

REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE A PARTIR DO ATIVISMO JUDICIAL

Heletícia Leão de Oliveira¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto analisar o fenômeno do ativismo judicial refletindo sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil. Para tanto será desenvolvida uma análise histórica do *judicial review* norte-americano que consiste na maior representação de ativismo judicial, discutindo a autorrestrição judicial (limite). Também será abordado os conceitos de ativismo judicial e da judicialização da política, apresentando suas diferenças. Serão tratadas as perspectivas do ativismo judicial no Brasil e as suas principais críticas. Reflete-se sobre o direito fundamental à saúde compreendido como um direito social que deve ser cumprido pelo Estado. Em caso de omissão ao cumprimento desse dever estatal, o caminho natural é que haja uma invocação jurídica desse direito, em determinada situação concreta. Por isso, no campo do direito à saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão judicante. Diante disso, são apresentados posicionamentos que versam sobre uma atuação mais criativa e ativa dos juízes, ou seja, a judicialização do direito à saúde. Por fim, são feitas considerações sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Palavras-chave

Constitucionalismo brasileiro; Jurisdição Constitucional; Ativismo Judicial; Direito Fundamental à Saúde; Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

Why access to justice and the struggle for rights, including the fundamental right to health is increasingly towards the Judiciary? Therefore demands that were directed to the Legislative are presented now to the Judiciary in the expectation that it will provide certain services neglected by the Public Administration. This article aims at analyzing the phenomenon called “judicial activism” reflecting on the judicialization of the right to health. This essay starts by identifying the development of judicial review in North America that consists on the great representation of judicial activism. It discusses the concepts of judicial activism and the judicialization of politics, with their differences. It is also analyzes the perspectives of judicial acti-

¹Advogada atuante em Direito Administrativo e Previdenciário. Mestranda em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil) na área de concentração “Direitos Fundamentais e Democracia”. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (NupeConst). Pós-Graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Email: heleticia.oliveira@hotmail.com

vism in Brazil and their main criticisms. Furthermore, this essay discusses the fundamental right to health provided as a social right that must be satisfied by the State. Therefore, in the field of the right to health, the Judiciary often appreciates hard cases. Indeed, positions are presented that cover a more creative and active role of judges, to realize this fundamental right, namely judicialization of the right to health. Finally, we discuss the position of the Supreme Court on the subject.

Keywords

Brazilian Constitutionalism; Constitutional Jurisdiction; Judicial Activism; Fundamental Right to Health; Judicialization of Health Care.

1 INTRODUÇÃO

O *judicial review* norte-americano consiste no maior exemplo de ativismo judicial da história constitucional moderna e ele permite à jurisdição constitucional a definição material ou substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição.²

O desenvolvimento desse fenômeno priorizou os direitos previstos na Constituição;³ mesmo que isso fosse contra a vontade majoritária do povo ou de seus representantes, defendeu minorias, realizou direitos sociais e tratou de políticas públicas.⁴

Ele teve início com a decisão de *Marbury versus Madison* (1803), na qual o juiz John Marshall entendeu que a Constituição é uma lei suprema e por isso os atos legislativos ordinários devem estar em conformidade com ela. Dessa forma, quando duas leis estão em conflito, a Corte deve obedecer à superior e aplicá-la. Assim, foi possível demarcar o poder da Suprema Corte de rever os atos legislativos estaduais e federais que fossem contrários à Constituição instaurando o marco do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moder-

² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 113.

³ Mister lembrar que a revolução americana se posicionou contra toda versão estadista de direitos e liberdades. Ela parte da necessidade de negar uma representação política não explicitamente querida, não diretamente instituída pelo povo soberano. Assim, essa revolução tende a desconfiar das virtudes de todo legislador confiando os direitos e liberdades à Constituição. Esta é a doutrina dos *rights*, da prioridade dos direitos sobre os poderes públicos. FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 83.

⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 85.

no.⁵

Um importante exemplo do ativismo judicial pode ser encontrado no caso *Roe versus Wade* (1973) em que a Corte reconheceu o direito à privacidade não previsto, expressamente, na Constituição como um direito fundamental adicional concluindo que a mulher teria direito à interrupção voluntária da gravidez.⁶

Nesse contexto, fica demonstrada a importância do papel criativo da Suprema Corte americana ao determinar valores para normas abstratas contidas em seu texto constitucional por meio de recursos à doutrina política.

A interpretação mais direta da prática constitucional norte-americana mostra que os juízes são dotados da autoridade interpretativa final e que eles devem compreender a Declaração de Direitos como uma Constituição de princípios morais.⁷

Ronald DWORKIN defende a leitura moral que consiste em um método particular de ler e executar uma Constituição política. Contudo, ela é incerta e controversa, por isso todo sistema de governo que incorpora esse princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los.⁸

No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. Por isso, os críticos da leitura moral da Constituição⁹ afirmam que ela dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais à sociedade transformando-os em reis-filósofos.¹⁰

Além disso, os juízes tem de considerar que fazem um trabalho em equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente, cuidando para que suas contribuições se harmonizem com todas as

⁵ Ibidem, p. 90-96.

⁶ Ibidem, p. 110-111.

⁷ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

⁸ Ibidem, p. 2.

⁹ “[...] coloca-se o sujeito politicamente mais irresponsável e imóvel a reformular as decisões político-valorativas adotadas pelo processo democrático: se a reflexão moral individual de um único juiz é considerada superior à discussão intersubjetiva, qual o sentido de se manter um procedimento para a tomada de decisões coletivas do tipo democrático? Portanto, a manutenção da Constituição não teria razão de ser porque o juízo moral de um único juiz seria sempre mais justo do que aquilo que é definido por normas constitucionais.” RAMOS, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 102.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...*, p. 2-3 e 17.

outras.¹¹ Por isso, Ronald DWORKIN compara os juízes aos escritores que criam juntos um romance em cadeia (*chain novel*), no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história.¹²

Também deve haver respeito ao princípio da integridade que instrui os juízes¹³ a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade¹⁴.

Desse pensamento se infere que a democracia contemporânea expandiu os horizontes dos tribunais, conferindo-lhes outras atribuições jurisdicionais e institucionais antes inexistentes, sobretudo a revisão judicial de medidas adotadas pelos outros Poderes. Esse movimento é denominado de judicialização da política, e seu primado firmou-se na supremacia da Constituição, que urge ser respeitada¹⁵.

Ran HIRSCHL trata da referida judicialização afirmando que ela aconteceu em mais de oitenta países e em várias entidades supranacionais, com a transferência de uma parcela significativa de poder das instituições representativas ao Judiciário¹⁶.

Ele adota o termo “juristocracia” para identificar o movimento de judicialização da política e que, a partir desse novo modelo constitucional, deu poderes sem precedentes ao Poder Judiciário, transformando os tribunais em importantes órgãos de tomadas de decisões

¹¹ Ibidem, p. 15.

¹² Idem.

¹³ Para expor a complexa estrutura da interpretação jurídica, Ronald DWORKIN utiliza um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, o juiz Hércules. Contudo, ele não imagina que todos os juízes tornem-se Hércules, pois a sua utilidade decorre do fato dele ser mais reflexivo e auto-consciente do que qualquer juiz. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287 e 316.

¹⁴ Ibidem, p. 271.

¹⁵ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *O Ativismo Judicial como Instrumento de Concreção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito: Uma Leitura à Luz do Pensamento de Ronald Dworkin*. 255f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011, p. 53.

¹⁶ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2007, p. 1.

políticas¹⁷.

Outrossim, Luiz Werneck VIANNA afirma que o “boom da litigação” é um fenômeno mundial que encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, inclusive no sistema da representação:

Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional.¹⁸

Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhandose da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor.¹⁹

Ran HIRSCHL apresenta três categorias de judicialização: i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; iii) judicialização da política pura ou da macropolítica, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.²⁰

Posto isso, durante o século XIX, a *judicial review of legislation*, que era uma peculiaridade institucional norte-americana, passa por um processo de expansão global no limiar do século XXI, atingindo 158 países que contam com a previsão formal de algum instrumento

¹⁷ Ibidem, p. 16.

¹⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. *Tempo social*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 40-41.

¹⁹ Ibidem, p. 41.

²⁰ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 723.

de jurisdição constitucional. Em regimes jurídicos romano-germânicos ou de *common law*, e mesmo em países que constituíam clássicos exemplos de supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Israel, está se proliferando mecanismos de controle de constitucionalidade.²¹

Ademais, é mister ressaltar o conceito do termo “judicialização”. Ele significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Logo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.²²

A judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Assim, o Judiciário decide porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Logo, a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do Constituinte.²³

Já o ativismo judicial traduz uma interpretação proativa e progressista do ideário constitucional, redimensionando o seu real sentido e seu verdadeiro alcance. Em regra, é invocado sobretudo em casos de inércia do Poder Legislativo, que provoca a desarmonia entre a classe política e a sociedade civil, fato que, historicamente tem impedido a solução efetiva de demandas sociais.²⁴

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA afirma que a expansão do ativismo judicial amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, o Poder Judiciário, o qual assume papel protagonista na concretização

²¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 3.

²² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009 p. 73.

²³ *Ibidem*, p. 88.

²⁴ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *Op. cit.*, p. 16.

dos direitos fundamentais previstos na Constituição.²⁵

Ainda, o oposto do ativismo é a autorrestrrição ou auto-contenção judicial (*self restraint*), conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.²⁶ Essa doutrina objetiva limitar a atividade do Judiciário a questões estritamente jurídicas, não aceitando que esse poder se manifeste sobre questões políticas, para compatibilizar o *judicial review* com a democracia.²⁷

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.²⁸

Ela é adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes eleitos pelo povo. Eles protestam contrariamente à expansão da atuação do Judiciário, argumentando que o ativismo judicial viola a teoria da separação dos poderes.²⁹

Por fim, a doutrina da auto-restrrição judicial entende que o exercício do *judicial review* importa sempre em uma afronta à vontade da maioria representada no Parlamento.³⁰

Feitas essas considerações, parte-se para a discussão acerca do ativismo judicial no contexto brasileiro.

²⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 28/02/201, p. 86.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 77.

²⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 89.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 77.

²⁹ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *Op. cit.*, p. 76.

³⁰ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 205 apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 116.

2 AS PERSPECTIVAS PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O Poder Judiciário brasileiro tem experimentado, após a Constituição de 1988, um expressivo processo de judicialização da política como resultado da constitucionalização dos direitos e das políticas públicas e também devido às mudanças nos papéis institucionais do Ministério Público.³¹

O controle judicial do processo de *impeachment* contra o Presidente da República, a mudança de partido por parlamentar, a compatibilidade entre as coligações partidárias, questões éticas complexas como o aborto de fetos anencéfalos e a pesquisa com células tronco são exemplos disso.³²

Sobre esse último caso, destaca-se que a ação questionava a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células tronco embrionárias, prevista na Lei de Biossegurança (ADIN n. 3510). Contudo, os ministros não se limitaram a analisar a constitucionalidade da lei, tendo alguns deles apresentado condições à sua constitucionalidade, que envolviam ações externas do Executivo, como o monitoramento do uso das células-tronco e a criação de órgãos responsáveis pela fiscalização dessas pesquisas. Por isso, afirma-se que os ministros do STF teriam agido como "legisladores" demonstrando que essas inclusões evidenciam um papel mais ativo que o esperado: a mera interpretação constitucional da lei e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sem impor qualquer condição.³³

Assim, juízes e tribunais vêm abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política dialogando com a sociedade e visando à defesa dos princípios

³¹ ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil*. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006, p. 233.

³² BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit, p. 176.

³³ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, Jun. 2009, p. 3.

e direitos fundamentais consagrados pelo Estado democrático.³⁴

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA leciona que a experiência norte-americana deve ser tida como exemplo e adaptada ao caso brasileiro que, enquanto país periférico, não pode deixar de realizar seus direitos fundamentais porque tratam muitas vezes de questões políticas.³⁵

Luís Roberto BARROSO indica como causas da judicialização no ordenamento jurídico pátrio: a redemocratização do país, inclusive com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário e aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, a constitucionalização abrangente que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (abrangente, pois quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF).³⁶

Nesse sentido, Rogério Bastos ARANTES entende que a redemocratização do país produziu forte impacto sobre o sistema de justiça, inclusive ao Poder Judiciário:

De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento. Por outro lado, a adoção de um Estado Democrático de Direito gerou a “necessidade de juízes e árbitros legítimos” virem a decidir sobre conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado.³⁷

Comparando o Brasil às democracias contemporâneas, o referido doutrinador entende que o país passa pelas mesmas causas de judicialização da política de outros países. Ele afirma, em primeiro lugar, que a democracia política foi estabelecida na década de 1980, seguida pela aprovação de uma nova Constituição, em 1988, que definiu um catálogo extensivo de direitos. Além disso, um número cada vez maior de grupos exigem uma solução judicial para os conflitos sociais; o sistema político é caracterizado por frágeis coalisões de minoria que apoiam o Governo que está em gestão, enquanto a oposição usa o Judiciário para combater as políticas do Governo. Por fim, modelo constitucional delega ao Poder Judiciário e ao

³⁴ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 52.

³⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...*, p. 115.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 73-74.

³⁷ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999, p. 1-2.

Ministério Público a tarefa de proteger os direitos e interesses individuais bem como a garantia de direitos coletivos e sociais.³⁸

Destarte, atrofiados em meio a um emaranhado de questionamentos técnicos, éticos e morais, os Poderes de soberania se encontram descredenciados perante os cidadãos, que lançam então seu olhar de esperança sobre o terceiro tripé da República: O Poder Judiciário.³⁹

Nesse contexto, nota-se o esforço dos Tribunais no sentido de tentar aplacar a crise instalada entre as três grandes arenas políticas do governo e minimizar as intensas violações daí decorrentes, que ameaçam os direitos e garantias fundamentais, sobretudo das minorias reconhecidas pelo Estado Democrático de Direito.⁴⁰

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, o Poder Judiciário se tornou uma importante instituição política devido ao extremamente descentralizado sistema de revisão judicial, amplamente, acessível aos atores individuais, políticos e sociais.⁴¹

Nesse novo modelo jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal passou então a exercer o papel de “Guardião da Constituição” (art. 102 da Constituição Federal)⁴² tendo consagrado também o controle de constitucionalidade (*power of judicial review*) herdado da Suprema Corte norte-americana.⁴³

O Brasil possui um sistema híbrido de revisão judicial, ou seja, o controle de constitucionalidade é difuso e concentrado. Por causa da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), pela qual o Supremo Tribunal Federal pode, diretamente, anular ou ratificar uma lei, o STF pode ser considerado um tribunal constitucional. Por outro lado, o sistema não é totalmente central, pois o STF não detém o monopólio na declaração de inconstitucionalidade di-

³⁸ ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism...*, p. 231.

³⁹ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 81.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism...*, p. 232.

⁴² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

⁴³ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 83.

vidindo essa autoridade com as cortes inferiores e os juízes brasileiros.⁴⁴

Destaca-se, no campo da judicialização da política, o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo em esfera de políticas de saúde.⁴⁵

Nesse sentido, Rogério Bastos ARANTES explica que a constitucionalização de políticas públicas é uma das principais forças a favor do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Essa situação pode ser explicada pelo fato de que o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, é provocado, cada vez mais, devido a extensão da Constituição e a proposição de novas emendas.⁴⁶

Luiz Werneck VIANNA afirma que as ADINS⁴⁷ já fazem parte do cenário natural da moderna democracia brasileira, afirmando, em sucessivos e diferentes governos, a sua presença institucional. Além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a ação direta de inconstitucionalidade também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalente em países de configuração unitária.⁴⁸

Ainda, o Ministério Público brasileiro está passando por um importante processo de reconstrução institucional, fator extremamente relevante ao estudo do ativismo judicial brasileiro. A associação desse órgão à normatização de direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, tem resultado no alargamento do acesso à Justiça no Brasil e, em especial, na canalização de conflitos coletivos para o âmbito judicial.⁴⁹

Por isso, o Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de di-

⁴⁴ ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism...*, p. 235-236.

⁴⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis...*, p. 78.

⁴⁶ ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism...*, p. 233.

⁴⁷ Em dezessete anos, ou seja, de 1988 a 2005, das ADINS ajuizadas 60% do total versavam sobre matéria de administração pública, 12,6% trataram sobre Política Tributária e 11,6% trataram sobre Regulação da Sociedade Civil. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 43-44.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁹ ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e Política...*, p. 1.

reitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos políticos e, no sentido inverso, de politização do sistema judicial.⁵⁰

Rogério Bastos ARANTES entende que o futuro do Poder Judiciário no Brasil depende do equilíbrio entre as dimensões política, funcional e “republicana” da reforma. Entretanto, o papel do Judiciário e suas funções na democracia brasileira continuam sendo problemáticas. Esse poder precisa equilibrar as duas tarefas de restringir o poder das maiorias políticas dominantes em nome da proteção das liberdades individuais, por meio de revisão judicial (função liberal) e apoiar as reivindicações igualitárias dos grupos sociais por meio de acesso coletivo à Justiça (função social). Tudo isso é um desafio constante para manter a independência do Judiciário na República Democrática.⁵¹

2.1 AS CRÍTICAS AO ATIVISMO: SEPARAÇÃO DOS PODERES E DÉFICIT DEMOCRÁTICO

O sistema *checks and balances*, adotado pela Constituição Federal de 1988, refere-se à técnica estadunidense do equilíbrio entre os poderes (*balance*).⁵²

Maurizio FIORAVANTI afirma que toda Constituição está construída segundo o princípio dos pesos e contrapesos que objetiva que não exista um poder supremo, mas sim poderes autorizados pela Constituição e um equilíbrio entre eles.⁵³ Logo, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para os quais a Constituição prevê uma série de atribuições reservadas, prevendo ao mesmo tempo, modos de controle de um sobre o outro.⁵⁴

James MADISON também entende que os ramos Legislativo, Executivo e Judi-

⁵⁰ Idem.

⁵¹ ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism...*, p. 256-257.

⁵² FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos...*, 93.

⁵³ Ibidem, p. 92.

ciário devem ser separados e distintos.⁵⁵ Ele defende que a acumulação de todos os poderes nas mesmas mãos, quer de um, de poucos ou de muitos cidadãos, quer por hereditariedade, autonegação ou eleição, pode com justiça ser considerada como caracterizando a tirania.⁵⁶

O idealizador desse sistema foi John LOCKE, autor da obra “Dos Tratados sobre o Governo”.⁵⁷ Segundo ele, o detentor do poder de legislar não pode ser e nem deve dispor dos meios e recursos do governo, inclusive sobre o poder de coação sobre os indivíduos; e quem dispõe desse poder não pode ser, por sua vez, o titular do poder legislativo.⁵⁸

O referido doutrinador foi o primeiro a formular a distinção entre o poder absoluto e moderado. O primeiro é exercido por um único sujeito, seja o rei ou a assembleia, detentor do Poder Legislativo e Executivo. Já no segundo, os poderes são distintos e pertencem a sujeitos diversos.⁵⁹

MONTESQUIEU foi o responsável por defender e divulgar esse sistema através da discussão sobre a alternativa entre poder absoluto (despótico) e poder moderado, inclusive na obra “Espírito das Leis”.⁶⁰

Ele trata do “poder que freia o poder” afirmando que todas as complexas relações entre o Legislativo e Executivo se estabelecem com a finalidade de recíproca limitação e não coparticipação.⁶¹ Logo, o Legislativo pode e deve controlar a execução de uma lei, mas sem intrometer-se nos assuntos que competem ao Executivo; e esse segundo pode opor seu veto a

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad.). 2.ed. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 301.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. MARINS, Alex (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2011.

⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 93.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. FERREIRA, Roberto Leal (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2010.

⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución...*, p. 97.

lei, mas apenas em sentido negativo, e sem que se configure uma verdadeira e própria participação do Executivo na formação da vontade legislativa.⁶²

Em que pese a intervenção do Executivo no Legislativo, via medidas provisórias, a Teoria da Separação dos Poderes evoluiu de forma inusitada no Brasil, inclusive com o fortalecimento das competências do Judiciário e do Ministério Público no que se refere à chancela dos direitos coletivos e difusos, bem como no que é pertinente à defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e individuais de caráter indisponível, tal como preceitua o art. 127⁶³ da Lei Maior.⁶⁴

Corolário também das Constituições brasileiras, o controle jurídico tornou-se núcleo gravitacional da separação dos poderes, princípio este cristalizado no art. 2º da Constituição de 1988, que proclama: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁶⁵

Mister destacar que nas Constituições democráticas, como a brasileira de 1988, se encontra a inviolabilidade dos direitos fundamentais que são tutelados mediante um controle de constitucionalidade (*judicial review*) contra sua possível violação por parte do legislador.⁶⁶

Maurizio FIORAVANTI explica que vivemos em um Estado Constitucional no qual a lei continua ocupando um lugar relevante enquanto expressão do princípio democrático. Este Estado é caracterizado pela presença de muitos elementos, mesclados e imbricados, que já caracterizaram a existência do Estado moderno europeu em épocas distintas retomando a sua vocação pluralista e o papel protagonista da jurisdição.⁶⁷

A questão que se coloca é a de saber se este tipo de atuação dos tribunais pode

⁶² Ibidem, p. 98.

⁶³ “Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

⁶⁴ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 49.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 37.

⁶⁷ Ibidem, p. 28.

considerar-se juridicamente (constitucionalmente) legítima e, em última instância, a questão de saber se o mundo ganhará em ser governado pelos juízes.

Dessa forma, indaga-se se o ativismo judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais ou favorece o surgimento de uma juristocracia violadora das tutelas e garantias constitucionais.⁶⁸

Assim, a viabilidade do ativismo judicial é questionada frente ao sistema da separação de poderes e de freios e contrapesos (*checks and balances*) adotados pela Constituição brasileira, princípios estes que sofrem com a letargia do Executivo e do Legislativo, emergindo daí uma postura proativa do Poder Judiciário.⁶⁹ Esse debate tem avançado em todas as instâncias, sempre imbricado na judicialização da política e na politização da justiça.⁷⁰

Há doutrinadores⁷¹ que se manifestam adversos ao ativismo judicial por compreendê-lo danoso à democracia entendendo que o juiz substitui o Executivo bem como o povo que não foi consultado na definição das prioridades das políticas públicas. Dessa forma: “[...] a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e ajustar contas com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes.”⁷²

Nesse sentido, Lênio Luiz STRECK apresenta uma postura crítica em relação a atuação ativista do Judiciário brasileiro, em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido.⁷³

Luís Roberto BARROSO sintetiza que os riscos da judicialização e do ativismo

⁶⁸ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 7.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibidem, p. 7-8.

⁷¹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito à Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁷² NUNES, António José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. *Revista Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, p. 473-490, Jan.-Dez. 2011, p. 489.

⁷³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Constitucionalização do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.⁷⁴

Apesar das críticas que o Judiciário brasileiro vem sofrendo, no sentido de que está se imiscuindo em questões políticas, em ofensa ao princípio da separação dos poderes e, ainda, que por não ser um poder eleito pelo povo, não poderia interferir nessas questões, o que se verifica é que a transferência de decisão do Parlamento para o Judiciário decorre em virtude do fenômeno da judicialização da política.⁷⁵

Por isso torna-se imprescindível que o Judiciário se situe com prudência e equilíbrio na equação: de um lado, a letargia que fere toda a estrutura moral e material do Executivo e do Legislativo, cujos resultados aviltam o paradigma do Estado democrático. De outro, a exigência dos cidadãos e segmentos sociais, no sentido de que o órgão jurisdicional supra e até mesmo repare os inúmeros danos e inadiáveis lacunas geradas pela referida inércia dos Poderes pares.⁷⁶

No entendimento de Luís Roberto BARROSO o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.⁷⁷

Outrossim, o protagonismo judicial é condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos sociais e para a estabilidade da democracia.⁷⁸

Todavia, a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira, ou seja, a crise de representatividade, legitimidade e funci-

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 88.

⁷⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, 8 (1), p. 59-86, jan-jun 2012, p. 79.

⁷⁶ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. Op. cit., p. 154.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 88.

⁷⁸ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 150.

onalidade do Poder Legislativo.⁷⁹ Há a necessidade de uma reforma política e essa não pode ser feita por juízes.

Para Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, a atuação do Judiciário é legítima, na medida em que provocada por atores políticos, como também por estar legitimado no próprio documento constitucional. O grande desafio está em superar as barreiras colocadas à atuação do Judiciário pela tradição do *civil law*, que pretendia limitar a atuação do juiz no texto normativo.⁸⁰

Ademais, em que pese a teoria da autorrestrrição judicial, verifica-se que no contexto da Constituição Federal de 1988 a mesma não se sustenta, eis que a partir da Carta Magna deve se dar um novo papel ao Judiciário brasileiro, que passa a exercer um importante papel na realização dos direitos fundamentais. O princípio da separação dos poderes deve ser analisado a partir da Constituição, com a ideia de controles recíprocos entres os poderes e não mais a ideia de separação rígida entre os mesmos.⁸¹

Conforme demonstrado, a doutrina pátria vem aderindo expressivamente ao ativismo judicial, partindo sempre do princípio de que ele consiste num instrumento eficaz de concreção da dignidade da pessoa humana, cidadania, justiça e democracia.

Entretanto, existem temores de que se erija um “governo de toga” ou uma “juristocracia” decorrente de uma falsa interpretação normativa.⁸²

Enfim, deve-se atentar para o irrefutável fato de que cabe ao Poder Judiciário o dever de incorporar uma nova roupagem. Nesse contexto, é necessário que ele dialogue mais frequentemente com a política, dado que lhe compete, aliado ao Legislativo e ao Executivo, proporcionar um caráter de efetividade aos preceitos constitucionais, conferindo-lhes um efeito imediato e não meramente programático.⁸³

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, p. 90.

⁸⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis...*, p. 86.

⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização...*, p. 79.

⁸² VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *Op. cit.*, p. 58.

⁸³ *Ibidem*, p. 160.

Admirado por uns, rejeitado por outros, o ativismo vem se tornando o marco de um Judiciário democrático, que ao mesmo tempo mantém seus sentinelas atentos à preservação do respeito e equilíbrio entre os Poderes do Estado.⁸⁴

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde é um direito fundamental social, já que previsto no rol do art. 6º da Lei Maior,⁸⁵ no Título II intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Seu objetivo é a melhoria de vida das vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política.⁸⁶

Trata-se de um direito subjetivo que outorga ao seu titular a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados e que se constitui como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, formando a base de um Estado de Direito Democrático.⁸⁷

A garantia dos direitos fundamentais sociais reflete, para o campo jurídico, o ideal de uma sociedade justa e igualitária, que impõe ao Estado não só o dever de abstenção, de uma maneira a assegurar a autonomia privada na esfera de proteção dos direitos liberdades in-

⁸⁴ Ibidem, p. 214.

⁸⁵ “Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Definição e Características dos Direitos Fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009, p. 118-135.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

individuais, mas também a proporcionar o acesso a todos a condições de uma vida digna.⁸⁸

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Estado tem à responsabilidade de promover o acesso universal da saúde, sendo um direito destinado a brasileiros e estrangeiros (art. 5º, CF),⁸⁹ que assim necessitarem, podendo utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, a fim de promover o seu direito.

É no art. 196⁹⁰ que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional. O referido dispositivo legal constitui-se como norma de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado impondo aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara como: promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera.⁹¹

Logo, o direito à saúde exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia, efetividade da saúde, sob pena de ineficácia de tal direito fundamental.⁹² Esses direitos se vinculam a ideia de que é incumbência do Estado disponibilizar os meios materiais e o implemento das condições fáticas aptas a possibilitarem o exercício das liberdades.⁹³

Dessa forma, surgem diversos deveres estatais, tais como: a construção de hospi-

⁸⁸ SCHIER Adriana da Costa Ricardo. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 391.

⁸⁹ “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

⁹⁰ “Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 577.

⁹² FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. *Direitos Fundamentais: Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 70-71.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 195.

tais públicos, manutenção de condições dignas de atendimento nos postos de saúde e o fornecimento de medicamentos àqueles que não podem aceder a eles por seus próprios meios.⁹⁴

Para José Carlos Vieira de ANDRADE os direitos fundamentais sociais não são apenas proclamatórios, pois têm força jurídica e vinculam efetivamente os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação.⁹⁵

Clèmerson Merlin CLÈVE corrobora esse entendimento e afirma que os referidos direitos não são meras normas programa e, por isso, devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e à plena efetividade dos comandos constitucionais.⁹⁶

Portanto, a Constituição de 1988 determinou ao Estado que “descruzasse os braços” e atuasse concretamente na realidade social, fomentando, provendo, garantindo.⁹⁷

Nesse sentido, Maurizio FIORAVANTI trata de um constitucionalismo que pretenda promover os direitos e não apenas reconhecê-los e garanti-los.⁹⁸ Por isso, ele afirma que os direitos sociais pressupõem uma guia ativa para seu desenvolvimento comum em todos os poderes do Estado e não apenas garantias de ordem jurisdicional.⁹⁹

Contudo, indaga-se: Por que o acesso à Justiça e a luta por direitos se orienta, crescentemente, em direção ao Judiciário? Demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo, são apresentadas, agora, ao Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados

⁹⁴ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial*. 270 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 15/03/2013, p. 37.

⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 387.

⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Crítica Jurídica*, Curitiba, v. 22, 2003, p. 19.

⁹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. 390 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006, p. 13.

⁹⁸ FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos...*, p. 95.

⁹⁹ Idem.

serviços negligenciados pela Administração Pública.¹⁰⁰

Se o cumprimento do dever estatal de promoção à saúde é negligenciado, o caminho natural é que haja uma invocação jurídica desse direito social, em determinada situação concreta. Por isso, no campo do direito à saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão judicante.

Assim, são notórias as falhas no serviço de saúde, de insuficiência de quadro médico, de baixa qualificação dos serviços em geral, de carências materiais elementares, de superlotação de equipamentos públicos de saúde, de terceirização de mão-de-obra, fragilidade dos programas de prevenção de doenças e falta de medicamentos.

Está claro que, neste momento, aparece com vigor o protagonismo social e político do Poder Judiciário, coincidindo com o fenômeno da deslegitimação dos poderes políticos e da crise de crença na autoridade pública.

Há uma grande tensão entre o Poder Judiciário, que exerce a jurisdição constitucional no Brasil, e os Poderes democraticamente eleitos pelo povo, Legislativo e Executivo. Essa tensão consiste num reflexo da crise social por que passa a sociedade brasileira, que busca, cada vez mais, a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive do direito social à saúde que demanda prestações positivas do Estado para ser efetivado.¹⁰¹

Estefânia Maria Queiroz BARBOZA entende que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, deve exercer um papel ativo, político e social no Estado Brasileiro, implementando os direitos sociais prestacionais de forma a lhes dar a maior efetividade possível. Conforme esta doutrinadora, esta seria a única forma a se alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito.¹⁰²

¹⁰⁰ Note-se que a Administração Pública foi criada durante o processo de formação do Estado Moderno Europeu, com o advento do Estado legislativo e administrativo em superação ao Estado jurisdicional. Além do protagonismo da lei, como expressão da vontade geral e da soberania da nação, se situa a criação desse novo sujeito destinado a representar o Estado e a responder as necessidades concretas dos cidadãos. (FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución...*, p. 25).

¹⁰¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais*. 185 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 26/08/2005, p. 9.

¹⁰² *Ibidem*, p. 9-10.

Além dessa questão, discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária. Isso porque a concretização do direito à saúde exige uma sensível alocação de bens materiais, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo.¹⁰³

Com efeito, o princípio da separação dos poderes e a legitimidade majoritária não são absolutos, pois todos os poderes constituídos estão submetidos à Lei Fundamental. Assim, a gestão da despesa pública também deve estar vinculada aos parâmetros constitucionais: se os recursos são escassos, sua aplicação deve privilegiar o atendimento aos fins considerados prioritários pelo Texto Maior.¹⁰⁴

Gilmar Ferreira MENDES entende que não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde sendo sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.¹⁰⁵

Logo, esta proposta apresenta inúmeras dificuldades. Tais decisões judiciais são criticadas, inclusive ao argumento de que o atendimento desses pedidos atendem aos interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, que têm maior facilidade de acesso ao Judiciário.¹⁰⁶ Dessa forma são inviabilizadas políticas públicas de saúde eficazes, uma vez que comprometem, com a entrega a poucas pessoas de atendimentos e medicamentos extremamente caros, os escassos recursos destinados à proteção à saúde¹⁰⁷

¹⁰³ A respeito das teses econômicas que analisam o tema dos recursos escassos: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999; AMARAL, Gustavo. *Direito Escassez e Escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁰⁴ SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. *Fundamentação Material e Efetividade Constitucional do Direito à Saúde: Da Exclusão à Igualdade numa Perspectiva Superadora de seus Hodiernos Obstáculos*. Curitiba, 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 79.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 706.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 708.

¹⁰⁷ “Quanto devemos gastar, coletivamente, para proporcionar serviços de saúde a todos de forma a honrar o ideal de igualdade?” Dworkin discute duas respostas possíveis. A primeira, baseada na teoria da igualdade de bem-estar seria: o que for necessário (saúde não tem preço) para restabelecer a saúde das pessoas, custe o que custar. Mas, este princípio seria inaceitável, pois implicaria na falência da sociedade pela incapacidade de

de toda a população.¹⁰⁸

Esse quadro indica o desenvolvimento de uma situação contraditória ao projeto constitucional, quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse a existência de qualquer benefício ou privilégio de alguns usuários.¹⁰⁹

Nesse contexto, Terezinha de Jesus de Souza SIGNORINI sustenta que o tratamento do direito à saúde pelo Poder Judiciário pode ser revestido de racionalidade e razoabilidade e ela indica instrumentos normativos já existentes que servem como ponte para transmutar do plano normativo para o plano da realidade a realização desse direito fundamental.¹¹⁰

Com efeito, a justiciabilidade do direito à saúde não dispensa que o requerente demonstre a necessidade do remédio postulado, bem como sua eficácia na cura da moléstia que lhe está afetando.¹¹¹

A Lei Federal n. 6.360/76 dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos e saneantes e ela determina a necessidade de registro desses produtos no Ministério da Saúde.¹¹²

Pode ocorrer de medicamentos requeridos constarem das listas do Ministério da Saúde ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais, mas não estarem fornecidos à população por problemas de gestão. Logo, o cidadão não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os medicamentos conside-

investir em outros bens importantes à qualidade de vida das pessoas em virtude do custo elevado dos serviços de saúde. Por isso ele defende a aplicação do mecanismo do seguro hipotético no qual a comunidade deve gastar coletivamente em saúde a cobertura que pessoas médias de dada comunidade em igualdade de condições. Assim, o seguro hipotético seria uma resposta realista e justa a essa questão, pois torna as pessoas iguais em face do risco e nunca requer que uma comunidade gaste mais em benefícios sociais do que deveria, tendo em conta suas responsabilidades de prover outros serviços essenciais para a vida de seus membros. Sobre o custo da saúde veja: DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. SIMÕES, Jussara (trad.). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 430-470; DWORKIN, Ronald. *Igualdade como Ideal*. *Novos estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 77, mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 set. 2013.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 708.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. Op. cit., p. 97.

¹¹¹ Ibidem, p. 101.

¹¹² “Art. 12: Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

rados essenciais. Fica configurado um direito subjetivo à prestação de saúde passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.¹¹³

Para superar a exigência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, terá o demandante um esforço redobrado na tarefa de convencimento do magistrado, pois deverá provar não somente a necessidade do medicamento e sua utilidade no tratamento da moléstia que lhe aflige, como também que o fármaco não produz efeitos lesivos à saúde, bem como que não foi registrado no Brasil por desinteresse da empresa produtora ou lentidão no processo de concessão do registro, porém cumpre todos os requisitos exigidos por lei.¹¹⁴

Todavia não deve o julgador utilizar as normas que regem o direito à saúde de forma “religiosa”, acreditando que com o simples deferimento de uma liminar está salvando a vida do autor. A autorização para que o requerente utilize-se de um medicamento contra-indicado poderá apenas piorar seu estado de saúde.¹¹⁵

Daí exigir-se do juiz e das partes, nestas hipóteses, uma argumentação com base em dados físicos, químicos e biológicos – que pode ser realizada com o auxílio técnico de profissionais de outras áreas –, estabelecendo-se um cotejo com as normas legais de controle dos insumos farmacêuticos.¹¹⁶

Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional cada vez mais necessária, desde que seja na sua vertente positiva, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado.¹¹⁷

Quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configura um óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais permitindo a manutenção do processo democrático.¹¹⁸

Ao se defender a possibilidade do Judiciário intervir em políticas públicas, não se

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 707.

¹¹⁴ SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. Op. cit., p. 101.

¹¹⁵ Ibidem, p. 103.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, Jan.-Jun. 2012, p. 9.

¹¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A Legitimidade...*, p. 159.

quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente.¹¹⁹

Enfim, em muitas oportunidades, é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos que podem lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais. Assim, a efetivação dos direitos sociais pela jurisdição constitucional pode muito bem promover o processo democrático.¹²⁰

4 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como o Estado é omissor, recorre-se ao Poder Judiciário para garantir a prestação do direito fundamental à saúde. Por isso mister discutir as perspectivas para um juiz ativista no Brasil, especialmente quando atue na proteção dos direitos fundamentais e na garantia da supremacia da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal tem definido, há tempos, os contornos do direito de proteção à saúde em diversos julgados que versam sobre fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior.¹²¹

É grande o número de decisões de Tribunais brasileiros condenando o Estado a fornecer gratuitamente medicamentos, meios de diagnóstico ou tratamento a pessoas doentes, e ao pagamento de multa diária pelo não cumprimento destas decisões judiciais.¹²²

Gilmar Ferreira MENDES explica que devido a grande importância teórica e prá-

¹¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização...*, p. 79.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 709.

¹²² NUNES, António José Avelãs. Op. cit., p. 473.

tica do problema da judicialização do direito à saúde, ele envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais das áreas de saúde e a sociedade civil como um todo.¹²³

Assim, sensível às aspirações e às exigências da população, o STF tem procurado resolver alguns problemas delicados que o Congresso não estaria disponível para resolver, ajudando talvez a aliviar tensões, ao mesmo tempo que faz ver aos demais poderes do Estado que não podem continuar a “ignorar” a vontade dos cidadãos, deixando sem solução problemas que se arrastam há anos.¹²⁴

Em sentido diverso, há quem acredite que, por mais humanamente que se possa compreender a tentação dos tribunais para atuarem deste modo perante a incapacidade crônica dos demais Poderes, este não seria um caminho que favoreça e prestigie o Poder Judiciário e a democracia.¹²⁵ Dessa forma, não seria competência dos tribunais averiguar se há recursos disponíveis para condenar o Executivo a uma certa prestação de saúde, pois a alteração não pode ser imposta pelos tribunais aos outros Poderes do Estado sendo inaceitável que as opções políticas do Legislativo possam ser substituídas pelas opções políticas de cada juiz.¹²⁶

Diante da existência de um número significativo de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, houve a convocação, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, de uma audiência pública sobre a saúde.¹²⁷

Na referida audiência pública¹²⁸ foi reconhecida a complexidade da interpretação e aplicação do direito fundamental à saúde e a sua dependência de juízos de ponderação que

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. DJe 30/04/2010.

¹²⁴ NUNES, António José Avelãs. Op. cit., p. 474.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Ibidem, p. 485.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 713.

¹²⁸ A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ouviu 50 especialistas entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

considerem todas as circunstâncias dos casos concretos.¹²⁹

Com base na experiência apreendida na referida audiência pública, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil e estabeleceu, no julgamento da STA 175¹³⁰, alguns parâmetros essenciais à solução judicial de casos concretos que envolvem esse direito.¹³¹

O primeiro dado a ser esclarecido, segundo Gilmar Ferreira MENDES, é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nessas situações, parece ser evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.¹³²

Além disso, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é necessário distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação.

Ele também observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O segundo dado a ser considerado, nos termos do voto do Relator, é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Nessa hipótese, pode ocorrer uma situação em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequa-

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 715.

¹³⁰ Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. DJe 30/04/2010.

¹³¹ A esse respeito, veja: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 244/Paraná. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 11/11/2008. DJe 18/11/2008. Na STA 244, o Estado do Paraná pediu a suspensão da decisão da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, que determinou o fornecimento do medicamento Naglazyme (Galsulfase) por tempo indeterminado.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. DJe 30/04/2010. Inteiro Teor, p. 17-18.

do a determinado paciente. Em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.¹³³

Ademais, poderá ocorrer outra situação em que o SUS não dispõe de nenhum tratamento específico para certa patologia (novos tratamentos ainda não incorporados ao SUS). Destaca-se que o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamentos puramente experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia).¹³⁴

Karine da Silva CORDEIRO entende que, com base nos parâmetros fixados pela STA 175, diversos medicamentos e tratamentos médicos de alto custo e não fornecidos pela rede pública foram assegurados pelo Supremo Tribunal Federal.¹³⁵ Um dos critérios decisivos para a decisão é o risco de a ausência da medida postulada ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes.¹³⁶

Ana Paula BARCELLOS afirma que é compreensivelmente difícil para o juiz deixar de ceder à tentação de dar uma solução jurídica localizada e individual a um problema cujo espaço de discussão é essencialmente político.¹³⁷ Porém, é necessário que o juiz atente a convicção sólida a respeito dos limites de seu papel no âmbito do Estado Democrático de Direito e pela certeza de que há meios jurídicos aptos a impor ao Poder Público a prestação do mínimo existencial na área da saúde.¹³⁸

Os critérios referidos não esgotam os referenciais que podem detectados na esfera das decisões judiciais no Brasil, além de não serem excludentes de outros parâmetros propos-

¹³³ Ibidem, p. 19-21.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ CORDEIRO, Karine da Silva. Op. cit., p. 193.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 332.

¹³ Idem.

tos na esfera doutrinária, inclusive na parte geral dos direitos sociais.¹³⁹

5 CONCLUSÃO

Este artigo discute a seguinte problemática: Por que o acesso à justiça e a luta por direitos, inclusive do direito fundamental à saúde, se orienta, crescentemente, em direção ao Judiciário? Demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo são apresentadas, agora, ao Judiciário na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela Administração Pública.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem passado por profundas transformações que tem levado a uma postura mais ativa na análise de suas decisões. Trata-se da manifestação do ativismo judicial ou da judicialização da política.

Através da análise do *judicial review* fica demonstrada a importância do papel criativo da Suprema Corte americana ao determinar valores para normas abstratas contidas em seu texto constitucional por meio de recursos à doutrina política.

Essa experiência norte-americana serve de exemplo e pode ser adaptada ao caso brasileiro, que enquanto país periférico, não pode deixar de realizar seus direitos fundamentais porque trata muitas vezes de questões políticas.

Destaca-se, no campo da judicialização da política, o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo em esfera de políticas de saúde.

Dessa forma, questiona-se se a atuação mais ativa do Supremo Tribunal Federal é legítima, ou seja, e se o ativismo judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais ou favorece o surgimento de uma “juristocracia” violadora das tutelas e garantias constitucionais.

Argumenta-se que o Judiciário estaria, com sua postura ativista, usurpando funções do Legislativo e Executivo, quando sua função seria somente a de aplicar as normas le-

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso...*, p. 583.

gais (princípio da separação dos poderes).

Por esta visão, o Judiciário não responderia politicamente pelo povo, pois ele não seria democraticamente legítimo para dizer quais são as suas necessidades, cabendo esta decisão ao próprio povo, através dos órgãos eleitos (déficit democrático).

Em sentido diverso, há doutrinadores que defendem que a atividade atualmente desempenhada pelo STF não é imprópria à função de um Tribunal porque consiste num instrumento eficaz de concreção da dignidade da pessoa humana, cidadania, justiça e democracia.

Nesse contexto, reflete-se sobre o direito fundamental à saúde compreendido como um direito social que deve ser cumprido pelo Estado. Em caso de omissão ao cumprimento desse dever estatal, o caminho natural é que haja uma invocação jurídica desse direito, em determinada situação concreta.

São notórias as falhas no serviço de saúde, de insuficiência de quadro médico, de baixa qualificação dos serviços em geral, de carências materiais elementares, de superlotação de equipamentos públicos de saúde, de terceirização de mão-de-obra, fragilidade dos programas de prevenção de doenças e falta de medicamentos.

Por isso, no campo do direito à saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão judicante. Diante disso, são apresentados posicionamentos que versam sobre uma atuação mais criativa e ativa dos Juízes para concretizar esse direito fundamental, ou seja, a judicialização do direito à saúde.

A ação dos poderes soberanos na área da saúde deve estar voltada, necessariamente, ao atendimento da população de forma universal e igualitária, garantindo um atendimento integral, preventivo, curativo e, acima de tudo, digno.

Ainda, foi realizada, uma análise da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do direito à saúde, tendo por parâmetro a Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Nessa julgamento, o STF estabeleceu alguns critérios essenciais à solução judicial de casos concretos que envolvem esse direito fundamental, tais como: a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, a presença de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS e a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população protegendo o indivíduo contra omissões ou excessos do Estado.

Dessa forma, quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configura um óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais permitindo a manutenção do processo democrático.

Diante do exposto, conclui-se que o ativismo judicial não decorre de uma postura inconsequente dos juízes sendo o reflexo de uma realidade social carente de tutela e cansada de omissões estatais passando a ter os juízes uma cota de responsabilidade no processo de inclusão dos excluídos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso (trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Tagore Trajano de; GORDILHO, Heron José de Santana. Eficácia dos Direitos Fundamentais e Justiça Distributiva: O Interesse Público como Problema Jurídico nos Tratamentos de Saúde. **Revista Juris Poiesis**, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARANTES, Rogério Bastos. **Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil**. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões Sobre a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde a Partir do Ativismo Judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais**. 185 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 26/08/2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea**. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 28/02/2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, Jan.-Jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 244/Paraná. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 11/11/2008. DJe 18/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010. DJe 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: Sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV**,

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões Sobre a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde a Partir do Ativismo Judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

São Paulo, v. 5, n. 1, Jun. 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Crítica Jurídica**, Curitiba, v. 22, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Constituição, Democracia e Justiça**: Aportes para um Constitucionalismo Igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de. **Promoção da Saúde**: Conceitos, Reflexões e Tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Definição e Características dos Direitos Fundamentais**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**: A Teoria e a Prática da Igualdade. SIMÕES, Jussara (trad.). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. Igualdade como Ideal. *Novos estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 77, mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões Sobre a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde a Partir do Ativismo Judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

33002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 set. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro del Estado de Derecho** In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio, **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Dias**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y Constitución**. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). In: *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de Freitas. **Direitos Fundamentais: Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad.). 2.ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York and London: W. M. Norton, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. MARINS, Alex (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. FERREIRA, Roberto Leal

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões Sobre a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde a Partir do Ativismo Judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

(trad.). São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito à Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES, António José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 14, n. 14, p. 473-490, Jan.-Dez. 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. 390 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Sousa, António Francisco de; FRANCO, António (trads.). Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial**. 270 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 15/03/2013.

ROMANELLI, Sandro Ballande. **A Constituição Norteadora das Paixões: O Protagonismo Judicial como Garantia dos Pré-Compromissos Constitucionais**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Constituição, Democracia e Justiça: Aportes para um Constitucionalismo Igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 37-52.=

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu Conteúdo, Eficácia, Efetividade no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Di-**

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões Sobre a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde a Partir do Ativismo Judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

reito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. **Fundamentação Material e Efetividade Constitucional do Direito à Saúde:** Da Exclusão à Igualdade numa Perspectiva Superadora de seus Hodiernos Obstáculos. Curitiba, 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

SCHIER Adriana da Costa Ricardo. **O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos.** In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.* Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377-405.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** Uma Exploração Hermenêutica da Constitucionalização do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: Nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, São Paulo, Jan.-Jun. 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. **Tempo social**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O Ativismo Judicial como Instrumento de Concreção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito:** Uma Leitura à Luz do Pensamento de Ronald Dworkin. 255f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, Jun. 2009.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões Sobre a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde a Partir do Ativismo Judicial. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, n° 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.