

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DA INAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ATENDER DEMANDAS SOCIAIS E SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES IN THE FACE OF THE INACTION OF THE PUBLIC ADMINISTRATION IN MEETING SOCIAL DEMANDS AND ITS IMPLICATIONS REGARDING THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS.

Hayanna Bussoletti Neves¹

RESUMO

A judicialização das políticas públicas é considerada como toda atuação do Judiciário como meio de encerrar omissões do administrador público, isto é, do Poder Executivo. Deste modo, algumas questões de grande repercussão (em sua maioria), são resolvidas pelo Poder Judiciário e não por quem possui competência legítima, amparada pela Constituição Federal. Dá-se este fator a diversos acontecimentos importantes que hoje permeiam nossa sociedade. Ajudicialização apenas ocorre quando provocada, ou seja, ela age dentro dos pedidos formulados pelo jurisdicionado. Com essas atuações o Judiciário é visto não mais como mero aplicador do direito, mas também como “escritor da norma”, tendo em vista a vedação do “*Non liquet*” e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Tal acontecimento tem recebido muitas críticas, há quem entenda que tal fenômeno se faz essencial para que os direitos sociais e individuais constitucionais sejam devidamente resguardados e em plena sincronia com os anseios e necessidades de toda população, e quem entenda que o Judiciário é incompetente para realizá-las, tendo em vista que supera sua posição de mero julgador atingindo a alçada do Executivo, o que ocasiona uma enorme insegurança jurídica. Ademais, com tal acontecimento não podemos deixar de comentar os embaraços que a Administração Pública tem enfrentado ante a obrigação de executar o *quantum* determinado pelo Judiciário, dentro das possibilidades financeiras do Estado, e ante a dicotomia entre o princípio da reserva do possível e a garantia ao mínimo existencial. Houve, também, a necessidade de esclarecermos a diferença entre judicialização e ativismo judicial.

Palavras-chave: Direitos sociais. Separação dos três poderes. Judicialização. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The judicialization of public policies is considered as any action of the Judiciary as a means of closing omissions of the public administrator, that is, of the Executive Branch. In this way, some issues of great repercussion (in the majority), are solved by the Judiciary Power and not

¹Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2017). Pós-graduada em Direito Penal pelo Centro Universitário de Araras (UNAR). Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Centro Universitário de Araras (UNAR). Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e Advogada (OAB/SP 400.933). Email: hayanna_neves@hotmail.com

by who owns legal capacity, supported by the Federal Constitution. This factor is given to several important events that today permeate our society. The judicialization only occurs when provoked, that is, it acts within the requests formulated by the jurisdiction. With these actions the Judiciary is no longer seen as a mere applicator of the right, but also as a "writer of the norm", in view of the prohibition of "*Non liquet*" and the principle of inafasability of judicial control. Such an event has received a lot of criticism, some understand that this phenomenon is essential for social and individual constitutional rights are well protected and in full synchrony with the wishes and needs of all population, and anyone who understands that the judiciary is incompetent to perform as it overcomes its position as a mere judge and reaches the executive branch, which causes enormous legal uncertainty. In addition, with this event we can not fail to comment on the embarrassments that the Public Administration has faced before the obligation to execute the quantum determined by the Judiciary, within the financial possibilities of the State, and before the dichotomy between the principle of the reserve of the possible and the guarantee to the existential minimum. There was also the need to clarify the difference between judicialization and judicial activism.

Keywords: Social rights. Separation of the three powers. Judicialization. Publicpolicy.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais são largamente valorizados, tendo em vista serem apreciados pelo aspecto do mínimo básico a ser ofertado a todo ser humano. Entretanto, apesar de sua natureza essencial para concreção de condições dignas de vida, baseando no princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB 1988 – Art. 1º, III) ainda encontram-se presentes diversos fatores que nos levam a crer que ainda temos muito a caminhar em busca da realização do que muito se lê no papel e pouco se vê na prática.

Dentre os Direitos Fundamentais Constitucionais, elenca-se o direito à vida, saúde, educação, liberdade, moradia. Quando se fala em direito a vida, não se deve pensar unicamente no direito em permanecer vivo, mas também o direito de viver com qualidade, ou seja, de possuir condições mínimas suficientes para ter uma vida digna, sem precariedade e com atitudes positivas por parte do Estado a fim de que haja a concreção de todos os direitos previstos em nosso ordenamento.

O presente estudo busca analisar a necessidade, legitimidade, validade e possibilidade da interferência do judiciário em outros poderes, como meio de tornar possível, concretizar e assegurar a toda sociedade condições básicas existenciais.

Entretanto, para que se analise a possibilidade de o Judiciário deliberar sobre matérias próprias de outros poderes é necessário que haja um estudo interligado com outras fontes: política e social. O Poder Judiciário está a todo instante a tomar decisões que geram enorme repercussões, decisões que trazem consequências ao orçamento público, pois em muitas vezes a Administração sequer possui disponibilidade para acatar o quantum asseverado em determinação judicial. Sendo assim, começa-se o ciclo questionável entre a possibilidade de o Judiciário avançar a competência de outro poder, bem como a impossibilidade deste outro poder permanecer inerte. Dá-se deste modo o fenômeno da “judicialização das políticas públicas”.

2 JUDICIALIZAÇÃO X ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICÂNCIAS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Para trazermos de forma mais didática a caracterização de cada instituto, podemos iniciar pela judicialização, devendo-se entender pelo fenômeno de acentuado acesso ao Poder Judiciário, com a pretensão inequívoca de se buscar a efetivação de direitos sociais previstos e amparados pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil. A judicialização é um fato, uma circunstância que advém do padrão constitucional adotado em nosso país, não é, como muitos acreditam, um exercício deliberado de vontade política. O Judiciário decidiu, pois, era o que lhe competia. Nas palavras do Professor e Ministro Luís Roberto Barroso (2008) se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Inclusive, com tal premissa exposta acima poderíamos citar a vedação ao “*non liquet*”, do latim “*non liquere*”, em outras palavras: não está claro. Seu aparecimento se deu do Direito Romano e era aplicado aos casos em que o juiz não encontrando perfeita resposta no ordenamento jurídico, se abstinha de julgar aquele conflito. Destarte, conforme o art. 140 do Código de Processo Civil de 2015 observa-se que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, bem como que o juiz só decidirá por equidade em casos previstos em lei. Deste modo, de forma expressa temos a vedação ao não julgamento por obscuridade, lacuna, devendo o juiz dizer o direito e, em casos em que se haja de fato ausência normativa, fazer uso de fontes alternativas a exemplo da analogia, costumes, princípios gerais do direito, equidade, jurisprudência e até mesmo a doutrina.

Ainda no vértice do parágrafo anterior, poderíamos citar o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal que traz também o princípio da inafastabilidade do controle judicial, deste modo, dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa norma foi recepcionada inicialmente pela Constituição de 1946, em seu artigo 141, parágrafo quarto, com o seguinte conteúdo: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Esta garantia foi sustentada na Constituição de 1967 e Emenda 1969, com igual teor, no parágrafo quarto do art. 153.

Neste sentido Esteves, assim nos traz:

Desde a edição da Constituição Federal de 1988, particularmente no âmbito da jurisdicional constitucional, através do controle concreto ou abstrato de leis, tem sido comum a busca da sociedade pela efetivação dos direitos sociais. Através de uma visão do panorama geral das atividades desenvolvidas para esta efetivação é possível enxergar que os sindicatos, as organizações sociais e não governamentais, além do próprio cidadão de maneira individual, depois de uma série de batalhas no âmbito político, passaram a procurar, através do ingresso de ações judiciais, um posicionamento do Poder Judiciário quanto à garantia e efetivação daqueles direitos. Este fenômeno tem sido chamado no mundo acadêmico de ‘judicialização dos conflitos sociais’, ou em uma amplitude que revele a problematização da atividade política, ‘judicialização da política’ a qual, muitas das vezes, traz nela embutidas questões de ordem social (ESTEVES, 2011).

O ativismo judicial, por outro lado, é uma atitude, é uma maneira característica e com certo dinamismo de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido e alcance. A ideia de suprir omissões legislativas de tal modo, abarca necessariamente a insinuação do ativismo.

O jurista francês Antonie Garapon nos trouxe uma linha divisória fundamental para que consigamos distinguir com facilidade o ativismo de judicialização. O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar (GARAPON, 1998). Observa-se, deste modo, que o autor entende que o ativismo e o desejo estão amplamente coligados, sendo assim, tal fator traz o ponto determinante para que diferenciamos o ativismo de judicialização, o primeiro é caracterizado por um ato de vontade, o segundo condicionado à um sistema político, derivado da própria constituição que estabeleceu inúmeros direitos sociais e conferiu ao Poder Judiciário ser o garantidor da Constituição e dos direitos dela decorrentes.

O conceito de ativismo está conexo a uma participação mais aberta e abundante do Poder Judiciário, visando a concretização dos valores e finalidades presentes na Constituição, tendo por consequência uma intervenção na atuação do Executivo e Legislativo. A atitude ativista se sobressai através de comportamentos, que incluem: (i) o emprego direto

da Constituição em determinadas situações que não estão previstas em seu texto normativo, inclusive independentemente de pronunciamento do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos derivados do legislador, fundado em metodologias menos rigorosas que aquelas que sustentam notória violação da Constituição; (iii) a determinação de atitudes positivas ou negativas ao Poder Público, especialmente ao que se refere às políticas públicas.

Neste diapasão interessante citar o entendimento do professor Rafael Tomaz de Oliveira que concluiu deste modo a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização:

“...enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão julgante, a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário mas decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional...” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2011).

Por fim, de forma mais clara e com redundância, traduz-se a diferença basicamente em: ato de vontade (ativismo) e sistema político (judicialização).

3 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCREÇÃO DA CIDADANIA E DIREITOS SOCIAIS E COLETIVOS

3.1 CARACTERIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Pode-se entender por políticas públicas todas as ações e programas criados e desenvolvidos pelo Governo, podendo ser este Estadual, Municipal ou Nacional, com a finalidade de assegurar e exercer direitos e garantias previstos na Constituição Federal, bem como em normas infraconstitucionais. Inclusive, possui a participação direta ou indireta de entes públicos e privados que visam assegurar direito à cidadania, para diversos grupos (cultural, étnico, social e econômico) da sociedade que a integra. De um modo geral e mais genérico, elas são criadas e desenvolvidas como meio de promover e garantir a todas condições mínimas de bem-estar.

Boneti (2007) nos traz em sua obra seu posicionamento acerca das definições de políticas públicas ao escrever que:

Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou o redirecionamento) dos rumos de ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou de investimentos (BONETI, 2007, p.74).

Dentre os conceitos de política pública poderíamos citar o sentido político como sendo aquele um processo de decisão, em que há uma “lide”, ou seja, um conflito de interesses. Sendo assim, através das políticas públicas o governo decide o que fazer, se fazer, ou não fazer.

O sistema de criação das políticas públicas se dá por meio de programas e ações que os governos traduzem seus propósitos, produzindo resultados ou mudanças desejadas na sociedade, neste sentido, política pública pode ser entendida como aquilo que o governo faz ou deixa de fazer (SOUZA, 2003).

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) assim conceitua política pública:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados

Com o conceito trazido pela professora as políticas públicas constituem-se em ações governamentais, que são arquitetas antecipadamente, de forma que se concretizam sob o conjunto de um processo ou processos executados em harmonia com as normas previamente fixadas, sendo levados em consideração para tanto os objetivos sociais existentes. Insta salientar que esses objetivos deverão passar por um “processo de prioridades”, ou seja, é necessário que haja uma linha graduada com cada um destes, de modo a concretizar o que de fato é mais importante, ponderando assim sua relevância.

Por outro lado, Guareschi (2004, p. 180) traz em sua obra um outro modo de caracterizar políticas públicas, deste modo:

“O conjunto de ações coletivas voltadas para a garantia dos direitos sociais, configurando um compromisso público que visa dar conta de determinada demanda, em diversas áreas. Expressa a transformação daquilo que é do âmbito privado em ações coletivas no espaço público”.

Ele resguarda que as políticas públicas têm a inequívoca capacidade de interligar um tema que antes vivia no íntimo de cada cidadão, exteriorizando cada receio, de modo a se tornar um tema público, de interesse coletivo e difundido com todos. Deste modo, são promovidas diversas atuações que darão efetividade aos direitos individuais perante toda coletividade.

Por fim, por políticas públicas pode-se entender como um plano de ciência que tem por finalidade considerar a atuação do governo, inclusive obrigar que este tome atitudes relacionadas a assuntos de interesse de toda coletividade. Ademais, por políticas públicas também se entende a determinação de que modificações sejam efetivadas, de forma que, elas possam tornar-se vantajosas, consoante o anseio público.

3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BASILAR E A NECESSIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO COMO MEIO GARANTIDOR DA CIDADANIA

Por dignidade da pessoa humana entende-se pelo valor supremo que, dentro da ordem constitucional, congrega todos os direitos fundamentais do homem (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 1994).

A Constituição da República Federativa do Brasil constituiu como um dos axiomas de nossa coletividade o famigerado princípio da dignidade da pessoa humana, previsto expressamente no art. 1º, inciso III. Trata-se de um objetivo a ser buscado e conquistado por toda sociedade. Toda pessoa deve ter seus direitos preservados, sendo estes perseguidos por todos aqueles que a integram, além do poder judiciário.

Apesar deste princípio ser considerado como “o princípio dos princípios”, ou em outras palavras, aquele basilar, de onde advém todos os outros, ainda não se tem de forma definida o que seria efetivamente a dignidade, tendo em vista que isso pode variar, pois são critérios subjetivos. Tem-se de modo genérico que o princípio da dignidade ofereça as pessoas condições para uma vida digna, entretanto, a dignidade não comporta um conceito unívoco, mas comporta um núcleo intenso, um teor mínimo: (i) respeito à integridade física e psíquica; (ii) reconhecimento de liberdade e igualdade; (iii) reconhecimento de um direito a um mínimo existencial. Apesar destas características, o legislador não nos trouxe de modo expresso o que

poderia ser entendido por este princípio, deste modo deixa a critério do interprete a descrição efetiva de uma vida digna. Deste modo:

Impossível, contudo, obter definição precisa do que seja dignidade da pessoa humana sem alguma perda do caráter atemporal e transcendente que o termo evoca. Daí ser melhor pensar a dignidade da pessoa humana não como definição jurídica, mas como um status a ser juridicamente protegido. Assim o direito constitucional pode receber todos os aportes teóricos que surjam a respeito do tema nas mais diversas áreas do conhecimento humano, notadamente a filosofia, antropologia e sociologia (OLAVO AUGUSTO V.A.F., 2018).

Ainda neste aspecto Luís Roberto Barroso constrói uma linha de conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana *versus* mínimo existencial, assim vejamos:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (BARROSO, 2010, p. 337).

Assim sendo, a dignidade humana é composta por um núcleo inerente: o mínimo existencial, que contrapõe o argumento obsoleto do princípio da reserva do possível. Aquele, no tocante as prestações materiais que o Estado deve ofertar, traduz-se no prestamento material mínimo sendo que em caso de ausência destas, poderia afirmar-se que o indivíduo se encontra em circunstância de indignidade. No mesmo norte, se conhece o modo de eficácia jurídica positiva ou simétrica, o que significa que as prestações que integram o mínimo existencial poderiam ser cobradas judicialmente – enquanto que as outras implicações almejadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana serão conhecidas tão-somente como uma espécie de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como meio de preservar o pluralismo e o debate democrático (MELO BARROS, 2018).

Por outro lado, uma sugestão para se concretizar a busca pelo mínimo existencial, tendo em conta sua exigência na Constituição, é a de que haja a obrigação de ser integrado os

direitos à educação fundamental, à assistência no caso de necessidade, à saúde básica e ao acesso à justiça (BARCELOS, 2002).

Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade parafraseando Andréa Rodrigues Amin, assevera:

Trata-se de direito fundamental homogêneo considerado como o mais elementar e absoluto dos direitos, pois indispensável para o exercício de todos os demais. Não se confunde com sobrevivência, pois no atual estágio evolutivo, implica no reconhecimento do direito de viver com dignidade, direito de viver bem, desde o momento da formação do ser humano. (AMIN, 2010).

Em outras palavras, não basta garantir o direito à vida, é essencial que haja o direito à vida com saúde. Não há dúvidas quando afirmamos que o direito à vida é considerado como pressuposto de valoração para toda a estrutura do ordenamento pátrio, pois, não é possível que se tutele quaisquer princípios e direitossem que antes haja vida humana. Entretanto, para que a aplicação deste direito seja realmente imperiosa no âmbito jurídico, é primordial que este argumento seja necessário, tendo em vista que sua utilização de forma destilada apenas traria banalidade a um princípio tão importante, o que definitivamente não é seu objetivo.

Conforme sustenta Daniel Sarmiento:

No âmbito jurisdicional, tem também ocorrido no Brasil certa banalização do princípio da dignidade humana, utilizado por vezes de modo força e sem fundamento suficiente. A dignidade figura com frequência nas decisões de forma meramente retórica e ornamenta, como que buscando lhes conferir um tom supostamente mais humanista ou politicamente correto (DANIEL SARMENTO, 2016, p. 324).

Em contrapartida ao quantum asseverado por Sarmiento, tem-se o entendimento de Virgílio Afonso Da Silva que aduz

Não se tratar de um fenômeno apenas brasileiro. Em outros países, a garantia da dignidade da pessoa humana tem também servido como um recurso universal para a solução de problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos com recurso a outros direitos. Para o autor “com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor. É o que vem ocorrendo com a dignidade humana. (AFONSO DA SILVA, 2014, p. 195)

Imperioso a observação, deste modo, para qual finalidade está sendo aplicada a interpretação do princípio em tese, pois, sua banalização pode acarretar sobremaneira uma desimportância inexistente, de forma que tal acontecimento implicaria necessariamente em prejuízo a toda sociedade, pois, trataria esta garantia com vulgaridade, isto é, sem levar em consideração tamanha importância para o ordenamento jurídico e para sociedade como um

todo, haja vista, inclusive, que todos os demais princípios decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao lado do pilar do princípio da dignidade da pessoa humana abordado nos capítulos anteriores, imperioso mencionar acerca da importância da interferência do Poder Judiciário como forma de concreção da cidadania, haja vista a omissão existente do Poder Executivo em executar as políticas públicas.

Com o desenvolvimento de uma sociedade moderna, cada vez mais há necessidades de tornar eficaz os direitos amparados pela nossa Constituição, deste modo, tornam-se notórias as inúmeras ações propostas pelo Ministério Público a fim de que seja exigido do Executivo uma ação não mais meramente negativa, mas também, positiva, isto é, uma obrigação de fazer. Ações que envolvem pedidos básicos a exemplo de vagas em creches, disponibilidade de medicamentos não ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), dentre outras ações que ofereçam um mínimo de dignidade a vida humana. Deste modo importante transcrever o Recurso Extraordinário (RE-393175) DE 01/02/2006, do qual foi relator o Min. Celso Bandeira de Mello²:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º,"CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RE CONHECIDO E PROVIDO. O presente recurso extraordinário busca reformar decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 94):"CONSTITUCIONAL. DIREITO à VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE.1. É desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente.2. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA." (grifei). Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o

²<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>. Acesso em 21 de agosto de 2018

desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranoide e de doença maniaco-depressiva crônica) - a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio. Na realidade, o cumprimento do dever políticoconstitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (...) O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF."(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 131/132), conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, restabelecendo, desse modo, por inteiro, a r. sentença proferida pelo

magistrado estadual de primeira instância (fls. 64/69). Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

Embora haja inúmeros questionamentos acerca da legitimidade de o Poder Judiciário implementar políticas públicas como meio de concretização de direitos sociais, ante o princípio da separação dos três poderes, tal atividade se torna meio praticamente necessário para que seja resguardado o direito de todos de ver suas necessidades atendidas. Conquanto exista esta indagação, tal pensamento parte do pressuposto de que o Judiciário seria um mero aplicador do direito, isto é, não possui competência legislativa ou executiva, pois não é um órgão político. Destarte, prova inequívoca de que o Judiciário cria também o direito é a observância da jurisprudência como fonte formal presente em nosso ordenamento. Inclusive, a jurisprudência consolidada de um Tribunal traz a necessária observância dos operadores do direito, até mesmo como argumento de causa de pedir e pedidos presentes na peça exordial do processo.

Ainda que a interferência do judiciário como forma de concreção dos direitos de cidadania, dignidade, preservação do mínimo existencial, não seja o modo ideal de realização do que tanto se assegura na Constituição, seria uma incoerência que a sociedade sofra e arque com o prejuízo de omissões do executivo, ante as necessidades íntimas de cada cidadão, tendo em vista a condução do cofre para outros fins. Deste modo, reitera-se o argumento de que o princípio da reserva do possível não deve ser utilizado como argumento via de regra para afastar o dever e responsabilidade do Poder Executivo de concretizar as políticas públicas, tal afirmação se dá em entendimento que o mínimo existencial é a regra e jamais deverá ser considerado como exceção.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visa trazer aos leitores a elucidação da inequívoca importância do princípio da dignidade da pessoa humana, salientando a necessidade da intervenção do judiciário como forma de garantir o pleno gozo dos direitos que foram amparados de forma exemplificativa na legislação constitucional e infraconstitucional.

Ocorre que com a recorrente modernização da sociedade, os direitos fundamentais passaram a ser amplamente exigidos entrando em uma dicotomia com a ideia de “possibilidade de oferecer” do Estado, isto é, o famigerado princípio da reserva do possível

versus a garantia de que todos tenham assegurados e prestados os direitos previstos no ordenamento jurídico, ou seja, o mínimo existencial.

Destarte, não bastando haja a problematização entre possibilidade de pagar e direito de receber, o judiciário se vê na obrigação de assegurar e obrigar o executivo a realizar prestações positivas para oferecer uma condição de vida digna a todos que o procuram. Deste modo não é difícil perceber inúmeras Ações Cíveis Públicas ajuizadas pela Defensoria Pública e Ministério Público em busca de proporcionar e suprir as peculiaridades dos mais necessitados.

O número de ações ajuizadas em face do Estado se dá à proporção que a Administração Pública não desempenha suas responsabilidades, de forma que suas políticas públicas são ineficazes como modo de concreção dos direitos sociais, impossibilitando desta maneira a promoção da cidadania. Quando isto ocorre o judiciário mediante provocação atua trazendo efetividade e garantia a todos aqueles que o buscam, ou seja, passa a ser considerado como um “tutor da cidadania”, pois garante a dignidade da pessoa humana e cidadania de cada indivíduo da sociedade.

Seria incoerente que utilizemos como argumento válido as possibilidades orçamentárias do Estado para eximir-se de garantir necessidades vitais a toda sociedade. Observar meramente o princípio da reserva do possível em detrimento do mínimo existencial é negligenciar os direitos fundamentais de cada cidadão, pois, quando é negado um direito fundamental a algum indivíduo, toda sociedade é considerada lesada indireta, à medida que não amparados todos os direitos inerentes ao ser humano.

O ideal seria que a Administração Pública ofertasse a todos condições para uma vida digna, com saúde, educação, integridade, alimentação, segurança, moradia, etc., sem que fosse necessário uma obrigação imposta por decisão judicial e enquanto isso não ocorre, torna-se imprescindível e necessário a ação do judiciário como o garantidor da Constituição e dos direitos dela decorrentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, R.B. **Direitos Fundamentais e Direitos Humanos**: a questão relacional. Rev. Esc. Direito, Pelotas, v. 6, n. 1, 2005.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese de doutorado em direito apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática**. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONETTI, L. W. **Políticas públicas por dentro**. Ijuí: Unijuí, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos e medo**. In: FESTER, A.C.R. (Org.). **Direitos humanos e medo**. 1 ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

ESTEVES, João Luiz Martins. **Cidadania e judicialização dos conflitos sociais**. Disponível em: www2.uel.br. Acesso em: 08.08.2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GUARESCHI, N. **Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência**. In: STREY, M (Org.). **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro, 2010.

MANTOVANELI JÚNIOR, Oklinger. **Políticas Públicas no Século XXI**. A Perspectiva da Gestão Multicêntrica [à luz da experiência de Porto Alegre]. Blumenau: Edifurb, 2006.

MEAD, L. M. **Public Policy: Vision, Potential, Limits**. PolicyCurrents, fev. 1995.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional**. Estudos de Direito Processual Civil, Luiz Guilherme Marinoni (Coor.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 2008.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001b.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madri, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro. El Tribunal Constitucional italiano. Trad. Luis Aguir de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas. In: FAVOREU, Louis (Dir.) et al. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ROSEFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: _____. **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy**. Londres, 1994.

_____. **Sistemi giuridici comparati**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1998.

_____. Las “generaciones” de derechos. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Porto: Afrontamento, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, 1994.

SILVA, Renato Jardim da. **A expressão do legítimo ativismo judicial: decisões que respeitam a vontade do constituinte originário à luz dos valores sociais hodiernos**. Monografia (pós-graduação) – Escola Superior do Ministério Público. Brasília, 2009.

SOUZA, C. Política Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, 2006.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Jurisdição constitucional entre a Judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Academia brasileira de Direito Constitucional. ABDConst. 2011.

_____. Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa. **Caderno CRH**, Salvador, n. 39, jul./dez. 2003.

Submissão: 13.09.2018

Aprovação: 20.10.2018