

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

YURI SCHNEIDER

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-110-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade de Belo Horizonte/MG. Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu, entre 11/11/2015 e 14/11/2015 com o tema principal: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

Dentre os mais de 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 29 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas e na consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Há muito que o CONPEDI preocupa-se com esta área de Direitos Sociais e Políticas Públicas em GT's específicos como aqueles voltados para as relações sociais e políticas públicas de efetividade social, porém, é de destacar a introdução dos GT's específicos para tais matérias, tanto nos CONPEDIS nacionais como nos internacionais que já vem acontecendo desde o ano de 2014.

O conhecimento, pouco a pouco, vai sendo engendrado pelo pesquisa diuturna de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, evidenciam o pensamento jurídico de maneira séria e comprometida. Os Direitos Sociais já, em suas origens, apontavam como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da dignidade da pessoa humana e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nesta linha, os vinte e nove artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas nas relações sociais. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional, econômico e político, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O tema precisa ser constantemente visitado e revisitado, mormente pelo fato de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise da figura estatal internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Importante referir que, o Brasil, pelo último relatório do PNUD em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Países, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nas duas últimas décadas, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas percorrem o mesmo trajeto. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento deste novo século que apenas está começando.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, é importante reorganizar a agenda de políticas públicas estatais que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

Em terrae brasilis, já no Século XXI, temos no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar as críticas dos pensadores do Estado sobre os fatores reais do poder. É alarmante que, o Brasil, como um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda não consegue combater a fome em seu próprio território e, quando produz esse alimento, produz um alimento que mata aos poucos sua própria população, pois repleto de agrotóxicos. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos, propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como o leitor poderá perceber cada um dos autores, por meio de minuciosa análise, na sua seara de estudos, contribuiu com a seriedade na pesquisa que reflete no resultado de seu artigo.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Direitos fundamentais e sociais: desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa de Laerty Morelin Bernardino e Luna stipp;
2. Causas e consequências da desconstrução dos direitos sociais e da cidadania de Joelma Lúcia Vieira Pires, Roberto Bueno Pinto;
- 3 - A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. de Fernanda Priscila Ferreira Dantas , Maria Dos Remédios Fontes Silva ;
- 4 - A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções Administrativas. de Edimur Ferreira De Faria e Renato Horta Rezende;

5 - As Políticas Públicas e o papel das Agências Reguladoras. de Gabriel Fliege de Lucena Stuckert.

No segundo grupo apresentado foram conciliados os temas a seguir propostos:

1 - A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. de Simone Coelho Aguiar , Carolina Soares Hissa;

2 - A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. de Maisa de Souza Lopes , Thiago Ferraz de Oliveira;

3 - Aspectos relevantes da tutela jurisdicional dos direitos sociais. de Samantha Ribeiro Meyer-pflug , Christian Robert dos Rios;

4 - A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. de Glalber da Costa Cypreste Queiroz;

5 - Ativismo judicial e orçamento público. de Fabiana Oliveira Bastos de Castro.

No terceiro grupo de apresentações, foram expostos 07 artigos evidenciando o ativismo judicial e a (des)necessidade de participação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem de políticas públicas e concretização de um cenário democrático, com destaque para o artigo do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 - A política pública da saúde e os aspectos da sua judicialização. de Rafael Fernando dos Santos e Angelina Cortelazzi Bolzam;

2 - Controle judicial de políticas públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. de Juvêncio Borges Silva e Maysa Caliman Vicente;

3 - Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina. - de Anízio Pires Gavião Filho;

4 - A justicialidade das políticas públicas de saúde do idoso. Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar;

5 - A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. de Guilherme Costa Leroy;

6 - Análise crítica de alguns argumentos equivocados em tema de direito à saúde pública. - de Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar.

7 - Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. - de Pedro Bastos de Souza.

Nos terceiro e quarto grupos foram apresentados artigos quanto à (in)efetivação das políticas públicas no cenário brasileiro, latino e norte americano, já evidenciando que o CONPEDI preocupa-se com a rede de programas de pós graduação (mestrado e doutorado) que está sendo criada pelas instituições de ensino do Brasil e outros países da América Latina e do Norte.

1 - Circulação de trabalhadores no MERCOSUL: necessidade de efetivação das políticas sociais. de Lourival José de Oliveira e Patricia Ayub da Costa Ligmanovski;

2 - A ausência de políticas públicas para os direitos sociais da pessoa com deficiência: os reflexos não sentidos da convenção de Nova York no Brasil. de Marco Cesar De Carvalho;

3 - A crise no sistema carcerário brasileiro e a necessidade de judicialização de políticas públicas. de Paulo Henrique Januzzi da Silva;

4 - A segurança cidadã no contexto de Bogotá: um paradigma para a política de segurança pública brasileira. de Leticia Fonseca Paiva Delgado;

5 - As concepções de violência contra a mulher na leitura da lei Maria da Penha: um novo caminho possível pelo olhar dos direitos humanos e da ética da alteridade. de Patrick Costa Meneghetti;

6 - Direito ao desenvolvimento e à moradia. Um diagnóstico da implementação do programa Minha Casa Minha Vida no cenário brasileiro. de Karina Brandao Alves de Castro

7 - A política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade. de Ib Sales Tapajós.

8 - Ação afirmativa como vetor da justiça social: a contribuição do STF no reconhecimento da constitucionalidade do PROUNI. de René Vial.

E por fim, o último bloco foi composto por 4 artigos e discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso a estrutura estatal, senão veja-se:

1- A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. de Marta Battaglia Custódio;

2 - A política nacional de recursos hídricos: o modelo de gestão descentralizada e participativa frente ao domínio da água. de Carinna Gonçalves Simplício e Clarice Rogério de Castro;

3 - Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: o caso do Estado do Rio de Janeiro. de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Érica Maia Campelo Arruda;

4 - A mobilidade urbana através da integração da infraestrutura de transporte com o planejamento urbano: o caso do Plano Diretor de São Paulo. de Natália Sales de Oliveira

Note-se que a contribuição acadêmica, ora apresentada, é de suma importância para o processo de concretização dos Direitos Fundamentais, mormente em se falando do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e oxigena o engajamento da participação cidadã. Sendo assim, e já agradecendo aos autores, almeja-se o crescimento a partir dos trabalhos agora publicados no CONPEDI.

Por certo, não que há se negar que a significativa contribuição dos autores nos põe diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para nós, como mencionamos no início, é uma satisfação fazer esta apresentação. Aos leitores, uma ótima oportunidade para (re)pensar.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Yuri Schneider UNOESC

Professor Doutor Eduardo Martins de Lima - FUMEC

Professora Doutora Ynes Da Silva Félix - UFMS

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A GARANTIA E
EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE**

**EL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA GARANTÍA Y LA
EFICACIA DEL DERECHO A LA SALUD**

**Juvêncio Borges Silva
Maysa Caliman Vicente**

Resumo

Os direitos e garantias fundamentais representam a segurança da preservação do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer uma gama de direitos fundamentais, acabou por promover a redemocratização do Brasil, e ampliou o acesso à justiça e ao Poder Judiciário. O Poder Judiciário, a partir da Constituição Federal de 1988, é convocado para decidir acerca de diversas questões que ainda não se encontram bem definidas no âmbito social e dar concretude aos princípios, direitos e valores presentes na lei maior. Em seu artigo 5º, a Constituição Federal prevê as garantias individuais essenciais ao ser humano, como o direito à liberdade, à vida, à igualdade, etc. Nesse contexto, ganha destaque o direito à vida, eis que serve de base para a concretização de todos os demais direitos. Em seu artigo 6º estão previstos os chamados direitos sociais, visando concretizar a efetivação da justiça social. Incluído no rol dos direitos sociais, o direito à saúde demanda uma atuação positiva do Estado para sua efetivação. Da leitura do artigo 196 da Constituição Federal, verifica-se que a universalização do direito à saúde há que ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravosNesse contexto o direito à saúde transformou-se em direito social subjetivo em sentido pleno (artigo 208, §1º da Constituição Federal), passível de ser tutelado judicialmente, importando a intervenção do Poder Judiciário no sentido de determinar à Administração Pública o fornecimento gratuito de medicamentos, além da prestação de assistência médica e hospitalar. Entretanto, a efetividade do direito à saúde vai de encontro à limitação de recursos financeiros do Estado face às infindáveis demandas da sociedade, haja vista que a formulação e implementação de políticas públicas pressupõem a realização de escolhas pelo poder público que, invariavelmente, afetarão de maneira distinta os diversos segmentos da sociedade. O presente artigo tem como principal objetivo trazer análises e reflexões de ordem doutrinária e jurisprudencial acerca da presença da judicialização da política no Brasil e o controle judicial de políticas públicas, destacando ao final a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de dar efetividade à garantia do direito fundamental à saúde.

Palavras-chave: Constituição federal, Controle judicial, Saúde, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

Los derechos y garantías representan la seguridad de la preservación del estado de derecho

democrático. La Constitución Federal de 1988 para establecer una serie de derechos fundamentales, resultó para promover La democratización de Brasil, y el mayor acceso a La justicia y el poder judicial. El poder judicial, de La Constitución Federal de 1988, está convocado para decidir sobre varias cuestiones que aún no están bien definidos em el ámbito social y dar concreción a los principios, derechos y valores presentes em La ley superior. Em su artículo 5, de La Constitución Federal establece derechos individuales esenciales para los seres humanos, como el derecho a la libertad, la vida, la igualdad, etc. En este contexto, lo más destacado gana el derecho a la vida, he aquí, proporciona la base para la realización de todos los demás derechos. Em su artículo 6 son previstos los llamados derechos sociales con el objetivo de lograr la realización de la justicia social. Incluido em la lista de los derechos sociales, el derecho a La salud requiere de una actuación positiva del Estado para su cumplimiento. La lectura del artículo 196 de La Constitución Federal, resulta que el derecho universal a la salud debe ser garantizado "a través de las políticas sociales y económicas encaminadas a reducir el riesgo de enfermedades y otros problemas de salud" En este contexto, el derecho la salud se ha convertido em el derecho social subjetivo em el sentido pleno (artículo 208, párrafo 1 de La Constitución), que puede ser tutelado em los tribunales, independientemente de la intervención del poder judicial com el fin de determinar la administración pública el su ministro gratuito de medicamentos, además de la prestación de asistencia médica y hospitalaria. Sin embargo, la efectividad del derecho a la salud va en contra de los limitados recursos financieros del Estado contra las interminables demandas de la sociedad, teniendo em cuenta que la formulación e implementación de políticas públicas presuponen la realización de elecciones por parte del gobierno que afectará invariablemente, de manera diferente los diversos segmentos de la sociedad. Este artículo tiene como objetivo acercar los análisis y reflexiones de orden doctrinal y jurisprudencial relativa a la existencia de la política de legalización en Brasil y el control judicial de las políticas públicas, poniendo de relieve al final el trabajo de la Corte Suprema para hacer efectiva la garantía de derecho fundamental a la salud.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitución federal, Control judicial, Salud, Políticas públicas

1. Introdução

A Judicialização da Política, não obstante ser tema recorrente de várias análises continua sendo objeto de investigação, tendo em vista sua relevância e abrangência, tanto em âmbito político quanto jurídico, considerando que o papel do Poder Judiciário tem sido em vários momentos questionado, haja vista a promulgação da EC 45/2004 – intitulada “Reforma do Judiciário”.

Além disso, há na atualidade intensas mudanças tanto na área do Direito quanto na da Política, muitas delas em razão dos processos globais, visando conformar o ordenamento jurídico nacional às exigências e imposições que surgem como corolário da globalização, além de promover as modificações consideradas necessárias nas estruturas da Administração Pública e no processo de implementação de políticas públicas. Dentre as alterações já promovidas podemos destacar as concessões de serviços públicos, a criação das agências reguladoras e a instituição das parcerias público-privadas.

Dentro desse novo contexto, não se pode deixar de destacar o aumento das demandas judiciais e a necessidade de uma atuação eficaz do Poder Judiciário no que concerne à concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988. A sociedade civil hoje está mais organizada e é grande o descrédito em face da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

O abuso verificado na edição de medidas provisórias reduziu significativamente a eficácia do controle parlamentar sobre a produção de leis, o que acaba por gerar a possibilidade de uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário.

Além disso, é correto afirmar que a própria Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico instrumentos adequados ao exercício do controle das políticas públicas, tais como, por exemplo, as ações declaratórias de inconstitucionalidade – ADIN, as ações por descumprimento de preceitos fundamentais - ADPF e as ações civis públicas, dentre as quais destacamos a de improbidade administrativa.

Em consonância com os ensinamentos de Konrad Hesse (1991), as constituições atuais possuem um forte caráter normativo, pois expressam um dever ser, um projeto de sociedade civil e de Estado, um programa que deve, ou deveria, ser observado pelos que exercem os Poderes da República.

Os direitos e garantias fundamentais representam a segurança da preservação do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer uma gama de direitos fundamentais, acabou por promover a redemocratização do Brasil, e ampliou o acesso

à justiça e ao Poder Judiciário. O Poder Judiciário, a partir da Constituição Federal de 1988, é convocado para decidir acerca de diversas questões que ainda não se encontram bem definidas no âmbito social e dar concretude aos princípios, direitos e valores presentes na lei maior.

O presente artigo tem como objetivo mostrar que da atuação do Poder Judiciário em sede de Políticas Públicas, decorre o fenômeno da judicialização das políticas públicas, sendo, pois, circunstância do modelo constitucional adotado pelo Brasil. É um fato e não uma vontade política do Judiciário, tendo em vista que resulta de provocação do Poder Judiciário através das ações judiciais competentes, que por sua vez exige uma resposta por parte deste, representando dessa forma a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal, guardião do texto constitucional.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizada a metodologia analítico-dedutiva, valendo-se de livros, revistas científicas, artigos publicados em sites da internet, legislação ordinária, Constituição Federal e jurisprudência, mormente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo começa por conceituar o que seja judicialização, em seguida trata da origem e conceito de política pública, das políticas públicas elencadas na Constituição Federal, trata a seguir do controle jurisdicional de política pública de saúde, para por fim analisar a atuação do supremo tribunal federal na garantia do direito à saúde e a efetividade desse direito ante a reserva do possível.

2. A necessária conceituação de judicialização

A conceituação de judicialização é totalmente necessária, tendo em vista que não raro a mesma é equivocadamente confundida com ativismo judicial.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 6) assim se refere à judicialização:

A **judicialização**, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. (grifo nosso).

Para Lênio Streck (Apud, ZARDO, 2014)

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia) [...]

Assim, nesse contexto, a judicialização decorre de um fenômeno originário do movimento constitucionalista, que tem na Constituição a base de todo o ordenamento jurídico, pois norma superior e, conseqüentemente, guardiã dos direitos e valores a serem tutelados de forma efetiva.

A judicialização da política representa um conjunto de coisas sobre as quais o Poder Judiciário, não possui controle. São fatores preexistentes em relação à sua atividade e atuação. São, na verdade, *razões de ordem político-sociais* que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo, ao *aumento da litigiosidade* e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, nos mais diversos países, das mais diversas origens, da Alemanha aos países do leste europeu (OLIVEIRA, 2012).

Para Luís Roberto Barroso (2009, p. 3), judicialização

significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Barroso (2009, p. 3-4) ainda completa seu posicionamento quanto às causas que colaboraram com o fenômeno da judicialização:

Dentre as causas que levaram ao fenômeno da judicialização podemos destacar: a) **a redemocratização do país** que ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que deixa claro e estabelece que o Brasil optou por ser um Estado Democrático de Direito. Com essa redemocratização **o Judiciário se transformou em um verdadeiro poder político**, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. O maior acesso à informação e a consciência dos novos direitos estabelecidos na Constituição fez com que a população passasse a buscar a proteção de seus interesses perante os juízes e tribunais; b) **a constitucionalização abrangente**, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias (direitos fundamentais como saúde, educação, moradia, meio ambiente, dentre outros) que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; c) **o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade** - referido como híbrido ou eclético, combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades

de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Assim, a judicialização decorre do modelo constitucional que se adotou e da própria força normativa presente na Constituição Federal. Dentro do contexto de judicialização, o juiz age sempre de acordo com uma vontade política preexistente que está definida na lei ou na Constituição, e jamais com base em sua própria vontade ou convicção pessoal.

3. Política pública – origem e conceito

3.1 A origem das políticas públicas

Para se entender as chamadas Políticas Públicas, é necessário buscar a sua etiologia, ou seja, estudar as suas causas e suas origens (MILARÉ, 2002).

O que ocorreu foi um desenvolvimento histórico em que a visão de Estado era de um “Estado Nomocrático”, em que a preponderância do Poder Legislativo, embasada principalmente no pensamento de Locke, representava que a edição da norma seria o coroamento da atividade do Estado (MILARÉ, 2002).

A função legiferante parecia bastar à boa gestão da coisa pública, pois o Estado não designava um poder que age, mas uma autoridade que zela pela tranquilidade e segurança da sociedade, gerando aquilo que Rousseau chamava de “situação de inanição”, ou pode ser chamada também de uma Nomocracia Estática (MILARÉ, 2002).

Em contraposição a essa visão do Estado, vai despontando o Estado Social de Direito, propondo, assim, um “Estado Telocrático”, em que os Poderes Públicos não se contentam mais em produzir normas gerais, mas querem alcançar metas predeterminadas (MILARÉ, 2002).

Assim, temos que para a edição de uma nova lei há necessidade de sua vinculação ao dever de realização eficiente do seu objetivo e o Estado passa a ser a fonte provedora e mantenedora de Políticas Públicas estabelecidas em prol do bem comum.

3.2 O conceito de Política Pública

A conceituação do que vem a ser política pública não é nada fácil, em decorrência da subjetividade que envolve a questão.

BUCCI (1997, p. 90) entende Política Pública como a:

coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados

O conceito acima é deveras abrangente e conforme BARCELLOS (2006, p.18):

envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas.

Dworkin (2002, p. 36) conceitua a “política” como:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”.

Esse conceito de política de Dworkin é, no nosso entendimento, o que se pretende chamar de política pública.

É ainda Bucci (2006, p. 27) que buscando conceituar políticas públicas assim as considera como

microplanos ou planos pontuais, que visam à racionalização técnica da ação do Poder Público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados.

Eros Roberto Grau (2003, p.25) afirma que “*a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social*”.

E, para Fábio Konder Comparato (1997, p.18) é “*o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado*”.

Os conceitos acima exarados apontam para elementos normativos, políticos, teológicos e sociais presentes nas políticas públicas.

No tocante a políticas públicas temos no Brasil, políticas públicas com suporte legal e com suporte constitucional, conforme abaixo explicitado.

3.3. Políticas com suporte legal

São inúmeras as leis pós Constituição de 1988 que tem por objeto a instituição de políticas setoriais, dentre as quais podemos destacar a PNMA (Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6938/81); a PNRH (Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei 9433/97), a

Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9472/97), que atribui à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) competência para “implementar em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações” e a Lei 11.096/2005 que instituiu o PROUNI.

Os exemplos ilustram porque a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas) com finalidade de movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

3.4. Políticas no texto constitucional

No Capítulo II – Das Finanças Públicas, do Título VI, Da Tributação e Orçamento, da Constituição Federal, podemos encontrar as políticas públicas previstas no texto constitucional, dentre as quais podemos destacar o PPA – Plano Plurianual (artigo 165, I), a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias (artigo 165, II) e o Plano Diretor (artigo 182).

Por fim faz-se necessário destacar que existem Políticas Públicas que são políticas sociais de prestação de serviços (saúde, educação, etc.) e políticas sociais compensatórias (previdência social, seguro desemprego, etc.), bem como aquelas políticas de reforma de base (agrária, urbana, etc.) e de estabilização (monetárias, etc.), e cabe, no nosso entendimento à sociedade participar tanto da idealização das Políticas Públicas como do seu monitoramento, principalmente por meio de conselhos gestores de Políticas Públicas (Federais, Estaduais e Municipais); organizações não-governamentais; associações de bairros; pesquisas do meio acadêmico sobre as realidades sociais; representações no Ministério Público; divulgação nos meios de comunicações; impetração de ações judiciais.

Ao consagrar direitos sociais fundamentais, bem como instituir políticas públicas de Estado no corpo da Constituição, é certo que o legislador constituinte acabou por propiciar ao Poder Judiciário, mormente ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, as condições para atuar como garantidor da realização efetiva de políticas públicas, para apreciar ações judiciais pertinentes às políticas públicas, atuando, destarte, com o fito de estabelecer mecanismos de controle das políticas públicas.

4. O controle jurisdicional de política pública de saúde

A submissão de política pública ao controle jurisdicional decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme se depreende do disposto no artigo 5º inciso XXXV, da Constituição Federal que assim reza: ***“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”***.

Diante do referido dispositivo constitucional tem-se que a proposição constitucional centra-se na proteção ao direito, sendo esse o elemento principal a ser considerado.

Assim, cabe ao Poder Judiciário tutelar as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos, excluindo-se portanto, os juízos a cerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo.

É correto afirmar que a própria Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico instrumentos adequados ao exercício do controle das políticas públicas, tais como, por exemplo, as ações declaratórias de inconstitucionalidade – ADIN, as ações por descumprimento de preceitos fundamentais - ADPF e as ações civis públicas, dentre as quais destacamos a de improbidade administrativa.

Dentro desse contexto, podemos dizer que o controle de políticas públicas relacionadas à saúde pode se materializar de duas formas, a saber: a) demanda individual ou b) demanda coletiva. Na primeira hipótese, existe o controle judicial de política pública, a partir da identificação pelo indivíduo da inexistência ou insuficiência de políticas públicas de saúde, capaz de lhe garantir a proteção à vida ou à dignidade da pessoa humana. Na segunda hipótese, em face da natureza da demanda ou pelo conteúdo que se discute, caracterizando-se a situação como de cunho universal e equânime em favor de determinado segmento identificado ou identificável de pessoas; ou, ainda, vislumbrando-se a necessidade de retificação de ações públicas relacionadas à superação de uma deficiência nas suas estruturas de atendimento a um determinado tipo de serviço ter-se-á o controle judicial em âmbito coletivo.

Sob o argumento de resguardo ao mínimo existencial e à dignidade humana, os tribunais e magistrados vêm concedendo, na tutela de direitos individuais, a entrega de remédios, tratamentos médicos, intervenções cirúrgicas e outras providências.

Embora a nossa postura clara da concordância com uma judicialização racional e controlada dentro das normas e do espírito da Constituição, importa

destacar que não se está a defender um “messianismo judiciário” desarrazoado e inconsequente, mas sim a possibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se no trato da coisa pública, autorizado a isso não só pela densidade normativa e centralidade dos direitos fundamentais sociais (...) mas também pela ausência de meios efetivos de “confrontação”

entre o que é feito e o que é almejado pela população, notadamente a mais carente (MASSON, 2015, p. 45).

Não resta dúvida de que o que se busca é a transparência na gestão da coisa pública e aí não se justificam barreiras e obstáculos a essa função.

A “reserva do possível”, ou a limitação de recursos, como justificativa para estabelecer uma crítica à função do Poder judicial na matéria de fazer valer a efetivação dos direitos fundamentais como um todo e particularmente ao direito à saúde, não se sustenta, mesmo sendo tão frequente essa alegação.

Nesse sentido é o entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2006, p.287), quando assevera que:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um mesmo sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível.

A “reserva do possível” se confronta com as opções políticas do Estado e com um anterior estabelecimento de políticas públicas que devem ser o ponto de partida e o ponto de referência das ações governamentais. As necessidades primárias da população, não podem ser deslocadas a um segundo plano em nome de outras preferências, frequentemente imbuídas de interesses políticos e/ou particulares.

Robert Alexy (2001, p. 482-483), é enfático nesta questão:

os direitos ligados ao mínimo existencial são aqueles que implicam deveres “definitivos” do Estado, contra os quais já não caberá invocar a reserva do possível, pois a ponderação terá revelado não existirem razões suficientemente fortes, tampouco aquelas de ordem orçamentária, que justifique a recusa em cumpri-los.

É certo que o problema do direito de acesso à saúde e aos tratamentos e medicamentos necessários, apresenta desafios e dificuldades quando se tenta resolver uma determinada situação, concreta e objetiva. Os respaldos em que este direito se assenta tem uma grande diversidade de nuances. Dos mais amplos aos mais concretos, dentro de um contexto dos direitos de cidadania, a questão da judicialização da saúde traz consigo a visão, hoje muito clara, que se manifesta atualmente no conjunto da legislação internacional (sempre respaldada nos mais diversos tipos de tratados, convenções, etc) e a legislação nacional, particularmente, de conteúdo constitucional. Tanto uma quanto outra legislação, estão direcionadas à garantia e promoção dos direitos

fundamentais dos indivíduos e dos direitos das coletividades implementando a cidadania de todos e para todos.

É verdade que essa complexidade aumenta, na medida em que constata que este fenômeno em questão está envolvido não somente em aspectos jurídicos, mas também em aspectos sociais, éticos e políticos. A gestão das políticas públicas e seus consequentes serviços públicos não é de solução fácil e tranquila.

Embora o direito à saúde no sentido amplo e no sentido mais concreto (este como foco de nosso estudo), seja algo juridicamente inquestionável por ter sustentação constitucional, a conjuntura econômica, social, política e cultural de um determinado país num determinado momento, com suas instituições referentes à organização dos sistemas de saúde, poderiam colocar em confronto certos direitos quando se pretende levá-los às últimas consequências.

Diante desta observação, é certo que, quando é necessária e ocorre a demanda judicial, evidenciando a judicialização referente ao direito à saúde, não atendido, cria-se, ou melhor, manifesta-se uma tensão nas relações do Estado com seus cidadãos e também nas relações do Estado-executivo com o Estado-judicial, e, os poderes se confrontam.

Não obstante ser dos poderes legislativo e executivo a prerrogativa originária de formular políticas públicas e efetivá-las, o certo é que o Poder Judiciário não pode ser furtar, quando provocado, a decidir sobre esta matéria, uma vez que de natureza constitucional, é o que se depreende das palavras do Ministro Celso de Mello:

Embora resida, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda, que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam elas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos jurídico-políticos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a cometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais e culturais impregnados na estatura Constitucional. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 410.715-SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22 nov. 2005).

Portanto, ao decidir matéria versando sobre políticas públicas, determinando à Administração Pública sua efetiva realização, é certo que ocorre o fenômeno da judicialização das políticas públicas, não por iniciativa do Poder Judiciário, movido por iniciativas decorrentes de ideologias políticas, mas tão somente exercendo seu múnus de julgar as ações que lhes são interpostas.

5. A garantia e efetividade do direito à saúde ante a reserva do possível e a atuação do supremo tribunal federal

Em relação ao Direito Constitucional, é o Supremo Tribunal Federal que interpreta e “diz o direito”. O Supremo Tribunal Federal é, de fato e de direito, um tribunal constitucional oferecendo sempre a última palavra nessa seara.

Cabe ao Supremo o controle da constitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo e, por meio dele, a proteção da Constituição, promovendo a sua correção e até mesmo a suspensão da execução de leis que violem os preceitos constitucionais.

Mas essa interpretação do texto constitucional deve ser considerada ilimitada ao subjetivismo e à discricionariedade dos membros que integram a Corte? Há limites da atuação criativa a fim de concretizar a norma constitucional?

Gilmar Mendes (2002, p. 76-78) na sua obra “Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais”, se posiciona quanto à liberdade de interpretação ao aplicador do direito.

[...] ao aplicador do direito, por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação, não é dado, subjetivamente, atribuir significado arbitrário aos enunciados normativos, indo além do sentido linguisticamente possível, que é conhecido e/ou fixado pela comunidade e, assim, deve funcionar como limite objetivo da interpretação[...] Nessa perspectiva, em que o respeito à autonomia do texto é indispensável à objetividade e controlabilidade da interpretação, a letra da lei possui uma dupla finalidade, funcionando, por um lado, como ponto de partida da elucidação do sentido pelo intérprete e, por outro, definindo os limites postos à sua atividade interpretativa.

Não cabe, pois, ao intérprete distorcer o sentido das palavras nem modificar a intenção do legislador.

São vários os instrumentos constitucionais previstos na Carta Magna a legitimar a tomada de decisões pelo Supremo Tribunal Federal. Dentre eles, podemos citar a título de exemplos a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Mandado de Injunção, ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade.

Na última década tem crescido a atuação dos Tribunais Estaduais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, visando garantir uma efetiva proteção aos direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988, especialmente o direito à saúde e o conjunto dos direitos sociais de caráter fundamental.

Essa atuação do judiciário desencadeou o fenômeno consagrado e conhecido como judicialização da saúde. Nesse contexto, o Ministro Luiz Fux cita:

Comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia, necessitando de certo medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna – e que tem como direito-meio o direito à saúde. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 1028835-DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 02 dez. 2008)

Contudo, o acatamento pelo Poder Judiciário de ações que visam obrigar o Poder Público a custear prestação de saúde não abrangida pelas políticas públicas tem provocado efeitos que afetam diretamente a programação orçamentária e financeira do Estado, que, por sua vez, prejudicam a formulação de políticas e o provimento de bens e serviços em outras áreas demandadas pela sociedade.

Oportuno destacar a posição adotada por Luis Roberto Barroso (2009, p. 35-36), quanto às principais ideias no que diz respeito ao dever estatal de fornecer medicamentos à população:

A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

Contudo, por tratar-se de um direito fundamental que preserva o bem maior que o homem tem, que é a vida, o Estado não pode alegar a tão decantada “reserva do possível”, como já abordado em páginas anteriores.

Entendemos, portanto, que a intervenção do Poder Judiciário é justificada para garantir efetividade os direitos sociais, especialmente direito à saúde, que constitui um bem essencial à vida e a dignidade humana, e como tal é objeto de tutela, pois direito fundamental. Não obstante, nos termos do que estabelece o art. 196 da Constituição Federal, a saúde também é dever fundamental, e impõe ao Estado a obrigação de promoção e proteção desse direito.

Nesse sentido é o entendimento de **Andreas J. Krell** (2002, p.17), quando destaca que:

Constitui-se um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, (...) hoje, mais do que 75 milhões de pessoas não encontra um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome.

Dessa forma o entendimento do STF, consubstanciado na ADPF 45/DF, de que quando da inércia ou comportamento abusivo do Estado puder resultar lesão ou ameaça a direitos constitucionais fundamentais, sem motivo objetivamente aferível, a cláusula da Reserva do Possível não poderá ser invocada.

Nesse sentido foi o voto do Ministro Celso de Mello (2004):

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Dessa maneira, se os Poderes Legislativo e Executivo se mostrarem incapazes de cumprir as normas constitucionais destinadas a preservar as condições materiais mínimas de existência do indivíduo e dos cidadãos, caberá a intervenção do Judiciário a fim de garantir o cumprimento do mandamento constitucional pelo Poder Público, de forma a assegurar a todos o acesso aos bens e direitos injustamente negados, especialmente o direito à saúde.

Nesse sentido, pertinentes as observações de **Andreas J. Krell** (2002, p. 22-23):

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação

constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Cabem ainda destacar as palavras mestras de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (2013, p. 137):

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização das regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador, o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciado, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público.

No entender dos autores, os magistrados, em suas funções, somente determinam o cumprimento das normas estabelecidas pela Constituição.

6. Considerações Finais

Com a ampliação de direitos e garantias na Constituição Federal de 1988 bem como na legislação ordinária, a vida se judicializou, razão pela qual é possível afirmar que a judicialização é um fato e não uma vontade política do poder Judiciário.

Enquanto os poderes Executivo e Legislativo não despertam de suas passividades, faz-se necessária essa atuação a fim de cuidar da máxima efetividade da Constituição Federal, especialmente dos direitos e garantias fundamentais, especialmente no tocante ao direito à saúde.

O Poder Judiciário pode e deve atuar no controle das políticas públicas, devendo, contudo, essa atuação ser pautada pelas exigências do direito justo e estar amparada num sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado, na feliz expressão cunhada por CANOTILHO (2002).

Entende-se que os juízes devem atuar em conformidade com um texto constitucional que, a par de estabelecer garantias das liberdades individuais, estabelece objetivos a serem perseguidos no plano social. Os juízes devem colaborar para a concretização dos objetivos constitucionais, tendo em vista que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição.

Entretanto, dadas as peculiaridades culturais e sociais do Brasil e o atual estágio da magistratura brasileira, cumpre esclarecer que nosso Poder Judiciário pode cometer erros ou praticar injustiças. Afinal, não é tradição jurídica levar as discussões sócio-políticas para a esfera judicial, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, onde o papel político do Judiciário há muito tempo é reconhecido e estimulado.

Considera-se vital ressaltar que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, embora seja necessário e útil, não pode ser considerado uma solução para os diversos problemas enfrentados em nosso país.

A ampliação dos deveres e/ou poder judiciais não pode ser analisada senão dentro do contexto histórico da construção e consolidação da democracia. Por isso que a demanda judicial reflete conquistas, disputas e às vezes, também, retrocessos que estão fora dos contornos propriamente jurídicos.

Contudo, é primordial que o Poder Judiciário se situe com cautela a fim de manter o equilíbrio, tendo como ponto de partida o bem-estar social, individual e coletivo e a segurança jurídica, materializados nos direitos e valores que a Lei Maior procurou tutelar, e o respeito à distribuição de tarefas que ela própria estabeleceu aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo como ponto de referência primeira a Teoria dos Três Poderes, de Montesquieu.

No plano prático, contudo, constata-se a difícil solução do controle judicial das políticas públicas, isto é, os modos de exigir seu cumprimento em juízo, todavia, cabe ao Poder Judiciário, em face do princípio do *non liquet*, da proibição da não denegação da justiça, decidir todas as matérias que a ele chegam, por mais controversas que sejam, parametrizando-se prioritariamente pela Constituição Federal, objetivando o seu cumprimento e, por via reflexa, a efetivação das políticas públicas.

É certo que acertos e desacertos podem vir a ocorrer por parte do Poder Judiciário no tratamento de questões a ele interpostas versando sobre políticas públicas, todavia, sua preocupação com o cumprimento dos direitos fundamentais tem-se evidenciado em várias de suas decisões, denotando seu comprometimento com o cumprimento efetivo destes valores constitucionais, com o cumprimento das promessas previstas no texto constitucional, buscando assegurar antes de tudo o *mínimo* necessário à existência digna da pessoa humana.

Parece-nos que enquanto se evidenciar falta de comprometimento da Administração

Pública com o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para o atendimento de necessidades fundamentais da pessoa humana, e isto em meio a um oceano de corrupção que envolve a administração pública federal, estadual e também municipal, necessária será a atuação do Poder Judiciário no sentido de fazer com que a Administração Pública atue no sentido de desenvolver políticas públicas com vistas a cumprir o disposto na Constituição Federal, não sendo, portanto, razoável, o argumento da “reserva do possível” para justificar a omissão da Administração Pública.

7. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle Político-Social e o Controle jurídico no Espaço Democrático**. Revista de Direito do Estado, Salvador, ano 1, n.3, jul/set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0132009.pdf>, acesso realizado em 30 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 410.715-SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Celso de Melo. Julgado em 22 nov. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCL>

[A%2E+E+410715%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+410715%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bfjeflc](http://www2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800277342&dt_publicacao=15/12/2008). Acesso em 22 mar. 2015).

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 1028835-DF. Agravante: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 02 dez. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800277342&dt_publicacao=15/12/2008. Acesso em: 24 mar. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo**, Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. Citado por SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. **Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 5ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, volume 737, 1997, p. 18.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

HESSE. Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Alemã, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1991.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.

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

MASSON, Luciano Dal Sasso. **A Judicialização do acesso à Educação Infantil como forma de inclusão social**. Dissertação de Mestrado: Unaerp, 2015.

MELLO, Celso de. Discurso do Senhor Ministro Celso de Mello. **Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal**. 23 abr. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2014

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **"John Locke e o individualismo liberal"**. In Weffort, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. v I, São Paulo, Ed. Ática, 1998, pp.81-110. (O mesmo : obra consultada sem citações – enviado pelo orientador.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MILARÉ, Edis. **Ação civil pública: 7.347/85 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes. 1993.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Revista Consultor Jurídico. 1 dez. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial#_ftn3>. Acesso em: 24 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMAM, Luciano Benetti (orgs.) **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá. 2009.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZARDO, Cláudia. **OAB Entrevista Dr. Lênio Luiz Streck**. Disponível em <<http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6>>. Acesso em 24 ago. 2014.

_____. Informativo STF. **Min. Relator da ADPF MC/DF nº 45**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2015.