

O JUDICIÁRIO NA (DES) CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE JUDICIARY IN (DES) CONSTRUCTION OF PUBLIC POLICIES

Luiz Alberto Pereira Ribeiro¹

RESUMO

O Poder Judiciário tem um papel relevante e muito importante dentro da sociedade, haja vista a sua função jurisdicional. Após a Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário tem ocupado, cada vez mais, a função do controle da Constitucionalidade e, por conseguinte, atuando, quando provocado, a fim de garantir a efetivação dos direitos e princípios previstos no texto constitucional. Nesse contexto, o Poder Judiciário tem atuado em áreas das demais funções do Estado, principalmente em relação à função executiva quanto às políticas públicas a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. A finalidade deste trabalho é analisar o ativismo judicial em relação às políticas públicas a luz do mínimo existencial e da reserva do possível. Para tanto, o presente trabalho se baseou em pesquisas doutrinas e jurisprudenciais, bem como em dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, OMS e em pesquisa realizada pela IPEA. Por fim, apresentaremos as considerações finais a respeito da pesquisa realizada, respondendo a indagação se o judiciário, ao exercer o denominado ativismo judicial, estaria a construir ou a destruir as políticas públicas existentes.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo; Judicial; Políticas; Públicas; Estado; Público.

ABSTRACT

Judiciary has a very relevant and a very important role within society, given to its jurisdictional function. After the 1988 Constitution, the Judiciary has, increasingly, occupied the Constitutionality control function, and, therefore acting, with the proper invocation of jurisdiction, to ensure the application of Fundamental Rights and principles presents in the Constitution. In this context, the Judiciary has been acting in other State function areas, especially related to the public policies of the executive function, to ensure the respect of fundamental constitutional rights. This project purpose is to analyze the judicial activism, in relation to public policies and considering the minimum existential and reserve of the possible theories. Therefore, the present study was based on doctrines and case law survey, as well as data provided by the Ministry of Health, OMS and researches made by IPEA. Finally, we will present the final considerations about the survey made, answering whether the Judiciary, while exercising the so called judicial activism, would be constructing or destroying existing public policies.

¹Professor Universitário da PUCPR, campus Londrina, e da UEL. Mestre em Direito Negocial pela UEL Doutorando pela PUCPR.

KEYWORDS: Activism; Judicial; Policies; Public, State, Public.

1. INTRODUÇÃO

Não há como negar a atualidade do tema, haja vista, cada vez mais, decisões proferidas pelo Poder Judiciário, inclusive pelo próprio STF, sob a óptica de tutela de direitos fundamentais individuais e sociais na busca da efetivação das políticas públicas e, inclusive a criação de políticas públicas, através do chamado ativismo judicial.

Desta forma, podemos fazer a seguinte indagação: Será que o Ativismo Judicial contribuiu para Construção ou para a Desconstrução de Políticas Públicas?

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo discutir a questão apresentada, trazendo não somente o ponto de vista de doutrinadores, mas também a posição jurisprudencial do nosso STF.

Inicialmente discorreremos sobre o liberalismo, neoliberalismo e a função do Estado Contemporâneo, principalmente em relação às políticas públicas.

Após, para a melhor compreensão do tema proposto, procuraremos definir dos direitos fundamentais, bem como a concepção contemporânea da função jurisdicional do Estado sob o enfoque das políticas públicas.

Finalmente, analisaremos o ativismo judicial e a sua interferência nas políticas públicas, principalmente sobre o ponto de vista do chamado mínimo existencial e da reserva do possível.

2. Do Absolutismo ao Liberalismo e ao Constitucionalismo Social e Pós-Social – Da Função do Estado Contemporâneo a Luz da Constituição Federal de 1988

Os Estados absolutistas, na visão de Rousseau (2001, p. 47/48), ao estabelecerem normas de conduta não o faziam em nome do povo, mas sim de acordo com a vontade do governante, motivo pelo qual era considerado um ato arbitrário.

Montesquieu destaca que a tripartição dos poderes se fazia necessária a fim de que o “[...] poder limite o poder” (NEVES, 2011, p. 47).

A primeira Constituição a estabelecer a divisão dos poderes foi a *Virginia Bill of Rights* em 12.06.1776 nos Estados Unidos, objetivando limitar a opressão da Inglaterra no

campo dos tributos impostos e dos julgamentos dos crimes praticados contra a coroa inglesa em território britânico (NEVES, 2011, p. 47)².

O Liberalismo, como destaca Norberto Bobbio (2000, p. 17), pode ser visto que uma concepção de Estado onde o mesmo tem poderes e funções limitadas, contrapondo a ideia do Estado Absoluto e do Estado Social.

Em decorrência das mudanças econômicas, culturais e, principalmente, sociais, constatou-se que o Liberalismo não conseguia diminuir as desigualdades sociais, motivo pelo qual surge a necessidade de ser pensar um Estado garantidor de direitos (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 25).

Do Estado liberal para o Estado social ocorreu uma grande mudança não só na própria concepção do Estado, mas também nas suas finalidades, passando a atender o interesse comum, objetivando satisfazer os direitos fundamentais, devendo garantir a igualdade material de tratamento dentro do âmbito social (GRINOVER, 2010, p. 10/11).³

Nesse período, a partir do final do século XIX, o sistema jurídico verificou uma verdadeira explosão legislativa, acarretando uma sobre-juridificação da realidade social, ampliando a quantidade de normas protetivas dos direitos dos cidadãos (BRASIL JR., 2010, p. 99).

Finalmente, a partir da década de setenta, início da década de oitenta, tem início o Estado Pós-Social (denominação dada por Celso Campilongo) onde se constata a crise do Estado Social (também denominado de Estado-Providência) (BRASIL JR., 2010, p. 99).

Inegavelmente o Estado Contemporâneo, conforme se verifica na Constituição Federal de 1988, tem uma função primordial marcante, não apenas de editar lei, mas também de realização de políticas públicas e programas de ação governamental (COMPARATO, 1997, p. 19) com vistas a assegurar a efetivação dos direitos sociais.

No entanto, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 589/590) ressalta que

No âmbito jurídico, a comunhão de alguns fatores faz com que a situação fique ainda mais complexa, sobretudo após a promulgação de constituição de 1988. Essa complexidade é decorrência das seguintes variáveis: de um lado, as políticas públicas implementadas pelos governos nunca foi suficiente para satisfazer a imensa demanda de uma população carente de serviços em quantidade e qualidade aceitáveis; de outro lado, a atual constituição ampliou ainda mais o processo de

²Não se pode deixar de enfatizar três marcos importantíssimos para o surgimento do liberalismo, quais sejam, a Declaração dos Direitos do Homem, a Revolução Francesa e a Constituição Francesa de 1791.

³Os direitos individuais (cíveis e políticos) e deveres negativos são conhecidos como direitos de primeira geração onde se privilegiava a autonomia aos indivíduos, limitando o poder de agir do Estado (inerente ao Estado liberal). Já os direitos sociais e deveres positivos são conhecidos como direitos de segunda geração onde se busca a tutela de direitos à saúde, à educação e à moradia, principalmente, cabendo ao Estado realizar esses direitos (SILVA, 2008, p. 589/590).

constitucionalização de temas que já foram vistos como reservados ao campo da política, como a regulação do salário mínimo, a fixação de taxas de juros e a garantia de direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia.

Não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 foi um marco muito importante para a “[...] inclusão dos destinatários das ações de Estado à sociabilidade mais igualitária no processo de tomada de decisões” (LEAL, 2003, p. 829).

A Constituição Federal de 1988, pautada nos objetivos fundamentais do art. 3º e 4º, impõe ao Estado o dever de criar políticas sociais (*facere e praestare*), transformando o Estado Social em um Estado Democrático de Direito (GRINOVER, 2010, p. 12).

3. Dos Direitos Fundamentais Individuais e dos Direitos Fundamentais Sociais e as Políticas Públicas

Antes de adentrar a discussão sobre a diferenciação dos Direitos Fundamentais Individuais e os Direitos Fundamentais Sociais é necessário entender o que sejam os Direitos Fundamentais.

Jorge Miranda ensina que os direitos fundamentais são “[...] os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente considerados, assentes na Constituição” (2008, p. 9). A positivação dos direitos fundamentais na Constituição “[...] significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo” (CANOTILHO, 2002, p. 375).

Na concepção de José Joaquim Gomes Canotilho os “[...] direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente [...]” (CANOTILHO, 2002, p. 391), e os direitos do homem “[...] são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) [...]” (CANOTILHO, 2002, p. 391). São fundamentais porque tratam de situações jurídicas sem as quais “[...] a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive [...]” (SILVA, 1990, p. 151).

Os direitos fundamentais são classificados de acordo com a história do mundo civilizado (BONAVIDES, 2008, p. 564), respectivamente em direitos de primeira a quarta geração.

Os de primeira geração correspondem os direitos de liberdade, ou denominados negativos. Os de segunda geração correspondem aos direitos sociais, uma ação positiva do Estado ou ‘liberdade social’, qualificando-se como posições jurídicas (direitos) que visam

impedir os malefícios impostos pelos Poderes Públicos ou visam à obtenção de benefícios. Os de terceira e de quarta geração, para parte da doutrina tratam-se de subespécies (BOBBIO, 2004, p. 26). Como exemplos de direitos de terceira geração têm-se os direitos da fraternidade ou solidariedade, enquanto que os direitos de quarta geração seriam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2008, p. 569).

Virgílio Afonso da Silva entende que os direitos individuais (civis e políticos), assim, denominados como direitos de 1ª. geração (deveres negativos do Estado), tem por “[...] garantir uma esfera de autonomia aos indivíduos, no interior na qual o Estado não deve interferir. Por isso é que se diz que tais direitos – como liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, o direito de reunião etc, - impõem um dever negativo ao Estado” (2008, p. 589).

No caso dos direitos sociais, tidos como de 2ª. geração, (deveres positivos do Estado), são “[...] particularmente os direitos à saúde, à educação e à moradia, têm uma estrutura diversa: sua realização não requer uma abstenção estatal” (SILVA, 2008, p. 589).

Uma importante diferenciação entre os Direitos Fundamentais Individuais e os Direitos Fundamentais Sociais está no fato, conforme Virgílio Afonso da Silva, de que os Direitos Fundamentais Sociais, para a sua realização, dependem de enormes gastos públicos, motivo pelo qual o Juiz não pode decidir com base em um simples raciocínio lógico (SILVA, 2008, p. 589).

Em sentido oposto, Maria do Socorro Azevedo de Queiroz afirma que não a distinção dentre os Direitos Fundamentais Individuais e os Direitos Fundamentais Sociais, pois “[...] se assentam em questões históricas apenas, que já não se sustentam na atualidade, visto que todos os direitos fundamentais são do indivíduo em sociedade, tendo como objetivo sua realização social” (2011, p. 21).

Na mesma linha, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, discorrendo sobre o Direito a saúde considera-o como direito individual, e não somente coletivo, sendo perfeitamente possível o ativismo judicial em relação aos Direitos Fundamentais Individuais⁴,

⁴Se, por um lado, é inquestionável que o direito à saúde é direito de todos, não se pode, por outro, agasalhar a tese de que se cuida de um direito coletivo e que, por ser direito coletivo, não poderia ser objeto de dedução individualizada em Juízo, especialmente para além das hipóteses previamente previstas na legislação infraconstitucional. [...] Em primeiro lugar, o fato de todos os direitos fundamentais (e não apenas os sociais) terem uma dimensão transindividual (coletiva e difusa), em momento algum lhes retira a condição de serem, em primeira linha, direitos fundamentais de cada pessoa, ainda mais quando a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada. Pela mesma razão, não se poderia afastar a possibilidade da tutela individual, o que não significa dizer que existem problemas a serem enfrentados e que em muitos casos (mas não em todos!) a tutela judicial mais adequada e efetiva deva ocorrer de modo coletivo. Os direitos sociais [...] são

posição esta que se vislumbra ser a mais adequada⁵. Inclusive, salientam que os Direitos Fundamentais Sociais não são somente positivos (*praestare*), posto que “[...] há que destacar que a Constituição de 1988 incluiu no seu rol de direitos sociais, típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como dão conta, entre outros, os exemplos de direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre trabalhadores (direitos especiais de igualdade)” (WANG, 2008, p. 544).

A relação entre os Direitos Fundamentais, em especial os Sociais, e as políticas públicas é indiscutível, haja vista que a efetivação dos Direitos Sociais deve ocorrer, predominantemente, através das políticas públicas.

As políticas públicas a partir da inserção na carta magna, dentro dos Direitos Fundamentais, passam a ser analisadas não somente pelos cientistas políticos e pelos sociólogos, mas também pelos juristas e, especialmente, pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, Hector Cury Soares afirma que as políticas públicas são como *Standard* que tem objetivos de natureza social, econômico e político, devendo, por conseguinte, respeitar as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal cabendo, não somente ao poder executivo, mas a todos os demais poderes (legislativo e judiciário) a realização das mesmas (SOARES, 2012, p. 23).

Ivanilda Figueredo (2006, p. 165) ressalta que

Nos tempos atuais, quando as Constituições (vide os seguintes artigos da Carta brasileira: 3º., 6º., 7º., 129 (inciso III) e as disposições da Ordem Social da Carta brasileira) e a Normativa Internacional, (veja-se a Convenção do Milênio) ocupam-se não só em anunciar os direitos sociais, mas também em impor metas e desígnios para assegurar a efetividade dos mesmos, passou-se gradativamente a exigir a imersão dos juristas na aferição da adequação do desenho dos programas de ação governamental às normas jurídicas, em especial, à Constituição.

E complementa (FIGUEREDO, 2006, p. 166):

As políticas públicas instituídas por quaisquer dos níveis de governo têm de obedecer aos imperativos da Carta brasileira, que está permeada por direitos fundamentais de toda ordem (civis, políticos, sociais...), resguardados pela blindagem do artigo 60, § 4º., o qual garante a impossibilidade de se ameaçar o núcleo essencial destas disposições.

Em suma, pelo fato das políticas públicas disporem sobre Direitos Fundamentais, principalmente de Direitos Fundamentais Sociais, conforme estabelecido na Constituição

sempre também individuais e, portanto, direitos de cada um, o que assume particular relevância no campo da saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 39).

⁵ Daniel Wei Liang Wang ressalta que em todas as decisões que analisou em relação do STF nenhuma delas houve discussão ou negativa de concessão dos medicamentos ou tratamentos pleiteados sob a fundamentação que o Direito à Saúde deveria ser considerado como um Direito Coletivo, não podendo ser tutelado como sendo um Direito Individual (2008, p. 544).

Federal, é inegável que o Estado (nas suas respectivas funções) deve criar mecanismos aptos à concretização dos respectivos direitos a através de políticas públicas.

4. Da Função Jurisdicional do Estado Contemporâneo

As transformações do Estado - do absolutismo ao sistema atual – “pós-social”, através das mudanças promovidas pela Constituição de 1988, consolidou um modelo de controle de constitucionalidade híbrido e complexo, que objetiva conciliar as tradições do *civil law* e do *commow law*, motivo pelo qual a função Jurisdicional do Estado necessita ser adequada às necessidades contemporâneas de uma sociedade de direitos.

Samuel Meira Brasil Junior (2010, p. 102) destaca três períodos distintos da função dos tribunais:

[...] no primeiro período, os tribunais eram reativos e politicamente neutralizados, visando apenas legitimar os demais poderes, ao reproduzir e confirmar a atuação destes, no segundo período, os tribunais assumem uma postura mais ativa e com conteúdo político mais controverso, que corresponde à sua “quota-parte de responsabilidade política no sistema democrático”, ou seja, visando a tutelar os direitos sociais não prestados pelo Estado-Providência em razão de sua incapacidade financeira, política e orçamentária, por fim, no terceiro período, o desempenho dos tribunais torna-se politizado em alto grau, com um caráter intervencionista, de modo a evitar a própria degradação da democracia pelo abuso do poder público.

O Poder Judiciário passa a ocupar (principalmente o Supremo Tribunal Federal) um papel de destaque, haja vista o exercício que faz sobre o controle da constitucionalidade, seja no âmbito do controle difuso, bem como no controle direto (VERÍSSIMO, 2008, 425).

Dentro dessa concepção e ressaltando o caráter normativo das decisões do Supremo Tribunal Federal, o ministro Gilmar Mendes em julgamento da Reclamação n.4.335-5, discorrendo sobre as decisões proferidas pelo STF a luz do controle incidental e sobre uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988 afirmou que:

[...] legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no *Diário do Congresso*. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.

O juiz deve sempre fazer a interpretação da Constituição Federal levando em consideração os princípios basilares da supremacia da Constituição, continuidade da ordem

jurídica e unidade da Constituição, posto que os princípios ocupam um papel indispensável na interpretação constitucional (PAMPLONA; ANNOMI. 2013).

Danielle Anne Pamplona ressalta que “[...] A possibilidade de se efetuar um controle da constitucionalidade das leis existe para que se garanta a supremacia da Constituição e para que haja alguma limitação ao poder político” (2006, p. 44).

A função jurisdicional do Estado deve buscar garantir o acesso Justiça, podendo ser entendido “[...] como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 12).

Assim, existem dois caminhos a seguir, quais sejam:

a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 41).

Nessa contextualização, não há como negar ao Judiciário a legitimidade para conceder uma tutela jurisdicional e garantir, por exemplo, um medicamento a um cidadão que necessita do mesmo para sua sobrevivência.

Entretanto, esse poder não deve ser realizado de forma discricionária, sem levar em considerações as políticas públicas existentes, bem como as peculiaridades do caso analisado.

Não podemos nos esquecer de que as políticas públicas não são criadas apenas pelo executivo, conforme já destacado anteriormente, tendo a participação dos demais poderes, respectivamente, legislativo e judiciário, inclusive das “[...] pressões da sociedade civil mobilizada” (SILVA, 2008, p. 595), fato este incontestável.

5. Do Ativismo Judicial e sua Participação na (Des) Construção das Políticas Públicas – Garantia ao Mínimo Existencial X Reserva do Possível

A ausência de um Estado garantidor a fim de objetivar a efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal faz com que o Poder Judiciário assumira papel de relevância visando à efetivação dos mesmos, o que tem gerado um aumento considerável das demandas judiciais em áreas de atuação de políticas públicas (LIMBERGER; SOARES. 2010, p. 6).

Luiz Roberto Barroso (2001, p. 6) ensina que “[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. E complementa, “[...] Normalmente ele se instala em situações de retração

do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Lênio Streck (2007) discorrendo sobre o ativismo judicial em relação às políticas públicas destaca:

Por eso, he concluido, que las cuestiones ligadas al cumplimiento de las tareas sociales como la formulación de las respectivas políticas en el Estado Democrático (y Social) de Derecho, no están relegadas solamente al gobierno y a la administración (Gilberto Bercovici), sino que tienen su fundamento em las propias normas constitucionales sobre derechos sociales: su observación por el Poder Ejecutivo puede y debe ser controlada por el Poder Judicial”.

Não podemos deixar de considerar que as políticas públicas não são exercidas apenas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário, haja vista que àquelas devem compatibilizar-se com a Constituição, motivo pelo qual cabe ao Poder Judiciário analisar, “[...] em qualquer situação e desde que provocado, o que convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’ sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º. Da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade” (CANELA, 2011, p. 8).

O Estado deve garantir a todos o mínimo existencial, ou seja, os Direitos Fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana:

O mínimo existencial diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistencial social, ao acesso à justiça, a moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância (WATANABE, p. 2011, p. 19).

Dentro do mínimo existencial tem-se o Direito Fundamental Social à Saúde, previsto que no art. 196 da Constituição Federal⁶, como um Direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Podemos afirmar que o mínimo existencial foi reconhecido, inicialmente, na Alemanha, com o nascimento do direito fundamental às condições materiais que asseguravam uma vida com dignidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20).

Na doutrina Pós-Guerra, Otto Bachof foi o primeiro jurista a defender o reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma vida digna, justificando que o princípio da dignidade da pessoa humana não se limita apenas a

⁶ Destaca-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme art. 5º, §1º, da Constituição Federal.

garantia da liberdade, mas também um “mínimo de segurança social”, pois sem os recursos materiais, nenhum ser humano poderia sobreviver (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20).

Um marco importante para a efetivação do “mínimo existencial” foi à decisão proferida pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, que

[...] reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida [...] o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20).

Finalmente, o Tribunal Constitucional Federal alemão também consagrou o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência mínima (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20).

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar da ausência expressa no texto constitucional sobre a existência do mínimo existencial, inegavelmente, o mesmo está previsto de forma implícita a luz de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*), da nossa Carta de 1988, resgatando o que já se proclamava na Constituição de Weimar, de 1919 (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20), tendo como objetivo o respeito da dignidade humana, o direito à vida e à integridade física.

É prudente reiterar o posicionamento adotado neste artigo de que os Direitos Fundamentais Individuais estão inseridos nos Direitos Fundamentais Sociais, como por exemplo, Direito à Saúde, e, desta forma, é perfeitamente possível à tutela jurisdicional ao fornecimento de um medicamento a um cidadão, posição esta adotada por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (“[...] são sempre também individuais e, portanto, direitos de cada um, o que assume particular relevância no campo da saúde [...]”) (2010, p. 20), a fim de garantir o “mínimo existencial”.

Tomando por exemplo às políticas públicas na área da saúde, inclusive para justificar, para muitos, o ativismo judicial, apresentamos alguns dados sobre a aplicação orçamentária no Brasil na área da saúde⁷.

De acordo com informações retiradas do site da BBC Brasil no ano de 2011 (dados fornecidos pela OMS) observa-se:

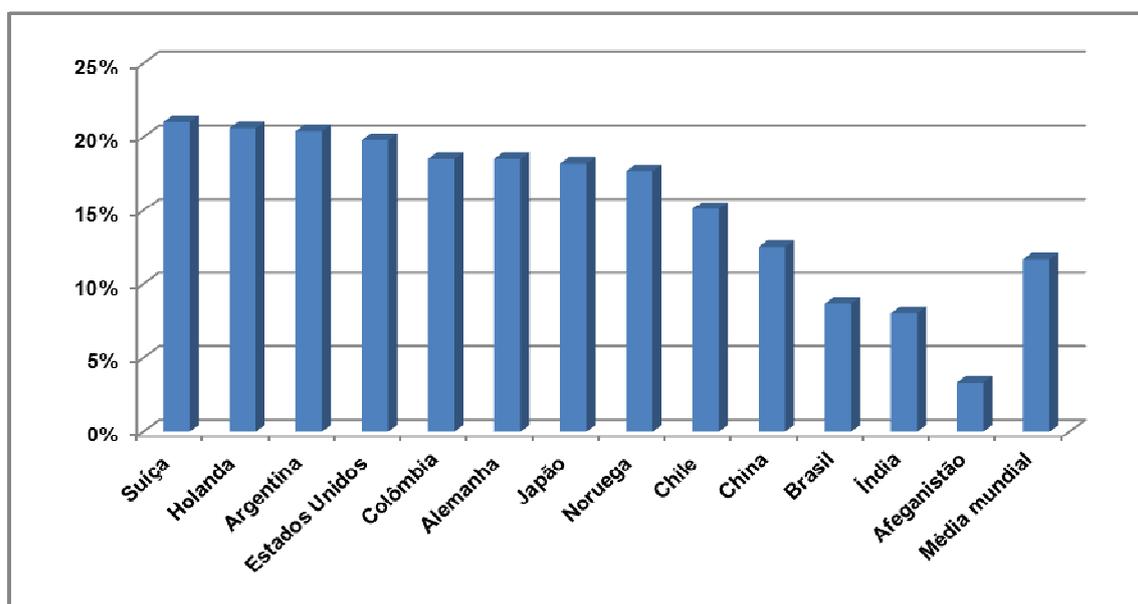
[...] os gastos privados com a saúde responderam por cerca de 54% das despesas totais na área, enquanto que o governo financiou os 46% restantes. A taxa é inversamente proporcional à de muitos países ricos e de alguns emergentes, em que a maior parte dos investimentos na saúde é feita pelos governos, como é o caso da Noruega (86%), Luxemburgo (84%), Grã-Bretanha (83%) e Japão (80%), além de Turquia (75%), Colômbia (74%) e Uruguai (68%).

⁷ Também chamada de “Constituição Orçamental”, denominação esta dada por Canotilho e Moreira (apud LIMBERGER, 2010, p. 52).

Segundo a OMS, no Brasil a parcela do orçamento federal destinada à saúde (em torno de 8,7%) também é menor, inclusive, do que a média dos países africanos (10,6%) e a média mundial (11,7%). Dez anos atrás, no entanto, a situação era ainda pior: apenas 4,7% dos gastos públicos eram investidos na saúde⁸.

No gráfico abaixo (dados do ano de 2011), destacam-se os orçamentos de alguns países na área da saúde, inclusive em relação ao Brasil:

INVESTIMENTO DOS PAÍSES NA ÁREA DA SAÚDE (%)



Fonte: OMS/2011.

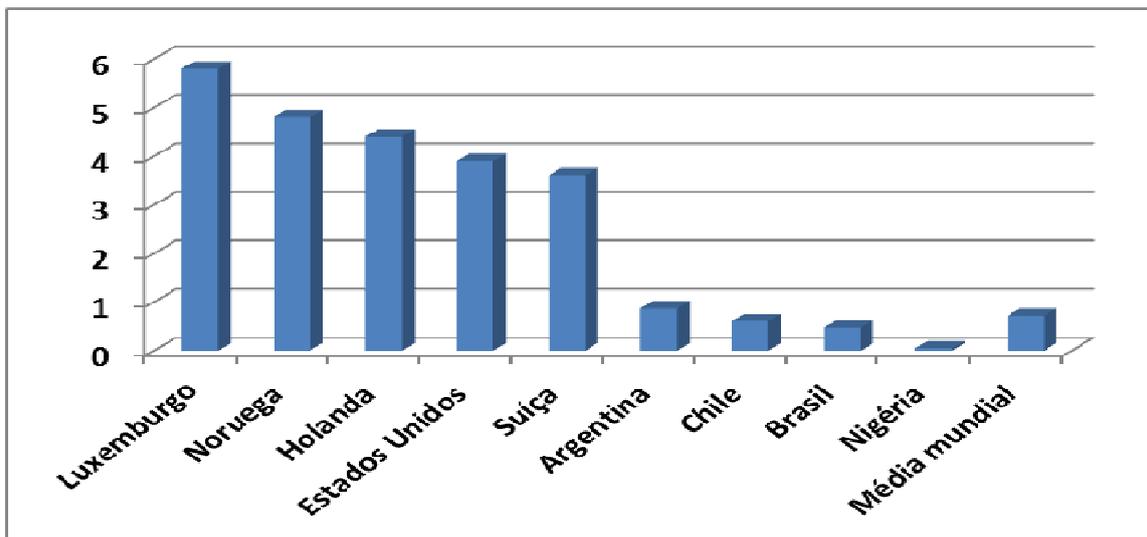
Como se vê, o Brasil, em que pese o aumento de investimento nos últimos 10 (dez) anos (percentagem de acordo com o PIB), os valores investidos estão muito aquém dos necessários. Aliás, o Brasil, em termos de investimento, está abaixo da Colômbia, do Chile (muito abaixo) e da média mundial.

Mais preocupante ainda é a situação das políticas públicas na área da saúde quando se verifica o gasto em dólares por habitante, conforme gráfico abaixo:

⁸ http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/04/130402_saude_gastos_publicos_lgb.shtml

GASTOS NA ÁREA DA SAÚDE POR HABITANTES

(US\$)



Fonte: OMS/2011.

Enquanto que em Luxemburgo gasta 5,8 mil dólares por habitante na área de saúde, Noruega 4,8 mil, Holanda 4,4 mil e os Estados Unidos 3,9 mil, o Brasil gasta, apenas, 477 dólares, ou seja, um total descaso com o direito a saúde do povo Brasileiro.

Através dos dados apresentados na área da saúde, constatamos que o Estado Brasileiro não tem cumprido adequadamente o seu papel idealizado na Constituição Federal de 1988 na instituição de políticas públicas na área da saúde para suprir as necessidades mínimas existentes, motivo pelo qual a participação do Poder Judiciário se faz necessária.

Aliás, não é somente na área da saúde que se verifica a ausência de efetivação das políticas públicas, tal situação também ocorre na área de saneamento básico, educação e habitação, dentre outros.

Paulo Bonavides enfatiza que o problema da judicialização dos Direitos Sociais tornou-se de suma importância para as Constituições dos Estados Sociais (BONAVIDES, 2004, p. 186).

Ao reconhecer a importância do ativismo judicial para a concretização dos Direitos Sociais, o autor destaca a necessidade de observar uma sequência para a judicialização dos Direitos Sociais, “[...] reconhecer a vinculação Constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle judicial de Constitucionalidade, e, por fim, restabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade” (BONAVIDES, 2004, p. 186).

O ativismo judicial em relação aos direitos fundamentais, por conseguinte ao mínimo existencial, é uma garantia prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 8º, que estabelece que “[...] todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei [...]”, bem como reconhecida na própria Constituição Federal de 1988 a partir da interpretação da garantia do Acesso à Justiça (princípio da inafastabilidade da tutela judicial), previsto no art. 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”).

Discorrendo sobre as decisões judiciais do STF sobre a possibilidade de análise das questões políticas Danielle Anne Pamplona conclui “[...] Portanto, no Brasil, mesmo com a importação da doutrina⁹, sempre que houver um direito fundamental envolvido, o Poder Judiciário tem o poder-dever de se manifestar. Esse poder-dever decorre dos princípios expressos na Constituição Federal [...]” (PAMPLONA, 2006. p. 65).¹⁰

A participação do Poder Judiciário se faz necessária para que as políticas públicas possam ser implementadas, fiscalizadas, corrigidas e complementadas, inclusive, podendo formular novas políticas públicas (CAMBI, 2010, p. 35)¹¹, objetivando, acima do tudo a garantia do “mínimo existencial”.

Samuel Meira Brasil Jr. (2010, p. 111), ao fazer uma análise sobre os limites funcionais do poder judiciário na teoria sistêmica (sob enfoque na teoria de Luhmann) e a judicialização das políticas públicas enfatiza que “[...] o judiciário deve comportar-se adequadamente à procura, mas sempre atento para não romper os limites do sistema jurídico e ingressar no sistema político (desdiferenciação¹²)”.

E traz as seguintes conclusões:

[...]

⁹A doutrina das questões políticas sustenta que o poder judiciário não tem legitimidade para analisar conflitos que envolvam os diversos poderes, pois de acordo com a doutrina “[...]tem suas raízes na crença de que o Poder Judiciário não deve analisar conflitos entre os diferentes poderes, pois há algumas situações que podem ser melhor resolvidas através do processo político, deixando-se para os eleitores a tarefa de aprovar ou não as decisões tomadas, através das eleições”. (PAMPLONA, 2006. p. 65).

¹⁰ “[...] o que se pode chegar após essa breve exposição desse estudo de caso, que, ainda que pontual, reflete bem o enfoque que os juristas dão em geral à justiciabilidade dos direitos, é que, em primeiro lugar, os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem [...]”(SILVA, 2008, p. 589/590).

¹¹A nossa posição é no sentido de não admitir que o Poder Judiciário possa criar políticas públicas sem a participação dos demais “poderes”.

¹²Quando um sistema tente dominar o outro sistema. Por exemplo, o sistema jurídico tente dominar o sistema político.

O que se trona preocupante é quando um sistema exerce uma “função intervencionista”, de modo a usurpar função típica de outro sistema. Quando, por exemplo, o sistema jurídico pretende exercer uma função política; um sistema político tenta exercer uma função econômica etc. o intervencionismo pode desestabilizar a autorreferência do Direito. Se esse for o caso, então a atuação dos tribunais extrapolou sua função específica e há risco de desdiferenciação sistêmica. Se, ao contrário, o desempenho do judiciário é apenas uma realização às irritações provadas por outros sistemas, mas opera com elementos do próprio sistema jurídico, então é um comportamento natural (BRASIL JR., p. 119).

Roberto Omar Berizonce reconhece que o ativismo judicial é aplicado em diversos países da América do Sul, haja vista as disposições constitucionais a respeito do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Entretanto, destaca a sua preocupação com a ausência de limites do ativismo judicial, afirmando que poderia ocasionar “[...] un dramático y no querido “gobierno de los jueces” [...] (2010, p. 69).

Ou seja, ao se admitir que o Poder Judiciário tenha legitimidade para intervir nas áreas de políticas públicas é necessário verificar se esse ativismo não possui limites, para que não ocorra a desdiferenciação, bem como não coloque em risco as políticas públicas já estabelecidas em decorrência de realocação de gastos públicos face às decisões judiciais.

No final de ano de 2012, a folha de São Paulo publicou os gastos com decisões judiciais em decorrência do ativismo judicial em relação à determinação para conceder medicamentos e tratamentos médicos:

A conta da chamada judicialização da saúde alcançou novo recorde: R\$ 339,7 milhões gastos pelo governo federal de janeiro a outubro.

O valor engloba as compras diretas de remédios, equipamentos e insumos pelo Ministério da Saúde, e o repasse a Estados, a municípios e a pacientes para o cumprimento de decisões judiciais.

O balanço preliminar de 2012 supera em quase 28% o que foi gasto em todo o ano de 2011 --que, por sua vez, registrou um aumento de 90% em relação ao gasto de 2010.

Entre 2007 e 2011, o crescimento dessas despesas da União chega a 1.237% --esses cálculos não incluem as ações contra Estados e municípios.

Como comparação, os R\$ 339,7 milhões são 2,6 vezes o investimento anual do ministério na incorporação, no SUS, do medicamento trastuzumabe -- utilizado contra o câncer de mama.

A escalada dessas ações --12.811 novas em 2011, com 70% de decisões desfavoráveis à União-- está registrada num relatório da consultoria jurídica do ministério obtido pela Folha (NUBLAT, 2012).

O que os dados apresentados não mostram qual ou quais os motivos que tem ensejado o aumento das demandas judiciais¹³. Será que a ausência de fiscalização e ausência de análise dos resultados das políticas públicas e, inclusive, a necessidade de readequação e atualização das listas de medicamentos (por exemplo, ausência de inclusão de novos

¹³ Muitas ações judiciais decorrem da ausência de atualização dos remédios nas listas da ANVISA, remédios que já foram reconhecidos como mais eficazes nos tratamentos.

medicamentos nas listas da ANVISA) contribuíram para a crescente demanda judicial e, por conseguinte, para o aumento dos gastos com as decisões judiciais?

Um dos fundamentos apresentados por Virgílio Afonso da Silva quanto ao aumento do gasto decorre do fato de que os juízes não estão preparados, ou seja, não tem “competência” para julgar os casos apresentados em relação aos pedidos de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos em relação às ações individuais, pois através das suas decisões concedem medicamentos de forma irracional e individualista, ignorando a existência de políticas públicas (SILVA, 2008, p. 595), podendo colocar em risco as já existentes, haja vista a necessidade de realocação de verbas no orçamento.

O autor apresenta uma pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas) onde demonstra que em relação às decisões judiciais os juízes, ao analisarem pedidos para a concessão de medicamentos, mesmo existindo políticas públicas “[...] específicas para DST/AIDS, nenhum deles trata pormenorizadamente do desenho institucional da política pública praticada pelo Estado” (SILVA, 2008, p. 595).

Quanto a essa questão, em que pese à posição do autor, a maioria da doutrina, bem como em relação aos magistrados, inclusive os ministros dos STF e STJ, têm reconhecido que o Poder Judiciário tem legitimidade e capacidade para intervir nas políticas públicas, “[...] especialmente as relacionadas a fornecimento de medicamentos” (MOURA, 2012, 1552); inclusive através de ações individuais.

Outro dado interessante diz respeito à análise ou não dos aspectos econômicos (reserva do possível) pelos juízes em relação ao deferimento dos pedidos de concessão de medicamentos ou tratamentos. De acordo com a pesquisa, verifica-se que nos casos de concessão de medicamentos, apenas 4,1% dos juízes analisam a questão econômica e nos casos de não concessão aproximadamente 66,7% analisam a questão econômica (MOURA, 2012, 1552).

Eis aqui um dos principais fundamentos para a não concessão de tutela jurisdicional através de um exercício do direito de ação individual, qual seja, a questão da “reserva do possível”, contrapondo, para muitos, o mínimo existencial.

A reserva do possível tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão na discussão sobre “*Numerus Clausus das Vagas em Universidades*”. O Tribunal entendeu que o direito à educação não implicaria em dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, cabendo ao Poder Público demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, considerando os recursos financeiros disponíveis (MARMELSTEIN, 2009, p. 320).

A partir desse julgamento admitiu-se a ativismo judicial em relação aos Direitos Fundamentais de prestações, cabendo ao Judiciário, observado o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público às medidas necessárias à implementação dos respectivos direitos, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível (MARMELSTEIN, 2009, p. 320).

Nesse contexto, é inegável que os direitos fundamentais encontram-se, de algum modo, afetado pela assim designada “reserva do possível”, seja pela disponibilidade de recursos existentes, seja pela capacidade jurídica de deles se dispor (SARLET; FIGUEIREDO. 2010, p. 19).

A reserva do possível, como já destacado, é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais (MARMELSTEIN, 2009, p. 322).

Assim, diante da problemática entre mínimo existencial e reserva do possível é imprescindível que se exija do magistrado a preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, visto que a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes através das políticas públicas existentes (MARMELSTEIN, 2009, p. 322).

Na visão de Kazuo Watanabe os direitos fundamentais sociais, sob a perspectiva da justiciabilidade imediata, ou seja, da possibilidade de tutela jurisdicional, podem ser distribuídos em três categorias: I – os que correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana e configuram o chamado mínimo existencial (direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistencial social, ao acesso à justiça, a moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância); II – os que, embora não estejam referidos ao mínimo existencial, estão previstos em normas constitucionais de densidade suficiente e por isto não são dependentes, para a judicialização, de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica (art. 230, parág. 2º. Da CF/88 – assegura aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos, dentre outros); III – os demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático (2011, p. 24).

Para o autor, os direitos fundamentais sociais pertencentes ao chamado mínimo existencial ou aqueles que estão previstos em normas constitucionais de densidade suficiente são imediatamente judicializáveis, sendo que no caso da 1ª. hipótese (mínimo existencial) a cláusula da reserva do possível não poderá ser invocada. No caso dos demais direitos

fundamentais sociais previstos em normas constitucionais de cunho programático para ser aplicado dependerá de prévia ponderação, por meio de política específica, dos demais poderes do Estado (WATANABE, 2011, p. 24).

Em outro sentido, Ada Pellegrini Grinover, entende que o ativismo judicial, sob a análise da reserva do possível, pode levar o Poder Judiciário a obrigar a administração pública a uma obrigação de fazer em “[...] duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação” (2010, p. 25).

E finaliza dizendo que existem limites em relação à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, quais sejam “[...] *i.* a restrição à garantia do mínimo existencial; *ii.* a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; *iii.* a reserva do possível; [...]” (GRINOVER, 2010, p. 36).

Em parte concordamos com a posição apresentada, mas não se pode admitir a reserva do possível como fundamento limitador, mas sim como fator a ser considerado pelo Juiz a luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Aliás, ressalta-se que até a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 91¹⁴ o STF vinha concedendo os medicamentos ou tratamentos médicos a todos aqueles que pleiteassem, como sendo um Direito Fundamental Individual à saúde, não fazendo qualquer análise quanto à “reserva do possível” (WANG, 2008, 543/544).

Em decorrência da grande quantidade de ações existentes e da complexidade da questão, o ministro Gilmar Mendes em julgamento da STA n. 175 (inclusive com realização de audiência pública – n. 04), elaborou uma recomendação, sob n. 31 do CNJ¹⁵, com a finalidade de explicitar a importância na definição de critérios para as decisões judiciais que envolvam a efetivação do direito à saúde, no que se refere à concessão de medicamentos e tratamentos médicos aos cidadãos, independente da existência de políticas públicas¹⁶.

¹⁴Suspensão de Tutela Antecipada n. 91 proferida pelo STF.

¹⁵ Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo assistência à saúde.

¹⁶[...] RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

No entanto, a recomendação não afasta a possibilidade de concessão de decisões judiciais, inclusive de liminares, principalmente em casos de omissão da Administração Pública (não implantação ou implantação precária das políticas públicas) concretização do direito à saúde e à vida, ou seja, os Direitos Fundamentais, principalmente para implantar, corrigir e, conseqüente, exigir o cumprimento dos Direitos Fundamentais (mínimo existencial)¹⁷.

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;

Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação a todos os Tribunais.

Ministro GILMAR MENDES (<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>)

¹⁷ **EMENTA:** TUTELA ANTECIPADA. Nos termos das respostas aos quesitos formulados para perícia técnica, o diagnóstico clínico da autora é de asma grave, trata-se de doença potencialmente letal, o medicamento omalizumabe é eficaz para tratar o quadro, e há medicamentos mais baratos, mas "a autora já usou, ou usa, todos esses, ainda sem controle adequado da doença [...]". Ante o exposto, concedo a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar ao estado-réu que forneça à autora o medicamento com princípio ativo omalizumabe, de acordo com as prescrições médicas apresentadas periodicamente.

(STF. ACO – Ação Cível Originária Nº 1670. Origem: Santa Catarina – Relator Min. Joaquim Barbosa. Decisão em: 28/10/2010).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus

6. Considerações Finais

Considerando os argumentos trazidos, podemos apresentar as seguintes considerações finais.

Inicialmente, é oportuno salientar que o tema ativismo judicial, em relação às políticas públicas, apesar do reconhecimento pelo Poder Judiciário sobre a sua aplicação, é um tema novo, motivo pelo qual existe muita divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito.

O ativismo judicial pode ocorrer seja em relação as Direitos Fundamentais Sociais, bem como através de ações individuais, devendo o Poder Judiciário intervir nas políticas públicas a fim de que os referidos Direitos sejam respeitados e assegurados.

Por conseguinte, é perfeitamente possível, através do ativismo judicial, a realização do controle das políticas públicas, podendo, inclusive, gerar modificações, implementação e exigir o cumprimento a fim de atender o “mínimo existencial”, garantido, desta forma, a dignidade da pessoa humana.

A reserva do possível não deve ser considerada como um fator limitante para o ativismo judicial, mas sim o fator importante da análise da situação concreta, cabendo ao Juiz, através dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, exercer a sua função jurisdicional com vistas a garantir o mínimo existencial, sem que com isso coloque em risco as políticas públicas existentes.

Resta claro que ao se admitir o ativismo judicial como um instrumento de garantia a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, inclusive através de ações individuais, ao que parece, pelo menos atualmente, não constatamos que o ativismo judicial, quanto à área da saúde, tem colocado em risco as políticas públicas existentes, contribuindo para a construção e efetivação das políticas públicas.

orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

(RE 607381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209).

No entanto, inegavelmente chegará um momento que, em decorrência do grande número de ações e de decisões judiciais obrigando, por exemplo, o Estado a conceder os medicamentos, inevitavelmente poderá colocar em risco as políticas públicas existentes, contribuindo para a desconstrução das mesmas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica. V. I, n. 6, setembro 2001.

BRASIL JR, Samuel Meira. Os limites funcionais do poder judiciário na teoria sistêmica e a judicialização das políticas públicas. **Revista de Direitos e Garantias fundamentais**. Vitória, n. 7, jan./jun. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Ed. Brasiliense: São Paulo.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 190, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle Judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **Juízes legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** São Paulo: RT, RT 739/19.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5 ed. Coimbra: Almedina. 2002.

FIGUEIREDO, Ivanilda. **Políticas públicas e a realização dos direitos sociais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril, 2006.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas.** BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord), São Paulo: Ed. RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito.** Universidade Metodista de São Paulo: São Paulo. V. 7. N. 7, 2010.

LEAL, Rogério Costa. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LIMBERGER, Têmis, SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos: desafios ao poder judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2 (1), janeiro-junho, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. 4 edição, revista e atualizada.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 9. Tomo IV (Direitos Fundamentais).

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** 2ª. ed., 2. Tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOURA, Humberto Fernandes de. Ativismo judicial e a “coletivização da ação individual”. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro.** Ano 1 (2012), n. 3. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 1552.[acesso 16 mai 2013]. Disponível em <www.idb-fdul.com>

NEVES, Rodrigo Santos. **O ativismo judicial e a tutela do meio ambiente.** Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 100, vol. 914, dez/2011.

NUBLAT, Johanna. **SUS tem despesa recorde com ações judiciais.** Folha de São Paulo. [Internet] . 2012 dez. [acesso 16 mai 2013]. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1199942-sus-tem-despesa-recorde-com-acoes-judiciais.shtml>>.

PAMPLONA, Danielle Anne. **O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal – a postura do juiz.** [Tese]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2006.).

PAMPLONA, Danielle Anne, ANNOMI, Danielle. **O processo de decisão judicial diante do pós-positivismo.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/danielle_anne_pamplona-1.pdf> acesso em: 15 mai. 2013.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira.** Curitiba: Juruá, 2011.

ROUSSAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** 3ª. ed. 4ª. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 6 ed. 2ª. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 151.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2012.

STRECK, Lênio. **La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales – sociales.** Set. 2007. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 10.05.2013.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira. **Revista Direito GV.** São Paulo. 4 (2) I, jul/dez 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV.** São Paulo. 4 (2) I, jul/dez 2008.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista do Processo.** São Paulo: RT, ano 2011.