação coletiva, a prestação visa a um determinado grupo muito mais restrito do que aqueles para os quais as políticas públicas são elaboradas, quando resultado da ação dos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, é possível afirmar que a busca pela concretização de um direito social acaba ocorrendo praticamente de maneira individual, o que dificulta ainda mais o controle dos gastos da Administração.

## 5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70057200735. Julgada em 26 mar. 2014. Rel. Des. Laura Louzada Jaccottet. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70059255240. Julgada em 11 abr. 2014. Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70021267737. Julgada em 30 jul. 2009. Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70039209846. Julgada em 28 nov. 2012. Rel. Des. Arno Werlang. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário n. 70058742685. Julgada em 11 abr. 2014. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Rio de Janeiro: Alceu (UCRJ), 2004. p. 108/109.

CITTADINO, Gisele; COLODETTI, Helena. *Separação de Poderes no Brasil Contemporâneo*. Boletim CEDES, 2013. Disponível em: <[http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/abril\\_2013/Separacao\\_de\\_Poderes\\_no\\_Brasil\\_Contemporaneo.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/abril_2013/Separacao_de_Poderes_no_Brasil_Contemporaneo.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Salvador: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 21, mar./abr./maio 2010.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.