

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a Constituição democrática de 1988, após um longo período de severas restrições aos direitos, elencou inúmeros direitos sociais. Esses direitos sociais, como direitos positivos, correspondem a prestações positivas a serem adimplidas pelo Estado, por meio da implementação de políticas e serviços públicos (saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social, entre outros).

No entanto, as promessas contidas na Constituição não vêm sendo cumpridas, especialmente às referentes ao objetivo de alcançar uma sociedade inclusiva, com efetiva justiça social e respeito aos direitos fundamentais.

A princípio, a efetivação dos direitos ali expressos, seria atribuição dos poderes Legislativo e Executivo, visto que estes controlam o orçamento público e, dessa forma, melhor poderiam executar essas políticas na medida de suas possibilidades. Porém, na medida em que fica caracterizada uma omissão por parte desses Poderes, o Poder Judiciário vem exercendo uma postura cada vez mais ativa na busca pela efetivação desses direitos. É essa atuação que caracteriza o ativismo judicial, ou seja, o Poder Judiciário dando concreção às normas constitucionais, por meio da imposição de políticas públicas no caso de violação dos direitos fundamentais pela inércia injustificada da atuação estatal.

Dessa postura omissa do poder público, surgem outras controvérsias, como a possibilidade de se invocar a teoria da reserva do possível para justificar o não atendimento das demandas constitucionalmente previstas, visto a escassez dos recursos frente às carências sociais existentes.

O presente trabalho utilizou como metodologia a pesquisa bibliográfica, constituída de livros e artigos científicos que tratam do tema e suas interpretações, e documental, como a Jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal) quando analisa o direito à saúde. Por fim, como principal referencial teórico, a pesquisa foi norteadada pelo pensamento do Ministro do STF e doutrinador Luís Roberto Barroso trazido na obra “O Novo Direito Constitucional Brasileiro”.

### 1. AMPLIAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO E POSSÍVEL OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Poder Judiciário, historicamente, sempre teve a função de dizer o Direito, sem o envolvimento em questões políticas. Porém, para Grinover:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais [...] ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, prestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder judiciário se amplia.<sup>1</sup>

Ainda para a doutrinadora, citando Oswaldo Canela Junior, como as políticas públicas exercidas pelo Legislativo e do Executivo, devem se compatibilizar com a Constituição, caberia ao Judiciário, quando provocado, a análise dos ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, “sob o prisma do atendimento aos fins do Estado”.<sup>2</sup>

Segundo Streck, a separação de funções assume nova concepção: “a soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos do cidadão face o Estado”.<sup>3</sup>

Ainda, para Cappelletti, a “expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “checks and balances”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno”.<sup>4</sup>

A respeito das decisões do Judiciário em políticas públicas tidas como atribuições exclusivas dos demais poderes, pondera Sturion favoravelmente, tendo em vista a ineficiência dos demais Poderes em atender as demandas e os direitos e garantias fundamentais já constitucionalizados:

Embora muito criticada tal postura, mormente opor quem acredita que os Três Poderes possuem funções estanques, o que ao nosso ver é um ledô engano, dado que a República e o Estado brasileiro são unos, sendo apenas repartida suas funções em três Poderes, possibilitando-se o sistema de freios e contrapesos, o que não significa em hipótese alguma que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não se comuniquem e, principalmente, não possuam idênticos deveres quanto aos fundamentos e objetivos republicanos consagrados no texto constitucional. [...] não há ingerência de Poderes quando um ou mais destes se omitem quanto a um crédito atribuído ao cidadão ou à

---

1 GRINOVER, 2013, p. 126.

2 Ibid., p. 129.

3 STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 101.

4 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 19.

sociedade e outro venha a concretizar tal crédito, deixando-se patente, ainda, que ao Poder Judiciário não é dada a faculdade de manifestar-se ou não diante de uma ameaça ou lesão ao direito, mas sim o dever de realizar a prestação jurisdicional, monopólio estatal.<sup>5</sup>

Normalmente, caberia ao Legislativo e ao Executivo, devidamente legitimados por terem sido eleitos pelo voto popular, “eleger as prioridades e executar as políticas públicas conforme juízos de conveniência e oportunidade”. Ou seja, a princípio, pelo princípio da separação dos poderes, não poderia o Judiciário se imiscuir no tema. Porém, no caso desses Poderes se mostrarem omissos na efetivação de tais direitos, “o Judiciário pode ser acionado para fazer valer os preceitos constitucionais”. Nesse caso, o Poder Judiciário não estaria se sobrepondo aos demais poderes, mas tão somente cumprindo o revisto no texto constitucional. Assim, não “estaria substituindo a discricionariedade dos demais poderes pela sua, mas velando pela aplicação da Constituição”.<sup>6</sup>

Mesmo posicionamento de Appio, que entende que os direitos sociais têm aplicação imediata e defende a intervenção do Judiciário. Ainda, elenca as situações nas quais seria possível o controle judicial:

1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional).<sup>7</sup>

Para Freire Junior, nas hipóteses de omissão dos Poderes Públicos não há que se falar em discricionariedade e sim em arbitrariedade, a ser corrigida pelo Judiciário. Para o autor, o Judiciário não deve ser colocado acima dos demais poderes, porém: “em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição; contudo, quando tal tarefa não foi cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico.”<sup>8</sup>

No entanto, alguns autores criticam essa intervenção, pois essas decisões judiciais, ao distribuírem direitos sociais individualmente, em prejuízo de outros que se encontrem na mesma

---

5 PAULA, Alexandre Sturion de. *Ativismo Judicial no Processo Civil. Limites e possibilidades constitucionais*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012, p. 202-204.

6 QUEIROGA, Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de. *O Controle Judicial das Políticas Públicas e o Papel do Ministério Público*. Disponível em: <[www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/24536](http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/24536)>. Acesso em 22 out 2014.

7 APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 168.

8 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 70-71.

situação, romperiam o princípio da igualdade.<sup>9</sup> Assim, não caberia ao Judiciário intervir em escolhas adotadas por quem foi democraticamente eleito para tal, mesmo que eventualmente estejam equivocadas, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, cabendo apenas promover o “controle das escolhas realizadas e constatar se seus fins estão de acordo com a vontade política inicial, qual seja, a Constituição”.<sup>10</sup>

Se a outorga de direito aos tribunais frustrarem uma decisão política do governo ou parlamento, armazena um perigo de que, bem a decisão do tribunal não seja respeitada – com prejuízo para o Estado de Direito –, ou bem a decisão política do governo seja substituída por um ato judicial, ainda que revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato político de pessoas que não têm nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função.<sup>11</sup>

Ainda que existam opiniões contrárias à ampliação das atribuições do Judiciário, a maior parte da doutrina se alinha à tese de que essa atuação é perfeitamente aceitável, não ofendendo o princípio da divisão dos poderes.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL

### 2.1 Judicialização x Ativismo Judicial

Atualmente, o Poder Judiciário, não só no Brasil, como em todo o mundo, vem atuando de forma mais ativa em diversos temas. Dessa atuação, surgem conceitos como o do ativismo judicial e da judicialização da política.

Barroso elenca críticas que são feitas ao fenômeno. A primeira, de natureza política, se refere ao fato de que os “magistrados não são eleitos e, por essa razão, não deveriam poder sobrepor sua vontade à dos agentes escolhidos pelo povo”, o que poderia trazer riscos para a legitimidade democrática. A segunda envolve um caráter ideológico, que o “Judiciário seria um espaço conservador, de preservação das elites contra os processos democráticos majoritários”. Outra diz respeito à própria capacidade institucional do Judiciário, o qual “seria preparado para decidir casos específicos, e não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais”. Finalmente, pondera o autor que a judicialização limitaria o debate,

---

9 MACHADO, 2011, p. 122.

10 Ibid., p. 138.

11 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. 4ª impressão. Espanha: Ariel Derecho, 1986, p. 325.

excluindo os que não têm acesso aos tribunais, podendo produzir uma “apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais”.<sup>12</sup>

No entanto, mesmo diante do fato de que os membros do Judiciário não são eleitos, os riscos para a democracia atenuam-se, na medida em que juízes e tribunais “se atenham à aplicação da Constituição e das leis”. Assim, caso o legislador tenha se manifestado e exista lei válida, o juiz deve simplesmente acatá-la e aplicá-la, pois as escolhas do legislador devem sempre prevalecer, pelo fato de que ele está legitimado pelo voto popular.<sup>13</sup>

Quanto aos riscos advindos da politização da justiça, estes não podem ser totalmente eliminados. Como a Constituição transforma o poder constituinte em poder constituído, a interpretação constitucional possui uma inexorável dimensão política. Nesse sentido, uma “corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais”, porém, somente deve agir dentro dos limites do ordenamento.<sup>14</sup>

Em que pese todos os riscos derivados dessa atuação, estes não são suficientes para afastar a possibilidade de intervenção, pelo Judiciário, quando houver qualquer ameaça aos direitos fundamentais, bem como a outros valores constitucionalmente assegurados.

## 2.2 O Poder Judiciário e a Implementação de Políticas Públicas

Uma das faces do ativismo judicial é a possibilidade do Judiciário implementar políticas públicas, teoricamente a cargo de outros Poderes, visando à concretização dos direitos sociais.

Em relação às teses a respeito dessa possibilidade, para Santos, “existem duas correntes contrapostas acerca da judicialização de políticas públicas: a dos procedimentalistas, defendida por Habermas e Garapon, e a dos substancialistas, exposta por Dworkin e Cappelletti”.<sup>15</sup>

Para os ‘procedimentalistas’, o “incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista”, ou seja, “os cidadãos deixam de ser

---

12 Ibid., 2013, p. 40.

13 BARROSO, 2014.

14 Ibid.

15 SANTOS, Marília Lourindo dos. *Políticas públicas (econômicas) e controle*. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em 17. nov. 2014.

autores e tornam-se meros destinatários do direito”.<sup>16</sup> O Judiciário, por não ser eleito, não teria legitimidade para atuar materialmente. Assim sendo, “interpretações constitutivas e a realização do direito via justiça constitucional colocaria em risco a própria democracia representativa e a Constituição”, não havendo espaço para o “Judiciário corrigir escolhas (fins e meios) flagrantemente equivocadas nem para corrigir omissões dos demais poderes na concretização dos direitos fundamentais”.<sup>17</sup>

Já para os ‘substancialistas’, o “Judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passar a ser o intérprete do justo na prática social”, o que significa que o “Judiciário necessita constituir-se em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos”.<sup>18</sup> Assim, a Constituição deve ser valorizada “como instrumento de concretização dos direitos e garantias fundamentais-sociais, resguardando o próprio Estado Democrático de Direito”.<sup>19</sup>

Se por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los, por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>20</sup>

Assim, segundo Sturion:

[...] ativismo judicial refere-se a um poderdever do Estado-juiz em atuar na persecução dos objetivos e fundamentos da República, ou seja, a Constituição enlaça diretrizes às funções e poderes estatais, de modo que devem estes agirem de tal forma que efetivamente concretizem os direitos pela Constituição consagrados e requeridos pelos cidadãos com respaldo em tais direitos. Evidentemente o ativismo judicial será manifestado e se concretizará quando da prestação jurisdicional em um caso concreto. E de que forma? Através de uma interpretação sistemática do Direito, efetivando normas e princípios constitucionais ao caso concreto.<sup>21</sup>

---

16 Ibid.

17 LANGNER, Ariane. SANTOS, Jaqueline Lucca. *A (In)efetividade dos Direitos Fundamentais-Sociais na Ótica das Teorias Procedimentalista e Substancialista*. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b58ac8403eb9cf17>>. Acesso em 17. nov. 2004.

18 SANTOS, 2014.

19 LANGNER; SANTOS, Op. Cit.

20 BARROSO, 2013, p. 230.

21 PAULA, 2012, p. 148.

Dessa forma, cabe ao juiz interpretar o Direito, sopesando os valores constitucionais com os limites dados pela segurança jurídica e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a não transformar seu ativismo em arbitrariedade.<sup>22</sup>

Na omissão do Estado em efetivar os direitos fundamentais, na visão de Sturion justifica-se a atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas. Assim, esses direitos, positivados em normas constitucionais, possuem eficácia imediata, destinadas às três funções do Estado, “razão pela qual a ausência de implementação de políticas públicas, em especial pelo Executivo devem exigir do Judiciário um ativismo judicial em sua implementação, conforme o caso concreto que invocar a sua prestação jurisdicional”.<sup>23</sup>

Mesma posição de Lenza, que também se alinha favoravelmente ao ativismo judicial:

Por todo o exposto, parece-nos que, diante da inércia não razoável do legislador, o Judiciário, em uma postura ativista, passa a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos, fazendo com que o direito fundamental possa ser realizado. Não se pode admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, possam ficar sem regulamentação por mais de 20 anos. O Judiciário, ao agir, realiza direitos fundamentais, e, nesse sentido, as técnicas de controle das omissões passam a ter efetividade. Naturalmente, saindo da inércia, a nova lei a ser editada pelo Legislativo deverá ser aplicada, podendo, é claro, no futuro, vir a ser questionada no Judiciário. Essa a nova perspectiva.<sup>24</sup>

Assim, tanto para a maior parte da doutrina, como para a jurisprudência, é aceitável a intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, quando, por omissão dos demais Poderes, os direitos constitucionalmente assegurados estiverem sendo violados.

### **3 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

No RE 195.192-3/RS, a Segunda Turma do Supremo Tribunal firmou o entendimento de que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, conforme ementa do acórdão:

SAÚDE — AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS — DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna

---

22 Ibid., p. 158.

23 PAULA, 2012, p. 206-208.

24 LENZA, 2012, p. 1262.

a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, no RE-AgR 255.627-1, com base em decisão da segunda turma no RE 280.642, o Ministro Nelson Jobim negou provimento ao Agravo Regimental do Município de Porto Alegre, afastando a alegação de que o município não seria responsável pelos serviços de saúde de alto custo:

A referência, contida no preceito, a ‘Estado’ mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo n. 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município.<sup>26</sup>

Já no julgamento do AgR-RE n. 271.286-8/RS, o relator Ministro Celso de Mello reconheceu o direito à saúde como um direito subjetivo, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional: “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente [...] a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde”.<sup>27</sup>

Neste julgamento, a Segunda Turma do STF entendeu que o Poder Judiciário poderia compelir o poder público a cumprir a legislação que assegura às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV a distribuição gratuita de medicamentos para seu tratamento. Não é o caso do Poder

---

25 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 195.192-3/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 31 mar 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

26 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 255.627-1/RS - AgR. Rel. Min. Nelson Jobim. DJ de 23 fev 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

27 MENDES; BRANCO, 2012, p. 760.



Judiciário se sobrepor aos demais poderes, mas sim, fazer valer a supremacia da Constituição.

Segundo o voto do Ministro Celso de Mello:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196).<sup>28</sup>

Ainda, no julgamento do AI 457.544, o STF determinou que o Município de Porto Alegre arcasse com o pagamento de um exame médico em um menor de idade, desprovido de recursos financeiros. Assim votou o relator ministro Celso de Mello em decisão monocrática: “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República”, cabendo ao Poder Público “garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar”.<sup>29</sup>

Outro exemplo de atuação do Poder Judiciário no sentido de determinar que o Poder Público coloque à disposição da população remédios e tratamentos de saúde específicos a quem não tenha condições de acessá-los, foi o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 788.767 São Paulo, o qual buscava reformar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou o fornecimento gratuito de medicamentos à pessoa carente:

[...] o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa. [...] incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. [...] Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito -

---

28 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 271.286-8/RS – AgR. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 24-nov 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

29BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 457.544/RS. Rel. Min. Celso de Mello. DJ: 18 mar 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. [...] Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.<sup>30</sup>

No julgamento do RE 393.175/RS, o Ministro Celso de Mello determinou o fornecimento de medicamentos, pelo Poder Público, a pacientes em estado grave, independentemente de haver previsão orçamentária:

Ementa: pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Reconhecido e provido.<sup>31</sup>

Conforme Paulo e Alexandrino, o STF vem conferindo tamanha relevância no objetivo de efetivar os direitos sociais fundamentais que, em diversos casos, “tem determinado até o bloqueio de verbas públicas do ente federado, em favor de pessoas hipossuficientes, a fim de lhes assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos, como corolários dos direitos ‘saúde e à vida’”, conforme, por exemplo, o RE 580.167/RS.<sup>32</sup>

Reconhecendo a complexidade da situação, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175, o STF acabou por fixar “alguns parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde”, inclusive aproveitando-se de dados colhidos em uma audiência pública realizada pelo Tribunal.<sup>33</sup>

O primeiro ponto a se considerar é se existe política pública definida pelo Estado. Em caso afirmativo, o que ocorre na grande maioria dos casos, o Judiciário concede o pedido, apenas determinando judicialmente o efetivo cumprimento das políticas já existentes. Em caso contrário,

---

30 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário com Agravo 788.767 / São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. DJU: 3 fev 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

31 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 393.175-0/RS – AgR. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 2 fev 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

32 PAULO; ALEXANDRINO, 2011, p. 252.

33 MENDES; BRANCO, 2012, p. 791.

é preciso verificar porque a prestação não está pleiteada nas políticas do SUS, podendo ser devido a: omissão legislativa ou administrativa; decisão administrativa de não fornecê-la; vedação legal expressa à sua dispensa.<sup>34</sup>

No caso de decisão para o não fornecimento, deve-se analisar a motivação da decisão. Se o SUS alegar que inexistem evidências científicas suficientes para a inclusão, podem ocorrer duas situações: fornecimento de tratamento alternativo pelo SUS, mas não adequado a determinado paciente (o Judiciário pode, excepcionalmente, decidir que “medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso”); ou o SUS não possuir tratamento específico para determinada patologia.<sup>35</sup>

Nesse caso podem ocorrer mais duas hipóteses. Primeiro, no caso de haver tratamentos experimentais em que não haja comprovação científica de sua eficácia, não pode o Estado ser condenado a fornecê-los. Se o caso for de novo tratamento, ainda não incorporado ao SUS, cabe impugnação judicial, porém, imprescindível “que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se como um obstáculo à concessão de medidas cautelares”.<sup>36</sup>

Ainda, no caso concreto, quanto a alegação de ofensa à reserva do possível, conforme o voto do Relator Ministro Gilmar Mendes:

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.<sup>37</sup>

Dessa forma, para o STF, desde que sejam atendidas algumas condições e observados certos parâmetros, é perfeitamente possível a solução dos casos concretos por meio da atuação judicial.

## CONCLUSÃO

---

34 Ibid., p. 792.

35 MENDES; BRANCO, 2012, p. 792.

36 Ibid., p. 792-794.

37 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe 30 abril 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em 19 nov 2014.

No processo de judicialização cada vez mais ativa, uma das grandes críticas que se faz é a respeito de uma possível ofensa ao princípio da separação dos poderes. Porém, como visto, a moderna teoria da separação dos poderes mostra que o Poder é uno, ocorrendo apenas uma divisão de funções, com cada Poder exercendo funções típicas de outros Poderes. Dessa forma, o Poder Judiciário, que teve seu papel fortalecido pela Constituição democrática de 1988, não poderia se omitir de seu papel de dar efetividade aos direitos fundamentais previstos, inclusive exercendo seu papel no sistema de freios e contrapesos, no qual todos os poderes se controlam mutuamente. Assim, não há que se falar em da usurpação de poderes do Legislativo e do Executivo.

Por meio da visão de vários autores, analisou-se o conceito de ativismo judicial e como o modelo de constitucionalização abrangente colaborou para a expansão do fenômeno. Ademais, foram expostas as críticas que lhe são imputadas, como eventual risco para a legitimidade democrática, decorrente do fato dos magistrados não terem sido eleitos.

No tópico que tratou da reserva do possível, observou-se que existem limitações materiais que impedem o cumprimento das prestações pelo Poder Público. Mas isso não pode ser utilizado como desculpa para o não atendimento das demandas, quando estas envolvem a própria dignidade da pessoa humana, e o direito a um mínimo de direitos básicos, relacionados, por exemplo, à saúde e a educação.

Os poderes Executivo e Legislativo, a partir dessas decisões judiciais, devem se planejar de forma mais eficiente, por meio do aperfeiçoamento das políticas públicas, para que estas demandas possam ser contempladas no futuro, de forma a evitar a intervenção judicial.

Finalmente, analisou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, buscando-se entender o tratamento que o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e norteador de todo o ordenamento, vem dando à questão. Verificou-se que a Corte Suprema vem exercendo esse papel de forma acentuada, principalmente na última década, abandonando um modelo contemplativo para adotar uma postura de defesa de uma interpretação mais expansiva do texto constitucional.

Dessa forma, atingiu-se o objetivo geral almejado, demonstrando-se a atuação do STF na concretização dos direitos fundamentais sociais previstos pela Constituição de 1988, seja na determinação ao Poder Público de fornecer medicamentos à pessoas doentes ou de matricular crianças em escolas ou creches, seja na possibilidade do já citado exercício do direito de greve aos servidores públicos.

Por fim, conclui-se que essa judicialização não pode ser um instrumento de substituição aos demais poderes constituídos na resolução dos conflitos e demandas. Essa interferência só deverá ocorrer na omissão dos demais Poderes, quando estes não lograrem êxito em concretizar os direitos assegurados aos cidadãos pela Constituição. Ou seja, estas decisões devem ser a exceção, a serem utilizadas apenas em situações excepcionais, verificando-se sempre as circunstâncias do caso concreto para a tomada de decisão, devendo-se demonstrar os motivos específicos pelos quais se deve atender a demanda de forma distinta.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.
- AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf)>. Acesso em 16. out 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em 12. nov 2014
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GODOY, Miguel Gualano. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo : Saraiva, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas . In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo.(Coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.125-150.
- KRELL, Andreas Joachim. *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.

LANGNER, Ariane. SANTOS, Jaqueline Lucca. *A (In)efetividade dos Direitos Fundamentais-Sociais na Ótica das Teorias Procedimentalista e Substancialista*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b58ac8403eb9cf17>>. Acesso em 17. nov. 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. 4ª impressão. Espanha: Ariel Derecho, 1986, p. 325

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. 2011. São Paulo: Letras Jurídicas.

MATOS, Marilene Carneiro. *Direitos e Garantias Fundamentais e Aplicabilidade Imediata*. E-Legis, n. 8, p. 66-81, 1º semestre de 2012, Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara do Deputados, Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 nov 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, C. L. de S. *Do Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. Ed. São Paulo: Abril cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007

OLIVEIRA, Robson da Costa. *Jurisdição constitucional e a concretização dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988*. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/24919/jurisdicao-constitucional-e-a-concretizacao-dos-direitos-sociais-previstos-no-art-6-da-constituicao-federal-de-1988#ixzz38WELDf13>>. Acesso em: 28 julho 2014.

ONODERA, Marcus V. K., O Controle Judicial das Políticas Públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por meio de Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Controle e Perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo.(Coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*.. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013,p. 419-450.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULA, Alexandre Sturion de. *O Direito Alternativo e o Novo Paradigma Jurídico*. Rio de Janeiro: Sotese, 2004.

\_\_\_\_\_. *Ativismo Judicial no Processo Civil*. Limites e possibilidades constitucionais. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROGA, Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de. *O Controle Judicial das Políticas Públicas e o Papel do Ministério Público*. Disponível em: <[www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/24536](http://www.antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/24536)>. Acesso em 22 out 2014.

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. *A Eficácia dos Direitos Sociais e a Reserva do Possível*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/639910](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/639910)>. Acesso em: 16 de outubro de 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo.(Coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*.. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1-32.

SANTOS, Marília Lourindo dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>. Acesso em 17. nov. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 276.

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. *A Reserva do Possível e o Papel do Judiciário na Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM Julho de 2007 – Vol. 2, N.2, p 42-53. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6793#.VBtWTEAg6ZQ>>. Acesso em: 16 de outubro de 2014.

STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.