

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**WILLIAN PELICOLI SPAGNOL**

**BOAS PRÁTICAS NO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

**CURITIBA  
2014**

**WILLIAN PELICOLI SPAGNOL**

**BOAS PRÁTICAS NO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de especialização, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor: Ms. José Laurindo de Souza Netto

**CURITIBA  
2014**

## TERMO DE APROVAÇÃO

WILLIAN PELICOLI SPAGNOL

BOAS PRÁTICAS NO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2014.

## **DEDICATÓRIA**

A minha mãe, eterno exemplo de vida, que agora descansa em paz.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	8
2.1 JUDICIALIZAÇÃO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS .....	8
2.2 EVOLUÇÕES QUE DESENCADAEARAM UM FORTE ATIVISMO JUDICIAL.	13
2.3 DA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
<b>3 DO MÍNIMO EXISTENCIAL</b> .....	19
<b>4 DA RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	21
<b>5 DAS BOAS PRÁTICAS NA APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	27
5.1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	27
5.2 DA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA.....	28
5.3 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA DISCRICIONARIEDADE.....	32
5.4 DO AFASTAMENTO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	39
5.5 DO DIREITO À SAÚDE PELA VIA JUDICIAL.....	40
5.6 DA ATUAÇÃO DO CNJ.....	41
5.7 DOS ENUNCIADOS DOS COMITÊS ESTATUAIS DO FÓRUM DA SAÚDE.	44
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	48

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de discorrer sobre a prática do ativismo judicial e busca estabelecer boas práticas para decisões que assim se identifiquem. Para tanto discorre sobre o conceito, a evolução histórica, a relação com os direitos fundamentais, a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível. Por fim estabelece o que se chamou de boas práticas, visando evitar a interferência entre os três poderes e vícios que venham a confrontar com outros princípios e normas constitucionais.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; mínimo existencial; reserva do possível; direitos fundamentais; direito público; dever do Estado; prestações positivas;

## 1 INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial concede ao magistrado poder de aplicar normas constitucionais em questões que comprometam a efetividade dos direitos fundamentais, atuando ativamente na garantia do direito, seja devido a inexistência de lei complementar por parte do Legislativo, seja devido a omissão do Executivo na prática de políticas públicas.

Como exemplo podemos citar o direito a saúde, presente na Constituição Federal em seu artigo 6º, que tem sido objeto de muitas tutelas em que se faz presente o ativismo, pois é um direito intrinsecamente ligado ao direito à vida.

Entretanto, por ser um direito tido como de segunda geração, é naturalmente um direito positivo, o qual por sua natureza exige, para seu cumprimento, o dever de outros cidadãos, que prestam este dever mediante o pagamento de impostos para que o Estado forneça o direito à saúde a quem necessitar.

Com um orçamento público já apertado por diversos motivos, o Executivo acaba por muitas vezes negar este direito, deixando os cidadãos em situação de desamparo, isto quando não acaba, por ato próprio, regulando tais direitos. O Legislativo, não conseguindo delimitar o escopo de tais direitos, acaba por deixar o Judiciário na dúvida quanto a possibilidade jurídica da exigência das mais diversas situações, que acaba por responder estas tutelas com atos de pleno ativismo judicial, podendo comprometer o orçamento público.

A jurisprudência tem entendido que se trata de responsabilidade solidária dos entes federados e a intervenção do Poder Judiciário nos problemas relativos à efetivação do direito à saúde se faz necessário em virtude da inércia dos legisladores e governantes, tornando assim os direitos sociais limitados.

Quando acionado o Poder Executivo muitas vezes utiliza-se da reserva do possível para furtar-se das obrigações, enquanto o cidadão muitas vezes busca seus direitos com base no mínimo existencial.

Ao deparar-se com este binômio o Poder Judiciário faz escolhas para o caso concreto e o resultado gera decisões que contém caráter identificado como ativismo judicial. Entretanto o magistrado deve se pautar dentro de alguns limites, atuando sob algumas boas práticas judiciais, sob pena de colocar a administração do próprio

Estado em risco, ocasionando problemas ainda maiores. Quais são as boas práticas que o magistrado deve respeitar ao inovar sua tutela com o ativismo judicial?

Uma análise das decisões jurisprudenciais nos permite confrontar as situações e limites tidos como possíveis, verificando assim até onde o Poder Judiciário pode influir no Poder Executivo face as normas estabelecidas pelo Poder Legislativo.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL

### 2.1 JUDICIALIZAÇÃO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A Judicialização ocorre quando questões de relevante impacto político ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário em vez de serem resolvidas pelas instâncias tradicionais, quais sejam o Congresso Nacional e o Poder Executivo, como pode-se obter de Barroso.<sup>1</sup> Configura-se então, sob certo aspecto, uma transferência momentânea, no caso concreto, de poder aos Juízes e Tribunais para que resolvam a questão.

A Judicialização está presente também na esfera política, conforme ensina José dos Santos Filho: "Em síntese, a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição".<sup>2</sup>

Percebe-se ainda certo grau de parentesco entre a Judicialização e o Ativismo Judicial, conforme Barroso (2008) discorre:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. 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

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 06/07/2014.

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. **Revista Jurídica Consulex**. Seção Ciência Jurídica em Foco, n. 307, de 30 out., 2010.

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. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Pode-se identificar que o embrião da judicialização no Brasil passa a existir com a promulgação da Constituição Federal de 1988, advinda do processo de redemocratização que a sociedade passou. Foi com a nova Constituição que o Poder Judiciário tornou-se também um poder político, o que possibilita o seu confronto direto com o Poder Executivo e Legislativo, quando necessário.

Outro fator que fortificou a judicialização foi a promoção de diversas matérias que antes eram discutidas no âmbito do processo político majoritário via legislação ordinária e que agora estão em nível constitucional, conforme observa-se:

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Assim, na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão judiciária, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.<sup>3</sup>

Ainda, constata-se que o controle de constitucionalidade foi outro fator que ampliou a judicialização, pois compreende o controle incidental e difuso, permitindo que qualquer juiz deixe de aplicar uma lei caso a considere inconstitucional, e o controle por ação direta, que remete ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciação da constitucionalidade de determinada matéria.

Face a interpretação judiciária do direito legislativo pode-se reconhecer a existência de um grau de criatividade, pois mesmo que o legislador faça uso de linguagem simples e precisa, há espaço para lacunas que ficam a cargo do juiz preencher no caso concreto, permitindo ambiguidades, incertezas, interpretações extensivas e restritivas. Até mesmo quando a norma tem aparentemente apenas um

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 38.

sentido o Judiciário consegue alterar o conceito das palavras e com isso alterar a interpretação da norma, como foi o caso do reconhecimento da união homoafetiva.

É sob este prisma que fazemos a reflexão: o juiz seria mero intérprete-aplicador do direito ou participa, de forma *latu sensu*, da atividade legislativa, criando o direito, podendo utilizar-se do ativismo judicial como instrumento para esta criação.

Diante do processo de judicialização explicitado no tópico anterior, temos que o ativismo judicial é um dos remédios jurisdicionais aplicáveis como forma de interpretar o texto constitucional e expandir seu alcance e seu sentido na medida que o Judiciário é provocado.

Recorre-se novamente a Barroso (2008) para entender que o ativismo judicial é uma “participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.<sup>4</sup>

Pode-se caracterizar o ativismo judicial por decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador público, sem, contudo, encontrar previsão legal expressa. É justificado diante da hermenêutica constitucional quando da interpretação dos princípios e das cláusulas abertas.

Reconhece-se que a interpretação judiciária sempre conteve certo grau de criatividade no direito, entretanto constata-se que este fenômeno se intensificou quando presentes os fatores elencados sobre a judicialização, conforme entende-se com a leitura de Cappelletti (1999).<sup>5</sup>

Recorremos a Vanice Lírio do Valle para identificar o surgimento do ativismo judicial junto ao Supremo Tribunal Federal:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster’s Dictionary e Black’s Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo “ativismo” não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> BARROSO, 2008, op. cit., p. 78.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 21-22.

Com a leitura de Barroso (2010 apud Fernandes, 2010, p. 164) identifica-se algumas das situações que ensejam aos Juízes e Tribunais a aplicação do ativismo para resolver a questão, incluindo as seguintes condutas:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- c) da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.<sup>7</sup>

Nota-se que Barroso (2010 apud Fernandes, 2010) vê o ativismo como uma forma do magistrado de imprimir no caso concreto sua percepção sobre o que entende ser correto, guiando-se na lei, mas não limitando-se a ela, expandindo seu sentido ou alcance. Para Luis Flávio Gomes o ativismo ocorre sempre que o juiz “inventa uma norma, cria um direito, ou inova o ordenamento jurídico”, reconhecendo ainda duas espécies:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, mas sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.<sup>8</sup>

A problemática do ativismo pode ser entendida como “o exercício do controle de constitucionalidade; a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito”. Note-se que é a interpretação do magistrado, devidamente fundamentada, que permite o surgimento de medidas inovadoras,

<sup>6</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009. p. 21.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.). **Interpretação constitucional: reflexão sobre a (nova) hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 164.

<sup>8</sup> GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em 02/08/2014.

sempre amparado em um princípio maior. Clarissa Tassinari indaga: “é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor sentido para a interpretação?”.<sup>9</sup> Entende ela que o ativismo judicial encontra fundamento em sua segunda opção.

Tassinari (2013) também apresenta o termo *Contramajoritarismo* como sendo uma “atuação do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor”. Note-se que esta nova forma de interpretação traz consigo entendimentos que resultam no Poder Judiciário atuando aparentemente acima de sua legitimidade democrática, intrometendo-se nos demais Poderes da República, rompendo o princípio da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito.

Há, contudo, como rebater tais críticas, pois conforme Faustino da Rosa Júnior:<sup>10</sup>

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública.

Percebe-se, portanto, que o magistrado possui não a legitimidade política, mas a legitimidade concreta para a resolução do caso fático a que recorreu o cidadão, possibilitando-o de prestar melhor interpretação as leis e adequá-las ao caso concreto, limitando-se a alguns princípios norteadores, embora agindo com ativismo no que limita-se a prestar uma maior satisfatividade a causa.

<sup>9</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56.

<sup>10</sup> ROSA JUNIOR, Faustino da. **O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833). Acesso em 10/08/2014.

## 2.2 EVOLUÇÕES QUE DESENCADEARAM UM FORTE ATIVISMO JUDICIAL

Com a cultura do Constitucionalismo Liberal, o qual pautava-se na garantia de liberdade individuais, limitação de poderes do Estado e garantia rígida de separação do poderes, percebe-se que não há espaço para o ativismo judicial. Os magistrados deviam seguir estritamente a norma e qualquer forma de discricionariedade deveria ser evitada. O Judiciário estava sem margem de interpretação axiológica, atuando com a mais fria subsunção do fato a norma.<sup>11</sup>

Inúmeras normas constitucionalmente previstas não podiam ser interpretadas pois dependiam da respectiva regulamentação pela via ordinária, de tal sorte que na prática o que se tinha era uma norma condicionada à discricionariedade do administrador público.

Leia-se a passagem de Luís Roberto Barroso:

A experiência política e constitucional no Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com a sua gente. [...] A falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras decorreu do não-reconhecimento da força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhe aplicabilidade direta e imediata. Assim, no Estado Liberal positivista, [...] cujo apreço reverencial às codificações e à soberania da vontade do legislador foram incentivados pelo espírito formalista da dogmática tradicional [...] o Direito é institucionalizado, para, em nome da ordem e da justiça, encobrir a dominação das elites detentoras do poder, em detrimento da maioria de seu povo.<sup>12</sup>

Face ao contexto histórico apresentado e da inoperância de normas constitucionais jamais regulamentadas as evoluções sociais começaram a pressionar o Direito por uma maior efetividade, resultando na promoção para modernização da cultura jurídica nacional, dando ênfase no controle de constitucionalidade.

Foi com a Teoria Crítica do Direito, nascida na Europa na década de 70 e 80 que o modelo jurídico até então vigente começou a evoluir. Com características que questionavam o saber jurídico tradicional através da objetividade, completude e cientificidade um novo modelo surgiu.

---

<sup>11</sup> BARROSO, 2008, op. cit., p. 78

<sup>12</sup> Ibid, p. 95.

Imaginemos o que Luiz Fernando Coelho<sup>13</sup> chamou de *zetética* da lei, que foi postulada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, com base na obra do jusfilósofo alemão Theodor Viehweg, trazendo uma nova forma de interpretação, conforme pode-se entender da seguinte maneira:

[...] subordina a aplicação do direito a certos valores que se fazem presentes em dado momento histórico. Considera as leis, não como princípios dogmáticos que devam ser mantidos, mas como instrumentos de realização de objetivos sociais e valores, cujo conteúdo se modifica de acordo com as transformações da sociedade. [...] Essa subordinação da lei aos fins sociais e ao bem comum tem sido restaurada em toda a sua plenitude através da teoria dos interesses difusos, possibilitando um contexto jurídico bastante favorável à superação do individualismo e do subjetivismo [...].

Nota-se o cunho da lei como instrumento para efetiva realização dos objetivos sociais e valores, elegidos pela sociedade, em máxima efetividade, na Constituição. Superava-se a dogmática estática com a criação de novos paradigmas.

Barroso (2010) conclui por uma reflexão teórica que resulta em uma ordem mais flexível, que consiga evoluir junto com as mudanças sociais, opondo-se a visão fechada da compreensão do Direito. E foi com a Teoria Crítica do Direito que os novos paradigmas surgiram, criando variados conceitos de conduta aptos a solucionar na prática os novos conflitos do mundo globalizado.

Foi esta a forma de combater o positivismo exacerbado, a interpretação sobre letra fria da lei e a análise demasiadamente objetiva. Os princípios e normas jurídicas foram efetivamente levados ao topo da pirâmide.<sup>14</sup>

O vazio axiológico e teológico da legalidade formalista encontrou resposta na Teoria Crítica do Direito, marcando a queda do positivismo jurídico como máxima fonte de interpretação, notadamente objetiva e estrita a lei. Foi neste início de pós-positivismo que paralelamente a sociedade deu maior interesse a questões sociais, reconhecendo que a letra fria da lei não está a contento.

Sobre o pós-positivismo acima mencionado, lê-se:

É, pois, o pós-positivismo, a qualificação efêmera e genérica de um ideário difuso, no qual se abarcam a definição das relações entre valores, princípios

<sup>13</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>14</sup> FROEHLICH, C. A. Bioética e direitos além de humanos: um enfoque filosófico-jurídico contemporâneo. **Revista Brasileira de Bioética**. v. 2, n. 1, 2006, p. 57.

e regras - aspectos da chamada “Nova Hermenêutica Constitucional” - e a teoria dos direitos fundamentais, erigida sobre o fundamento da dignidade humana. O pós-positivismo valoriza a inclusão, explícita ou implícita, dos princípios jurídicos pelos textos constitucionais; e o reconhecimento pela ordem jurídica destes princípios e destes direitos fundamentais, e de sua normatividade, faz parte desse ambiente criado pelo pós-positivismo de reaproximação entre Direito e Ética.<sup>15</sup> (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 108).

Foi neste contexto que o Estado Constitucional emergiu, também chamado de Neoconstitucionalismo, trazendo princípios constitucionais como forma jurídica para garantir os principais valores elencados pela sociedade.

Foi nesta nova ideologia que incorporou-se a ideia de constitucionalismo fraternal, resultado de uma evolução histórica do constitucionalismo, relacionando o constitucionalismo clássico da liberdade, o constitucionalismo social da igualdade e o constitucionalismo contemporâneo da fraternidade.

Tal compreensão importa no aumento da gama de valores constitucionalmente previstos, conforme preconiza Carlos Ayres Britto:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do desenvolvimento, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.<sup>16</sup>

Identifica-se no constitucionalismo fraternal que o centro do sistema jurídico é o ser humano, remetendo aos poderes estatais o dever de garantir a sua dignidade, inserindo aí compreensões sobre o direito ao mínimo existencial para garantir as

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS A. P. de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE: G. S. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 2.

<sup>16</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216.

condições mínimas de existência humana digna e que além de não poder ser objeto de intervenção do Estado requer prestações estatais positivas.

No Brasil o marco deste processo ocorreu com a redemocratização e a Constituição de 1988, emergida da constituinte originária que trouxe a valorização dos princípios e dos direitos fundamentais, dando alcance e vinculação de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional face a tais princípios, exigindo estudo dos juristas para uma nova interpretação, agora confrontando a letra da lei com os princípios.

Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>17</sup> identifica a fraternidade no ordenamento jurídico brasileiro como uma categoria jurídico-constitucional, conforme vemos:

Ao afirmar a Constituição brasileira que é objetivo fundamental da República Federativa construir uma sociedade livre, justa e solidária, constata-se, cristalina, o reconhecimento de dimensões materializadas em três valores distintos, mas em simbiose perfeita: a) Uma dimensão política: construir uma sociedade livre; b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa; c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária. Cada uma das três dimensões, ao encerrar valores próprios, liberdade, igualdade e fraternidade, instituem categorias constitucionais. (...). Uma sociedade fraterna é uma sociedade sem preconceitos e pluralista. E esses valores estão presentes na Constituição de 1988.

Com este novo modelo de Constituição, sabendo o constituinte da dificuldade em esgotar determinado assunto, optou este pela introdução de cláusulas abertas, que são cláusulas complementadas pelos operadores do sistema jurídico, tornando-se estes verdadeiros coparticipantes, em tempo de interpretação, do processo de criação do Direito. É a permissão para que os magistrados complementem o trabalho do legislador no caso concreto, viabilizando e fundando-se na legalidade necessária para a aplicação de soluções inovadoras.<sup>18</sup>

Deste cenário, iniciado com o constitucionalismo liberal de interpretação objetiva, passando pela Teoria Crítica do Direito e chegando-se ao Neoconstitucionalismo é que fundamenta-se o Ativismo Judicial, estando cada vez mais presente nas decisões, sendo fonte de satisfação para uns e aspirando incerteza jurídica para outros.

---

<sup>17</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 26. jul/set. 2009, p. 33-54.

<sup>18</sup> BARROSO, In: FERNANDES, op. cit.,

## 2.3 DA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a consagração da dignidade da pessoa humana e com a constitucionalização dos direitos sociais advindos expressamente na Constituição de 1988 elevou-se de obrigação moral a imposição legal uma série de responsabilidades que passaram a ser deveres do Estado, que assim deve prover a quem necessita, invariavelmente impondo deveres a outros pares, pois tratam-se muitas vezes de direitos positivos que requerem a atuação de um para a fruição do outro.<sup>19</sup>

Nesta seara de direitos sociais o Ativismo Judicial encontra amplo espaço, advindo de uma atuação mais intensa dos magistrados, que determinam o cumprimento destes direitos. Por falta da legislação infraconstitucional ou por entender que o legislativo limitou demasiadamente um destes direitos sociais o Poder Judiciário atua com maior ênfase, no caso concreto, para traduzir a soberania popular advinda da Constituição.

Um eventual entendimento sobre o enfraquecimento da separação dos poderes em virtude das decisões do Poder Judiciário é afastado ao entender-se que a própria separação prevê a ideia de submissão do poder ao império da lei e do Direito, sendo o controle e a fiscalização parte integrante da separação dos poderes.

Não é o Poder Judiciário que se sobressai sobre o Poder Legislativo, mas sim a ausência de legislação que encontra barreira em sua lei anterior, qual seja, a Constituição Federal.

Notemos a passagem de Cordeiro sobre o tema:

De outra banda é sabido que não há uma separação absoluta de poderes. O estabelecimento de funções básicas predominantes a cada um dos Poderes do Estado juntamente com a previsão de algumas interferências mútuas denota a consagração de um esquema de controles recíprocos, dentro do jogo dos freios e contrapesos. No lugar de separação, as palavras de ordem são harmonia, colaboração e interação.

Convencionalmente, as funções são divididas entre Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Não existe fórmula única para o sistema de freios e contrapesos, nem mesmo em matéria de direitos fundamentais. A quase totalidade das democracias adotou o constitucionalismo na linha do

---

<sup>19</sup> CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 141.

modelo estadunidense, que pode ser sintetizado nas seguintes características: supremacia da Constituição; controle judicial de constitucionalidade; e proteção ativa dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

Percebemos que a atuação inicialmente proposta ao Poder Judiciário nacional no âmbito constitucional é o de patrulha e vigilância, com força de interpretação final, por mais que os demais poderes tenham a legitimidade e autonomia para dar sua interpretação da Constituição.

É, portanto, dentre sua competência frente as esferas do Estado, função do Poder Judiciário a análise de constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes. Quando presente uma infração a ordem constitucional é legítimo e necessário ao Poder Judiciário sua atuação, afim de garantir sua própria efetividade e a própria separação dos poderes.

Há, entretanto, relutância em aceitar e entender se é democrático que um grupo de pessoas – magistrados – tomem decisões morais fundamentais em nome de toda a sociedade.

Embora a função dos magistrados, em âmbito constitucional, seja política, o fato deles não pertencerem à esfera política – uma aparente contradição – garante ainda mais legitimidade em suas ações. É esta uma forma de aumentar a proteção da democracia e dos direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Ainda, considerando que a última fortaleza do Estado Constitucional seja a separação dos poderes, tem-se que a própria separação cria e delimita domínios exclusivos de atuação, legitimando a atuação do Poder Judiciário na sua área de atuação e retirando poderes sob outras áreas, de forma que impedem a instauração de um governo de juízes.

Conclui-se que o positivismo jurídico é passado e que foi incorporado a cultura jurídica nacional uma relevante preocupação com a efetividade dos direitos humanos e princípios elencados na Constituição. A nova interpretação constitucional usa dos pilares da ponderação de valores e teoria da argumentação como meio de se interpretar todas as demais normas.

Ressalte-se que na apreciação de matérias relacionadas aos direitos fundamentais é necessário mais do que simples subsunção do fato à norma, sendo

---

<sup>20</sup> CORDEIRO, op. cit., p. 146.

<sup>21</sup> Ibid, p. 147.

imprescindível uma ponderação de valores com natural subjetividade, cabendo ao Poder Judiciário a autonomia que lhe foi conferida pela separação dos poderes.

O ativismo judicial trouxe no panorama nacional uma eficaz forma do Judiciário se comprometer com a efetividade das normas constitucionais, inovando sobre a antiga dogmática. Os novos métodos hermenêuticos para a interpretação constitucional resultaram em maior discricionariedade por parte dos magistrados, porém é preciso lembrar que a aplicação da Constituição e das leis a qual os magistrados exprimem a palavra final em verdade é resultado concreto das decisões que foram tomadas pelo Poder Legislativo, sob análise de conformidade com as escolhas do poder constituinte.

Desta feita é legítimo que os magistrados tomem decisões inéditas quando necessário suprimir eventuais lacunas legislativas, observando fielmente os princípios constitucionais norteadores, garantindo a separação dos poderes e a legitimidade de suas decisões.

Por fim, percebe-se que o ativismo judicial é resultado de uma interpretação constitucional que potencializa o alcance da norma, sem esquecer do dever de assim fazê-lo em nome dos direitos fundamentais e princípios garantidos na Constituição Federal.

É neste sentido que justifica-se as eventuais atuações contramajoritárias, pois estão elas dando ênfase aos valores democráticos e garantindo uma prestação jurisdicional eficaz, pautando-se nas transformações sociais ainda não amparadas pelas normas jurídicas vigentes, mas amparadas pelos princípios norteadores e direitos fundamentais.

### **3 DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o mínimo existencial estava previsto na Constituição de 1946 (art. 15, parágrafo primeiro) e mesmo que tenha desaparecido do atual texto constitucional não é possível ignorar que a doutrina nacional reconheça sua existência.

Pode-se dizer que o mínimo existencial apresenta-se sob duas formas: impõe ao Estado o dever de oferecer prestações positivas de natureza assistencial e, ainda, como direito de natureza negativa, como imunidade fiscal, impede-o de

invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.

Para Torres (1997), ainda que não haja previsão expressa, o mínimo existencial encontra-se compreendido em diversos princípios constitucionais, como o princípio da liberdade, posto que sem a possibilidade de sobrevivência do homem desaparecem as condições iniciais de liberdade, conforme lê-se:

a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas condições para o exercício da liberdade ou até na liberdade para ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição.<sup>22</sup>

Percebe-se portanto que o mínimo existencial é pré-constitucional, visto que inerente à condição humana, que exige condições mínimas de existência como os direitos humanos ou direitos naturais. É em verdade um direito público subjetivo do cidadão que condiciona a ordem jurídica e não sendo outorgado por esta.

Como exemplo podemos citar as imunidades implícitas previstas na Constituição, como as formas de isenções e seletividade dos tributos IPI e ICMS, bem como a não incidência do imposto de renda sobre o mínimo imprescindível à sobrevivência do contribuinte, nem sobre as quantias necessárias à subsistência de seus dependentes, dedutíveis da renda bruta.

Pode-se ainda entender que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal é a norma expressa que mais se aproxima do conceito de mínimo existência, traduzindo o conceito em um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Violar-se-ia, portanto, o mínimo existencial quando da omissão na concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, onde não há espaço de discricionariedade para o gestor público.

Ainda, como prestações positivas de natureza assistencial previstas expressamente no texto Constitucional encontramos o direito à assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social, a quem dela necessita,

---

<sup>22</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

previsto no art. 203 e a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, previsto no art. 206, IV do mesmo texto constitucional.

Verifica-se portanto que o mínimo existencial compreende obrigações positivas no Estado na garantia de condições mínimas aos cidadãos, bem como a obrigação negativa mediante um *non facere*, impedindo-o de exercer o poder fiscal sobre a esfera da liberdade mínima do cidadão.

O mínimo existencial portanto refere-se aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”. É um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna e se refere aos direitos positivos, pois exige que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos.

Assim sendo, o direito ao mínimo existencial demanda a prestação real de serviços sociais básicos pelo poder público, dependendo da formulação, implementação e manutenção de políticas públicas e na composição de gastos nos orçamentos da União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

#### 4 DA RESERVA DO POSSÍVEL

Utilizada pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão, a expressão representou a limitação ao acesso às universidades de medicina, que na época sofriam com o exaurimento de sua capacidade. Embora em primeiro momento fosse esta limitação entendida como ofensa ao direito à liberdade profissional, entendeu o Tribunal Alemão que era sim possível aplicar a restrição de acesso, caracterizando a reserva do possível no “no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”.<sup>23</sup>

A partir da utilização inicial pelo Tribunal Alemão a expressão difundiu-se mundo a fora, ganhando corpo como verdadeira teoria, sendo objeto de estudo no campo do Direito e sendo aplicada em diversos países, como Portugal e Brasil.

Canotilho (2004) criticou a adoção da teoria em Portugal, conforme lê-se:

---

<sup>23</sup> FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado.** Disponível em: <[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_christiane\\_mina\\_out2012.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf)> Acesso em 15/08/2014.

“rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.<sup>24</sup>

A reserva do possível pode ser chamada também de “reserva do financeiramente possível” ou ainda “reserva da consistência”, estando ligada à insuficiência dos recursos estatais para tornar efetivos todos os direitos sociais, sendo a expressão relacionada, portanto, com a situação econômica do Estado. Para Ana Paula de Barcellos “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.<sup>25</sup>

No Brasil a teoria também se propagou, porém a análise da razoabilidade da pretensão ficou em segundo plano, visto que muitas vezes refere-se tão somente à disponibilidade ou não de recursos, transformando-a em uma reserva do financeiramente possível. Notemos a posição de Fernando Facury Scaff: “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral”.<sup>26</sup>

Ana Paula de Barcellos corrobora com a visão do limite financeiro, conforme vê-se: “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.<sup>27</sup>

Há que se frisar que no Brasil vivemos uma permanente crise social, onde milhões de cidadãos são socialmente excluídos quando encontram os hospitais da rede pública com falta de equipamentos, médicos e vagas. Na concepção da referida teoria pelo sistema jurídico alemão as condições sociais lá eram diametralmente opostas, comportando tal teoria quando o que se busca é algo que não implica nas condições mínimas de existência. Vidal Serrano Nunes Junior

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 481.

<sup>25</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 278.

<sup>26</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, p. 151. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 151.

<sup>27</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 276.

considera que as condições jurídico-positivas nas quais a teoria nasceu não se reproduzem no Brasil.

Dirley da Cunha Junior afirma: “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações”.<sup>28</sup> Percebe-se portanto que o princípio da reserva do possível seria em verdade um limitador à efetividade dos direitos fundamentais e sociais.

Corroborando também 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 ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas”.<sup>29</sup>

Conclui-se portanto que os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições sócio econômicas e estruturais.

Trata-se de mau uso da teoria caso o Judiciário a aplique em detrimento de necessidades primárias do ser humano, notadamente em contradição com os preceitos da Constituição Federal. Há que se distinguir quando o pedido do jurisdicionado visa garantir a sua subsistência do pedido que vai aquém da mediana esperada pelos outros cidadãos como função do Estado.

É em casos concretos que tais limites vão se formando, lembrando que o próprio tempo e condições políticas e financeiras do Estado podem ampliar ou até mesmo reduzir o leque de atribuições Estatais e conseqüentemente a profundidade do oferecimento de um direito positivo como a saúde e a educação.

Identifica-se que a teoria da reserva do possível pode ser rotulada como fática quando está ligada à existência de recursos, enquanto jurídica quando diz respeito à previsão orçamentária para a despesa. Eros Grau discorre acerca da reserva do

<sup>28</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**: Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 349-395.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE 393.175**. Rel. Celso de Mello, 2013.

possível fática identificando que se preservados os recursos indispensáveis à continuidade do serviço público, houver inexistência de disponibilidade de caixa, constituirá esta a reserva do possível fática.

Note-se a ressalva à ideia de indisponibilidade de recursos em caixa, posto que os valores destinados à manutenção do serviço público não podem ser comprometidos, não entrando na verificação de existência de dinheiro para fins de atendimento de demandas relativas a direitos sociais.

Uma forte crítica sobre a reserva do possível fática, aquela ligada à existência de recursos, é a de que o Estado tem como arrecadar mais recursos, posto que a própria sociedade é a responsável por fornecer os recursos ao Estado. Assim sendo concluir-se-ia pela inaplicabilidade da reserva fática, vez que o Estado sempre pode obter novos recursos. Ricardo Lobo Torres conclui:

ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro sonante na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanente possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática!<sup>30</sup>

Ingo Sarlet adiciona um terceiro aspecto, que “envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”<sup>31</sup> Com isso, insere o aspecto da razoabilidade ao lado do aspecto econômico da reserva do possível.

Assim sendo, a prática da reserva do possível poderia, sim, justificar restrições aos direitos sociais, mas não impedir a efetivação das exigências mínimas para a vida com dignidade. Nesse caso, seria necessária a remoção do obstáculo financeiro, mediante a realocação de recursos, a fixação de prioridades, ou outro mecanismo.

Importante a opinião do jurista alemão Robert Alexy sobre o tema:

---

<sup>30</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 110.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 29. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade.”<sup>32</sup>

Virgílio Afonso da Silva corrobora com a opinião do jurista alemão, quando afirma:

tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizada às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.<sup>33</sup>

Quanto a jurisprudência pátria, o STF tem afastado as alegações do Executivo de que determinadas prestações não poderiam ser fornecidas em face das limitações decorrentes da reserva do possível, não podendo tal argumento justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial, conforme lê-se:

(...)A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá- los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 69.

<sup>33</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.<sup>34</sup>

Assim sendo, conclui-se que para o STF o uso da teoria da reserva do possível não pode servir de argumento para a não implementação dos direitos que integram o mínimo existencial bem como não pode ser invocada “com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição”.

A exceção ocorreu quando no julgamento de intervenção federal face o não pagamento de precatórios. Deve-se analisar também a razoabilidade da pretensão, conforme lê-se:

(...)Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.<sup>35</sup>

Nota-se portanto que muitas vezes examina-se a reserva do possível somente pelo ângulo da disponibilidade financeira, tal como também a doutrina o faz, a exceção de casos em que a razoabilidade é analisada.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639337 AgR/SP**. Rel. Celso de Mello, 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em 30/08/2014.

<sup>35</sup>MELLO, Celso de. **ADPF 45 MC/DF**. STF, 2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 30/08/2014.

## 5 DAS BOAS PRÁTICAS NA APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

### 5.1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Há que se ressaltar, primeiramente, que é papel do Poder Judiciário a proteção e efetividade das normas constitucionais, assim o fazendo através da interpretação constitucional sob hermenêutica do Direito, abrangendo leis e atos administrativos dos demais poderes. Assim sendo, ocorrendo a eventual inobservância dos preceitos da Constituição ou omissão por parte do Executivo ou do Legislativo, imperioso e legitimado estará o Judiciário na intervenção para preservar a supremacia da norma constitucional.

Como bem ressaltado por Dias<sup>36</sup>, sob o aspecto da separação dos poderes deve-se esclarecer que a Constituição Federal não consagrou esta característica como absoluta, pois admitiu o controle recíproco entre os poderes, também chamado de *checks and balances*. Desta forma constata-se que é atribuição do Poder Judiciário sua manifestação em favor da salvaguarda institucional perante o ordenamento constitucional para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Compreende-se então que a intervenção do Judiciário não substitui a competência do Legislativo ou Executivo, mas tem a força de controlar a constitucionalidade de seus atos quanto a legalidade com vista a garantir a democracia e proteger os direitos fundamentais. Portanto um ato da administração pública sofre análise do Judiciário não apenas quanto a sua legalidade mas também quanto ao seu objetivo, pois se o objetivo é contrário aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, deste ato caberá sua invalidação.

Luís Roberto Barroso menciona que:

a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo

---

<sup>36</sup> DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.<sup>37</sup>

E Ana Paula Barcellos complementa sobre o controle de constitucionalidade esclarecendo que o exercício do controle não significa que:

não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis [...] não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.<sup>38</sup>

Conclui-se portanto que face a difusão da Teoria do Controle de Constitucionalidade pelo mundo a suprallegalidade dos textos constitucionais ganharam forma e com isso tornou-se indeclinável a possibilidade de controle judicial das políticas públicas e das escolhas orçamentárias.

## 5.2 DA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA

Há uma situação que tem gerado polêmica quanto a atuação do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais: a intervenção judicial no orçamento público por via indireta, concretizada por decisões judiciais que em última instância realocam os recursos públicos para o cumprimento de obrigação de fazer, sob justificativa da aplicabilidade imediata e direta na garantia dos direitos fundamentais sociais.

Notemos que os recursos públicos não são inesgotáveis como keynesianos entendiam, desta forma a escassez de recursos gera a necessidade de realizar escolhas orçamentárias. Ocorre que as liminares concedidas pelo Judiciário diariamente em ações individuais determinam prestações estatais para a garantia de direitos fundamentais sociais muitas vezes sem considerar circunstâncias de escassez de recursos ou a lei orçamentária em vigor.

<sup>37</sup> 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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em 02/09/2014.

<sup>38</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.) **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo: Renovar, 2006.

José Reinaldo de Lima Lopes dialoga com esta situação da seguinte forma:

Não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.<sup>39</sup>

Ocorreram também decisões que, sem respeitar a dotação orçamentária, determinaram a construção de salas de aula, leitos em hospitais, abrigos para adolescentes infratores, como por exemplo:

O titular do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia, juiz Maurício Porfírio Rosa, determinou ao Estado de Goiás a construção de 953 salas de aula nos colégios estaduais da capital até o final do exercício de 2008. A ordem judicial foi requerida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público (MP) para que sejam atendidas as exigências estabelecidas pela legislação, no que se refere à quantidade mínima de alunos por salas.<sup>40</sup>

Já uma decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina teve entendimento diverso, respeitando a lei orçamentária em vigor:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER - IMPLEMENTAÇÃO DE 288 VAGAS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO INFANTIL E INCLUSÃO DA DESPESA NO ORÇAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - OBEDIÊNCIA À LEI ORÇAMENTÁRIA. Não se pode negar a obrigação do Estado com a educação, prescrita no art. 205 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil. A análise de casos como este, deve ser sob o prisma da capacidade financeira do Município, a inesperada criação de 288 vagas em creches e pré-escolas municipais e a inexistência de receita, hipótese que pode causar um gravame aos cofres públicos e um desequilíbrio no orçamento do pequeno Município (Gaspar).<sup>41</sup>

<sup>39</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 131

<sup>40</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GÓIAS. **Notícia**, Disponível em <<http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=3848>>. Acesso em 12/09/2014.

<sup>41</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível n. 2006.048011-0**. Rel. Volnei Carlin, 2007, p. 201

Um fator relevante para tais decisões é que para seu cumprimento o Poder Executivo precisará arcar com gastos em rubricas que inexistem no orçamento público, realocando recursos de rubricas já contempladas.

Em resumida explicação o orçamento público geralmente prevê três tipos de despesas específicas para o cumprimento das decisões judiciais, quais sejam precatórios, sentenças de pequeno valor e outras decisões. O pagamento de precatórios e sentenças de pequeno valor está previsto na Constituição (Art. 100). Ocorre que não há previsão de despesa específica para cumprimento de decisão judicial que protege direito social, fazendo com que o gestor público aloque tal despesa na rubrica outras decisões. Porém como não se pode prever a quantidade de demandas judiciais nem seu respectivo custo ao orçamento público, haverá necessidade de suplementação de despesa pelo Executivo e de autorização do Legislativo para a criação de créditos especiais que supram a despesa gerada pela decisão judicial.

Conclui-se portanto que a decisão judicial terá impacto em diversos atores do Executivo e Legislativo para que a despesa fique de acordo com as leis de escrituração e controle fiscal, evitando inclusive penalidades aos gestores face a Lei de Responsabilidade Fiscal.

A intervenção judicial depende da análise de cada caso concreto e encontra como necessidade a observância de limites do próprio sistema tripartite, de forma que o Poder Judiciário exerça seu controle de forma harmônica com a própria Constituição Federal e com as funções do Executivo e Legislativo.

Não cabe aos juízes substituir o Executivo nas escolhas orçamentárias, pois esta é matéria discricionária e decorre do plano de governo pelo qual o governante foi eleito. Entretanto, encontra-se na doutrina defensores de que o Poder Judiciário tem competência para examinar se as medidas eleitas pelo administrador público são idôneas, razoáveis e estão cumprindo as obrigações constitucionais impostas ao Executivo.

Contata-se que se a alocação de recursos for desarrazoada ou fundamentada em motivos escusos, discriminatórios ou de interesse pessoal do gestor esta alocação é passível de controle do Judiciário. Dirley da Cunha Jr. complementa:

Imaginemos a hipótese do Prefeito de um pequeno Município, carente de mais postos de saúde, comprometer os recursos públicos disponíveis em

obras voluptuárias ou de embelezamento da cidade, como a construção de um piscinão ou o asfaltamento das vias principais da urbe. No caso alvitrado, está claro que o poder público adotou uma providência não ideal ou não razoável, porque não atendeu às prioridades locais e ao interesse público mais emergente. Essa atuação do poder público pode ser, sem dúvida, contrastada judicialmente.<sup>42</sup>

Ressalte-se que o Poder Judiciário não pode se focar nos meios pelos quais a administração pública adotou para satisfazer os direitos fundamentais sociais, pois presente aí a discricionariedade de meios. O que pode ser analisado é a escolha do gestor a partir da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Vejamos a ementa de um agravo de instrumento do Tribunal de Justiça do Pará:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CASSAÇÃO DE LIMINAR. INSTALAÇÃO IMEDIATA DE UMA DELEGACIA DE ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE. DESCASO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE TEMPO. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. INVASÃO DA SEARA PRIVATIVA DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ESTUDO PRÉVIO. TESES CONTEMPLADAS. RECURSO PROVIDO. 1. A construção de uma Delegacia de Atendimento ao Adolescente, apesar de representar um direito fundamental da criança e do adolescente, insculpido no art. 227 da CF e ratificado nos art. 4º e 5º do ECA, está inserido no poder discricionário do administrador, que deverá analisar a oportunidade e conveniência para a realização da obra. Dessa forma, em conformidade com o princípio da discricionariedade, o Poder Público tem liberdade para escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve existir, com a finalidade de sempre preservar o interesse público. 2. Não cabe ao judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Poder Executivo, para determinar a construção de obra especificada, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes, que, constitui cláusula pétrea, estabelecida no artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal. 3. É necessário antes da construção, se fazer uma previsão orçamentária, um estudo prévio, caso contrário, ferindo o inclusive o princípio constitucional como o da obrigatoriedade de procedimento licitatório, realização de concurso público para a nomeação de servidores, gerando graves prejuízos e ônus aos cofres públicos, com poucos resultados práticos para a comunidade. 4. A alegação de desarrazoabilidade do curto tempo fornecido merece prosperar. 5. Recurso conhecido e provido.<sup>43</sup>

Desta forma o Tribunal reviu decisão de juiz do primeiro grau que havia determinado ao Administrador Público a construção de uma delegacia de atendimento ao adolescente de forma urgente.

<sup>42</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 472-473.

<sup>43</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. **Agravo de Instrumento n. 2008.3.010128-0**. Rel. José Maria Teixeira do Rosário, 2010.

Ainda, pode-se identificar como limite da intervenção judicial as regras e princípios que regem os gastos públicos, como as vedações do artigo 167 da Constituição, que proíbem o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual ou mesmo a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários planejados, sob pena do fato constituir crime de responsabilidade fiscal.

Notemos portanto a diferença entre a declaração de inconstitucionalidade da lei orçamentária ou a declaração de ilegalidade nos atos de execução do orçamento e a exigência por parte do Judiciário para a realocação de recursos previstos em virtude de um planejamento coerente com as obrigações constitucionalmente delegadas, como nos direitos fundamentais sociais. Na realocação dos recursos há confronto entre normas do próprio texto constitucional, quais sejam, as regras orçamentárias e os direitos fundamentais sociais como princípios.

Ainda, outro limite há ser considerado é a observância das exigências para a geração de despesas, como a indicação de receita, sob pena novamente do descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nas circunstâncias do caso concreto, se impossível o respeito as metas fiscais, nada impede que as metas sociais prevaleçam, pois abarcam direitos fundamentais que fundam, em sua essência, condições básicas que garantem a existência de pessoas que escolhem e fazem cumprir as metas fiscais.

### 5.3 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade da Administração Pública está relacionada ao modo de cumprimento do ditame legal, não podendo ser usada para justificar o descumprimento do dever legal. Entre as competências do Poder Judiciário está o dever de suprimir omissões governamentais relacionadas as políticas públicas, podendo determinar que conste em orçamento do exercício subsequente uma dotação específica para o cumprimento de tal dever.

Neste sentido encontramos uma decisão da Ministra Eliana Calmon, conforme vê-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.<sup>44</sup>

Quando o cidadão recorre ao Judiciário para garantir um direito ao mínimo existencial o caso concreto muitas vezes exige que o provimento jurisdicional ocorra de forma imediata, promovendo a política pública que efetive os princípios constitucionais. Entretanto, muitas vezes surge a necessidade de modificar a lei orçamentária no mesmo exercício financeiro para compreender a nova despesa ordenada pelo Judiciário. Nesta situação o juiz, visando evitar o impacto financeiro de sua decisão, pode alegar na fundamentação a viabilidade de fazer uso das verbas destinadas à reserva de contingência. Eduardo Appio corrobora da seguinte forma:

Mesmo nos casos em que não existam valores específicos previstos em orçamento, a ordem judicial determinará a utilização de recursos públicos, previstos em rubrica especial, destinadas a fazer frente às despesas de natureza emergencial, consoante determina a lei de responsabilidade fiscal. Os valores deverão sair da chamada 'reserva de contingência', que deverá estar prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias, não havendo necessidade de alteração da lei orçamentária anual no ano de cumprimento da decisão. O crédito a ser previsto na lei orçamentária anual, todavia, não pode ter um valor ilimitado, razão pela qual o Poder Público terá limites mesmo em sede de despesas contingenciais (Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 5º, §4º), do que pode resultar necessidade de uma suplementação orçamentária específica para atender a novas despesas decorrentes de decisões judiciais. Caso a decisão projete despesas de caráter continuado para os anos subseqüentes, a lei orçamentária anual ulterior deverá prever estas despesas, sob pena de responsabilidade direta e pessoal do chefe do Poder Executivo.<sup>45</sup>

Há que se ter cuidado com a excessiva judicialização do Poder Judiciário na imposição de comandos que determinem o uso dos recursos presentes na reserva de contingência. É o Poder Executivo quem deve decidir qual é a forma que o direito fundamental social será concretizado. Pode o Judiciário, na fundamentação,

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Resp. n 493.811-SP**. Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 11/11/2003.

<sup>45</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 170.

mencionar a possibilidade da retirada de verbas de contingência, a criação de créditos adicionais ou até mesmo a possibilidade de se contingenciar necessidades terciárias, tudo para evitar que a decisão seja descumprida sob argumento de insuficiência de recursos.

Passagem de Ricardo Lobo Torres vem a ratificar tal entendimento:

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade e na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos público.<sup>46</sup>

Ainda:

Se por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e de termina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência da verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, da CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo a dotação necessária a garantia do direito, o Legislativo deve abrir o crédito especial providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários.<sup>47</sup>

Com a lógica acima narrada, carece de legitimidade a determinação do Judiciário do bloqueio ou sequestro de recursos públicos para garantir o cumprimento da decisão que envolve direito social.

Assim sendo, conclui-se que o problema da rubrica orçamentária para cumprimento da decisão deve ser superado pelo Executivo, com autorização do Legislativo, respeitando as regras constitucionais. Não é porque a decisão visa garantir um direito fundamental que as regras procedimentais da escrituração pública podem ser esquecidas.

Há, entretanto, jurisprudência em sentido contrário, como por exemplo:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA NO SETOR DE NAVEGAÇÃO AEROPORTUÁRIA. CONSTRUÇÃO DE ATERRO OU USINA DE LIXO. NECESSIDADE. ABERTURA DE CRÉDITO SUPLEMENTAR. DOTAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SUBORDINAÇÃO. PRAZO E MULTA JUDICIAIS. Com o

<sup>46</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407- 408.

<sup>47</sup> TORRES, 2009, op. cit., p. 96.

aparecimento dos “lixões” em torno de aeroportuárias, torna-se premente a construção de aterro sanitário ou usina de compostagem de lixo, questão em que se encontra envolvida a segurança aeroportuária. A dotação orçamentária para esse fim é a providência de abertura de crédito suplementar por parte da autoridade municipal que, em se tratando de ação civil pública e caso não queira adotar essa providência, decorrido o prazo de trinta dias, se subordinará à multa judicial. Agravo parcialmente provido.<sup>48</sup>

No caso acima exemplificado nos parece que o Judiciário estaria violando a autonomia do Executivo quando impõe a abertura de crédito suplementar, quando em verdade não cabe ao Judiciário decidir sobre recursos públicos.

É do Poder Executivo a competência para interpretar as reais necessidades da população, remanejando os escassos recursos públicos da forma que lhe convém, visando atender as garantias e direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

Clara Cardoso Machado comenta sobre os conflitos distributivos:

não há como perder de vista que a proteção de direitos relacionados à saúde, educação, moradia, etc., envolvem demandas distributivas de caráter plurilateral (o vencedor não pode excluir o perdedor), e não conflitos comutativos de feição bilateral (um ganha e o outro perde).<sup>49</sup>

José Reinaldo Lima Lopes, sobre tais direitos sociais, explicita os motivos da dificuldade da autoridade que arbitra um conflito distributivo:

Esta diferença consiste exatamente no fato de os conflitos distributivos serem jogos de soma não zero, ao passo que os conflitos comutativos são jogos de soma zero. Os jogos de soma não zero, esclarece-nos a ciência política, são aqueles em que todas as partes perdem ou ganham proporcionalmente alguma coisa. E justamente por causa disto a autoridade chamada arbitrar um conflito assim (...) vê-se impelida ou mesmo constrangida a servir de mediador ou conciliador.<sup>50</sup>

Em virtude dos direitos sociais serem revestidos de caráter coletivo e distributivo procura-se implementá-los sob a forma de políticas públicas, mediante a

<sup>48</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO. **Ag. 980506588-0**. Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 06/07/2001.

<sup>49</sup> MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno**. Disponível em: < [http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj\\_fraterno.pdf](http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf)>. Acesso em 10/08/2014.

<sup>50</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 168.

leitura da situação fática local, conhecendo as necessidades da comunidade, chegando-se a uma forma de distribuição de recursos que em tese obtém maior retorno para aquela região.

Portanto uma decisão judicial que desconsidere o contexto fático local e fixe-se apenas no caso concreto pode vir a desregular o ambiente e causar problemas ainda maiores aos já existentes sob pretexto de acertar o direito de um jurisdicionado.

É complexa a tarefa de se garantir um direito fundamental social que está sendo violado ao mesmo tempo em que se preza pelo menor impacto possível no orçamento público, pois em muitos casos tal medida acarretará na redistribuição indireta de recursos até então destinados às políticas públicas eleitas pelo chefe do Executivo sob aprovação do Legislativo.

Percebamos, por exemplo, que a Constituição estabelece que o direito à saúde deve se dar de forma universal e igualitária. Portanto, uma decisão individualizada que viabilize este direito fundamental de um jurisdicionado precisa observar critérios que minimizem os impactos no orçamento, sob pena de concretizar exatamente o oposto do que almeja a outros indivíduos.

Devemos reconhecer que as próprias políticas públicas tradicionalmente tem maior foco nas pessoas mais vulneráveis, portanto há de se ter ainda maior cautela em casos individualizados. Recomenda-se a análise concreta da essencialidade da obrigação demandada e a necessidade específica para o indivíduo requerente. Há de se estabelecer uma visão global do panorama social e ter em mente como ocorre a formação do orçamento público.

É necessário que o Judiciário tenha como foco a garantia da macrojustiça, a qual Gustavo Amaral descreve sucintamente como “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam a estar em situação similar, sob pena de quebrar a isonomia”.<sup>51</sup>

Como exemplo de jurisprudência regional colaciona-se julgado do TRF-4 que negou o tratamento médico no exterior, pois a essencialidade e a necessidade do tratamento foram entendidas como incompatíveis com a possibilidade do Estado frente a distorção que poderia ocorrer no orçamento público, conforme vê-se:

---

<sup>51</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39.

ADMINISTRATIVO. SUS. DOENÇA RARA NÃO DIAGNOSTICADA. FINANCIAMENTO DE VIAGEM AO EXTERIOR PELO SUS. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. 1. Consabido que o Estado brasileiro dispõe de recursos limitados para a implantação e consecução de políticas públicas diversas, realização de investimentos e prestação dos serviços públicos essenciais. 2. A saúde, apesar de ser um direito assegurado a toda coletividade, submete-se à chamada reserva do possível. 3. As carências da sociedade são identificadas e valoradas pela Administração, que, num juízo eminentemente discricionário, define as prioridades a serem atendidas, dentro das possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado. Não cabe, portanto, ao Judiciário imiscuir-se nesse juízo, determinando a aplicação dos recursos de forma diferenciada daquela pautada por critérios técnicos e científicos. 4. Considerando-se que a doença que aflige a autora, além de ainda não ter sido diagnosticada, é apontada como sendo enfermidade extremamente rara, não sendo certa a possibilidade de sucesso em seu diagnóstico ou tratamento, que certamente teria caráter experimental, deve ser denegado o custeio pretendido, ante a duvidosa possibilidade de êxito.<sup>52</sup>

A exceção deve ser respeitada quando necessária para a proteção do mínimo existencial.

Ainda quanto a políticas públicas, constata-se que o entendimento da jurisprudência tem sido no sentido de que quando o não desenvolvimento de políticas públicas acarretar grave risco a efetividade de direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de implementar os valores constitucionais. Nesses casos, não é possível que o Poder Público invoque a discricionariedade administrativa.

Notemos que o STJ decidiu<sup>53</sup> recentemente que a Administração Pública pode ser obrigada a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento. A Corte entendeu que não há violação ao princípio da separação dos poderes no caso, isso porque com essa decisão o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas. O que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, neste caso, se mostraram ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes.

<sup>52</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. **Apelação Cível n. 2003.70.00.025872-9/PR**, Rel. Vânia Hack de Almeida, DJ 17/07/2007.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **RE 429903/RJ**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014 (Info 752).

Assim, não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário.

Em suma, tanto o STF quanto o STJ reconhecem que, em casos excepcionais, é possível o controle judicial de políticas públicas, conforme julgado recente:

Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia pública – superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos, notadamente em razão de defeitos estruturais, de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive, relato de que as visitas íntimas seriam realizadas dentro das próprias celas e em grupos, e que existiriam detentas acomodadas improvisadamente –, a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.<sup>54</sup>

Conforme entendimento do STJ, nas circunstâncias acima narradas há inexistência de ofensa à separação dos poderes, posto que a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, não existe empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Constata-se ainda a inexistência de ofensa à previa previsão orçamentária, pois não há ofensa aos artigos 4º, 6º e 60 da Lei nº 4.320/64, quando o Judiciário determina que o Estado inclua previsão orçamentária para as políticas públicas ou obras necessárias.

---

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça 2ª Turma. **REsp 1.389.952-MT**, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014

#### 5.4 DO AFASTAMENTO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Verifica-se o não cabimento da aplicação da teoria da reserva do possível, posto que esta não se resume a ser um escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. As limitações orçamentárias são realidade e certamente são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Esta teoria deve ser aplicada quando o indivíduo requer do Estado uma prestação que ultrapasse o limite do razoável, mas não quando a tutela visa garantir o mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna.

O indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. No caso do Brasil, onde ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna, a aplicabilidade da teoria da reserva do possível fica bem restrita.

O princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

#### 5.5 DO DIREITO À SAÚDE PELA VIA JUDICIAL

A judicialização da saúde tem ocorrido quando da busca por medicamentos ou tratamentos através do Judiciário, face a negativa do Executivo, e tem

basicamente duas hipóteses: a primeira é quando o fármaco pretendido está na lista do SUS – Sistema Único de Saúde. A lista, denominada RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, é editada pelo Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde e contempla um extenso rol de medicamentos considerados essenciais pelo poder Executivo.

Cabe ressaltar que a lista é atualizada frequentemente através de estudos realizados por especialistas da área da saúde, considerando a eficácia, custo e operacionalização dos tratamentos, terapias e fármacos disponibilizados pela rede pública.

Conforme Clenio Jair Schulze, quando um medicamento está presente na referida lista mas não está disponível ou não foi dispensado administrativamente pelo ente público, contata-se em verdade não um problema jurídico, mas sim um problema de gestão. “Razão pela qual é muito alto o índice de sucesso nas demandas dessa natureza. Esse é o nítido exemplo de questão que deveria ser resolvida no plano extrajudicial, sem a judicialização”.<sup>55</sup> Notemos que nesta situação o poder Executivo já constatou a essencialidade do medicamento e pode-se dizer que até mesmo já previu em seu orçamento verba destinada a manutenção de estoque do fármaco.

A maior discussão ocorre na postulação de medicamentos ou tratamentos que não estejam previstos na referida lista. Nota-se que nesta situação a participação do Judiciário é essencial para a solução do conflito de interesses. Schulze (2014) faz uma síntese de boas práticas as quais o magistrado deve seguir, conforme lê-se:

Nestes casos, para a prolação de decisão, o juiz deve ser criterioso e deve observar alguns pressupostos, materializados, por exemplo, na essencialidade do tratamento ou do medicamento, que deve ser essencial ao destinatário e indispensável para a manutenção da sua vida. O fármaco também não pode estar em fase experimental, ter eficácia duvidosa ou destinar-se a uso em terapia alternativa não comprovada. É preciso, ainda, optar pelo medicamento genérico ou correlato, de menor valor, de eficácia semelhante ou de princípio ativo já fornecido pelo SUS.

Percebe-se que quando o medicamento ou tratamento está ausente na lista RENAME o magistrado deve fazer uma análise com maior profundidade. As

---

<sup>55</sup> SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em < [http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio\\_Schulze.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio_Schulze.html) > Acesso em 05/10/2014.

exigências mencionadas não são exaustivas e devem ficar comprovadas nos autos. Pode-se exigir uma prova pericial para que reste comprovada a necessidade do tratamento, quando a prova documental trazida aos autos é insuficiente para o juízo de cognição.

Restando comprovada a real necessidade da prestação positiva do Estado o magistrado deve fixar parâmetros claros para o cumprimento da decisão judicial, como por exemplo eventual obrigação do próprio agente do órgão fornecedor em realizar avaliação periódicas sobre o real estado de saúde do paciente. São os profissionais do SUS que serão os responsáveis pela execução da sentença devendo avaliar regularmente e com razoabilidade o quadro clínico do paciente.

Schulze (2014) menciona ainda que o Estado deve:

- (i) manter sistema de compras eficiente; (ii) conhecer as realidades, pois cada região é caracterizada por doenças distintas e o gestor precisa se ajustar a isso; (iii) realizar o controle de vencimento dos fármacos, muitas vezes inutilizados em razão de expiração do prazo de validade.

Assim sendo, conclui-se que a participação do Judiciário tornou-se essencial para garantir o fornecimento de tratamentos e medicamentos ausentes na lista RENAME.

## 5.6 DA ATUAÇÃO DO CNJ

Face a grande quantidade de demandas que buscam concretizar o direito à saúde o CNJ criou um grupo de trabalho ainda em 2009 visando uniformizar entendimentos. Como resultado deste trabalho foi aprovada a Recomendação n. 31, a qual estabelece diretrizes aos juízes em relação às demandas que envolvem assistência à saúde.

Schulze (2014) sinaliza que a recomendação observou os seguintes fatores:

- (1) elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde; (2) alto impacto orçamentário para cumprimento das decisões; (3) relevância da matéria diante da finalidade de assegurar vida digna aos cidadãos; (4) carência de informações clínicas prestadas aos juízes do Brasil sobre os

problemas de saúde; (5) necessidade de prévia análise e registro da Anvisa para a comercialização de medicamentos no Brasil, nos termos do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99; (6) reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da prolação de decisões judiciais; (7) importância de assegurar a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS.

Considerando os fatores acima elencados observa-se que a recomendação foi resultado de um amplo estudo e foi um marco para a judicialização da saúde, pois fornece subsídios para que os magistrados de todo o país tomem decisões mais acertadas.

Como providências da Recomendação 31 encontramos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

- a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
- b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;

Note-se que várias recomendações foram criadas visando atender a necessidade do cidadão e paralelamente garantir o menor impacto na administração pública, como por exemplo o tem b.3. Contata-se ainda que os estudos no campo do direito sanitário foram incentivados, bem como a promoção de seminários na área.

Em 2010 o CNJ publicou a Resolução n. 107, instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde. Tal resolução criou as seguintes atribuições:

- I – o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;
- II – o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;
- III – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;
- IV – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;
- V – o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Percebe-se que o Judiciário como um todo passou a ter um norte a seguir nas decisões que envolvem tutela de saúde. Corroborando ainda na questão a mesma resolução determinou a criação de Comitês Executivos que visam coordenar a executar as ações de natureza específica consideradas relevantes. Citamos como exemplo o Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde, que é integrado por um juiz auxiliar da Presidência, por juízes com atuação na área, por especialistas e por representantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, do Conasems – Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde e do Conass – Conselho Nacional de Secretários de Saúde.

Também foram instituídos Comitês Estaduais, recomendando-se que sua composição contemple representantes do sistema de justiça e do sistema de saúde. Desta forma juízes federais, juízes de direito, membros do Ministério Público (federal e estadual), membros das Procuradorias (estaduais e municipais), membros da Defensoria Pública (federal e estadual), membros da OAB, gestores das secretarias municipais e estaduais de saúde, médicos, farmacêuticos e gestores da medicina suplementar atuam em conjunto para estabelecer diretrizes.

Note-se que o diálogo entre todos os atores e a própria composição diversificada visa obter um resultado mais eficaz, traduzido pelo cumprimento das decisões e a satisfação do cidadão, preservando a vida e a saúde.

Schulze (2014) conclui que:

Essas composições ecléticas dos comitês auxiliam, portanto, a materializar a teoria dos diálogos institucionais – constitucionais –, que preconiza a contínua e permanente conversa entre diversos atores envolvidos e preocupados com o conflito de interesses.

Conclui-se portanto que a participação do CNJ no estabelecimento de diretrizes tem por finalidade a redução da judicialização, sem limitar o exercício da cidadania. Busca-se evitar que cidadãos recorram ao Judiciário e quando inevitável, que todos os agentes envolvidos tenham um procedimento que resulte em uma resolução da lide da forma menos agressiva e menos onerosa possível.

Há ainda uma recomendação recente do CNJ (sessão de 06/08/2013) para que os Tribunais especializem as varas da fazenda pública para processar e julgar ações cujo objeto seja o direito à saúde. Por ser recente e sua implantação demandar reorganização judiciária, ainda não se tem notícias sobre a posição dos Tribunais quanto a eventual adesão.

## 5.7 DOS ENUNCIADOS DOS COMITÊS ESTADUAIS DO FÓRUM DA SAÚDE

Os Comitês Estaduais tiveram a iniciativa de elaborar enunciados que contemplam o resumo das medidas de sucesso e sugestões para diversos atores envolvidos na tutela de direito à saúde. Alguns Comitês inclusive editam cartilhas

com breves instruções, como é o caso do Comitê do Rio Grande do Norte (cartilha sobre oncologia no SUS) e o Comitê do Rio Grande do Sul (cartilha com termo de acordo sobre planejamento e gestão).

O Comitê Executivo do Fórum da Saúde do Paraná já produziu os seguintes enunciados:

Enunciado nº 01 (Ata 06, de 12.09.2011) - "As ações que versem sobre pedidos para que o Poder Público promova a dispensação de medicamentos ou tratamentos, baseadas no direito constitucional à saúde, devem ser **instruídas com prescrição de médico em exercício no Sistema Único de Saúde**, ressalvadas as hipóteses excepcionais, devidamente justificadas, sob risco de indeferimento de liminar ou antecipação da tutela"

Enunciado nº 02 (Ata 06, de 12.09.2011) - "Os pedidos ajuizados para que o Poder Público forneça ou custeie medicamentos ou tratamentos de saúde devem ser **objeto de prévio requerimento à administração, a quem incumbe responder fundamentadamente e em prazo razoável**. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário ouvir o gestor público antes de apreciar pedidos de liminar, se o caso concreto o permitir" (Ata 06).

Enunciado nº 03 (Ata 07, de 11.10.2011) - "A determinação judicial de fornecimento de medicamentos deve **observar a existência de registro na ANVISA**" (Ref. Legislativa: artigo 19-T, inciso II, da Lei nº 8.080/90, com redação dada pela Lei nº 12.401/11).

Enunciado nº 04 (Ata 07, de 11.10.2011) - "Ao impor a obrigação de prestação de saúde, o Poder Judiciário deve levar em consideração as competências das instâncias gestoras do SUS".

Enunciado nº 05 (Ata 16, de 03.09.2012) - "As ações judiciais que versem sobre pedidos para que o Poder Público promova a dispensação de tratamentos e medicamentos oncológicos, baseadas no direito constitucional à saúde, devem ser instruídas com prova do **cadastro do paciente/autor em rede pública de atenção oncológica** (CACON/UNACON) e com cópia integral do prontuário do paciente".

Enunciado nº 06 (Ata 32, de 13.06.2014) - "Para a internação compulsória ou involuntária, em relação à transtornos mentais, inclusive quanto ao uso de álcool e drogas, é mister que a petição inicial venha instruída com **laudo de solicitação de internação hospitalar firmado por médico, preferencialmente psiquiatra**".<sup>56</sup> (grifamos)

Há ainda três recomendações publicadas pelo Comitê Estadual do Paraná, as quais podem ser encontradas em seu site.

Percebe-se que o Comitê Estadual já produziu diretrizes que orientam os agentes do sistema (jurídico e de saúde) para, ao que se espera, possibilite

---

<sup>56</sup> JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. **Enunciados do Comitê Executivo da Saúde**. Disponível em < <http://www.jfpr.jus.br/saude/enunciados.php>> Acesso em 05/10/2014.

decisões mais rápidas e acertadas, com o menor impacto possível no orçamento público e conseqüentemente nas demais políticas públicas.

Entretanto ressalta-se que são apenas recomendações, não sendo critérios objetivos fixados em lei, daí conclui-se que a inobservância de tais ditames não constituem óbice para a prestação da tutela judicial.

## **6 CONCLUSÃO**

Primeiramente, importante ressaltar a relevância do tema, posto que o fenômeno da judicialização é tendência ainda em alta e o Judiciário tem enfrentado questões polêmicas quanto ao descumprimento do Estado na prestação de obrigações positivas, face a limitação de recursos financeiros, a necessidade iminente em determinados temas e a ausência de parâmetros que permitam ao magistrado uma decisão mais acertada.

Contextualizou-se o ativismo judicial, passando pelo processo de judicialização e os motivos que levam o jurisdicionado a chegar ao judiciário, bem como as características e evoluções do ativismo judicial em nosso país. Fez-se também uma análise da relação dos direitos fundamentais com o ativismo judicial, seu grande foco.

Diante dos argumentos utilizados pela Administração Pública na tentativa de furta-se das obrigações constitucionais impostas explicou-se sobre o mínimo existencial e como a doutrina assim o entende, citando princípios e normas constitucionais que permeiam e moldam o conceito.

Ainda, sintetizou-se a teoria da reserva do possível, passando pelo seu surgimento, conceito, características e condições necessárias para que possa ser utilizada como circunstância que afaste momentaneamente o dever positivo do Estado. Utilizou-se a jurisprudência do STF para apoiar a explicação.

Analisou-se uma série de condições, que traduziram-se em boas práticas na aplicação do ativismo judicial, visando que decisões não violem a separação dos poderes, bem como preservem as regras constitucionais de previsão orçamentária, pautando-se em doutrinadores de renome e jurisprudência regional e nacional. Também analisou-se a questão das políticas públicas e a discricionariedade em sua

implementação, mencionando casos reais como a determinação para a construção de aterro, bem como o financiamento de viagem ao exterior paga pelo SUS. Verificou-se o afastamento da teoria da reserva do possível quando do cumprimento de obrigações prioritárias e que atingem o mínimo existencial, bem como analisou-se a garantia de direito à saúde pela via judicial.

Notou-se que o CNJ tem tomado medidas visando o aprimoramento e a eficácia das decisões que pleiteiam o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, indicando uma metodologia de trabalho para os agentes do Judiciário e da saúde, incluindo-os na discussão sobre o tema e na concepção de diretrizes que objetivam evitar a judicialização e quando inevitável, o cumprimento das decisões de forma mais ágil e menos gravosa a administração pública, gerando enunciados e cartilhas de âmbito estadual para facilitar e pacificar o entendimento sobre determinadas situações.

Diante do cenário acima identificado, contata-se que o Poder Judiciário tem atuado fortemente nas questões relacionadas aos direitos fundamentais sociais, visando atender ao anseio do jurisdicionado que recorre frente a ausência de políticas públicas que implementem o almejado pelo Constituinte de 1988.

Muito embora o Judiciário esteja tentando se adaptar as necessidades das tutelas urgentes de saúde, entendeu-se que o desenvolvimento e a padronização de procedimentos é benéfico mas não tem o condão de substituir a lei, muito menos pode restringir direitos constitucionais, de forma que é subsidiário. Restou pacífico que em se tratando de direitos essenciais que infrinjam o mínimo existencial o magistrado não hesitará em conceder a tutela e tomar medidas para o cumprimento de sua decisão, evitando-se o perecimento do direito face a perda do objeto, qual seja, a própria vida do jurisdicionado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.) **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 06/07/2014.

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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em 02/09/2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.). **Interpretação constitucional**: reflexão sobre a (nova) hermenêutica. Salvador: Juspodivm, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS A. P. de. A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. In: LEITE: G. S. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça 2ª Turma. **REsp 1.389.952-MT**, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **RE 429903/RJ**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014 (Info 752).

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Resp. n 493.811-SP**. Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 11/11/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE 393.175**. Rel. Celso de Mello, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639337 AgR/SP**. Rel. Celso de Mello, 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em 30/08/2014.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. **Revista Jurídica Consulex**. Seção Ciência Jurídica em Foco, n. 307, de 30 out., 2010.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. Curitiba: Juruá, 2008.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível: Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em <[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_christiane\\_mina\\_out2012.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf)> Acesso em 15/08/2014.

FROEHLICH, C. A. Bioética e direitos além de humanos: um enfoque filosófico-jurídico contemporâneo. **Revista Brasileira de Bioética**. v. 2, n. 1, 2006, p. 57.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em 02/08/2014.

JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. **Enunciados do Comitê Executivo da Saúde**. Disponível em < <http://www.jfpr.jus.br/saude/enunciados.php>> Acesso em 05/10/2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 26. jul/set. 2009.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno**. Disponível em: < [http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj\\_fraterno.pdf](http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf)>. Acesso em 10/08/2014.

MELLO, Celso de. **ADPF 45 MC/DF**. STF, 2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 30/08/2014.

ROSA JUNIOR, Faustino da. **O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833). Acesso em 10/08/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 29. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, p. 151. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em < [http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio\\_Schulze.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio_Schulze.html)> Acesso em 05/10/2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GÓIAS. **Notícia**, Disponível em <<http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=3848>>. Acesso em 12/09/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível n. 2006.048011-0**. Rel. Volnei Carlin, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. **Agravo de Instrumento n. 2008.3.010128-0**. Rel. José Maria Teixeira do Rosário, 2010.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. **Apelação Cível n. 2003.70.00.025872-9/PR**, Rel. Vânia Hack de Almeida, DJ 17/07/2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO. **Ag. 980506588-0**. Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 06/07/2001.

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