

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ATIVISMO JUDICIAL E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

RAFAEL NUNES PIRES RUDOLFO

Itajaí-SC, junho de 2018

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ATIVISMO JUDICIAL E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

RAFAEL NUNES PIRES RUDOLFO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Itajaí-SC, junho de 2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os colegas pela harmoniosa convivência, bem como a todos os professores, por todos os ensinamentos transmitidos, fundamentais para a concepção desta obra; e, especialmente ao meu orientador, Doutor Marcos Leite Garcia pela paciência e pelas valiosas orientações.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, especialmente: Beatriz, Gabriel e Arthur, por toda a paciência.

“Nós, os cidadãos, somos os legítimos senhores do Congresso e dos tribunais, não para derrubar a Constituição, mas para derrubar os homens que pervertem a Constituição”.

Abraham Lincoln

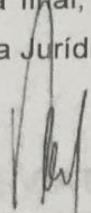
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, junho de 2018

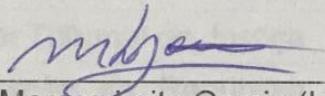
Rafael Nunes Pires Rudolfo
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

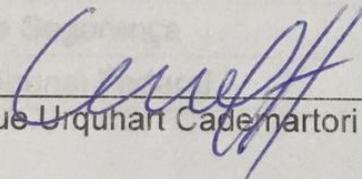


Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

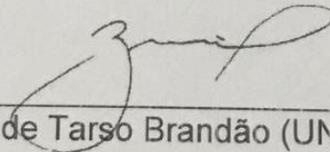
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI) - Membro



Doutor Luiz Henrique Urquhart Cadenatori (UFSC) – Membro



Doutor Paulo de Tarso Brandão (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 25 de julho de 2018

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
PPA	Plano Plurianual
TJ	Tribunal de Justiça
MP	Ministério Público
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o autor considera estratégicas à compreensão desta obra, acompanhadas por seus respectivos conceitos operacionais.

Ativismo: atividade (às vezes racionalizada em teoria filosófica) que assume como princípio a subordinação de todos os valores, inclusive a verdade, às exigências da ação, isto é, ao êxito ou ao sucesso da ação (quase sempre, ação política).¹

Ativismo Judicial: participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.²

Constitucionalismo: ideologia do governo limitado, imprescindível para a garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política e social de uma sociedade.³

Direito: conjunto de normas (regras e princípios) genéricas e abstratas que disciplinam a vida em determinada Sociedade e cuja imperatividade é garantida pelo Estado.⁴

Direito à saúde: conjunto de medidas que busca garantir condições de saúde, não limitada a procedimentos médicos ou a tratamentos farmacêuticos.⁵

Direitos Fundamentais: são uma pretensão moral justificada incluída em uma norma legal acompanhada de uma garantia.⁶

Direitos Sociais: os direitos sociais, longe de interditar uma atividade do Estado,

¹ Disponível em <<http://marciochila.blogspot.com/2017/08/o-ativismo-judicial-e-o-servico-de-saude.html>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018 (Conforme Nicola Abbagnano, **Dicionário de Filosofia**, p. 103, 2007, Ed. Martins Fontes).

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Savaiva, 2009, p. 283.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 247. Tradução livre.

⁴ GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2015, p. 9.

⁵ AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Orgs.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 81.

⁶ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 201.

a pressupõem. Indicam, em regra, a necessidade de intervenção estatal visando ao fornecimento de certos bens essenciais, que poderiam ser obtidos pelo indivíduo, junto a particulares, caso dispusesse de meios financeiros suficientes e encontrasse uma oferta adequada no mercado.⁷

Estado de direito: ideal de subordinação do poder político a regras gerais, abstratas e não retroativas. Pretende combater a arbitrariedade e o abuso de poder por meio da institucionalização de um “governo das leis, não dos homens”, ou, em outras palavras, de um governo da razão.⁸

Judicialização: mecanismo através do qual o Poder Judiciário atua, mediante provocação do interessado e no bojo de um litígio, formulando políticas públicas, revendo decisões dos outros poderes ou intervindo nas relações jurídicas contratuais, relativizando suas condições em prol de uma das partes contratantes a partir de premissas fundadas no estabelecimento de Justiça Social, nos Direitos Fundamentais e nos Princípios Constitucionais.⁹

Neoconstitucionalismo: movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional que apresenta algumas mudanças fundamentais: princípios em vez de regras; ponderação no lugar de subsunção; justiça particular em vez de justiça geral; Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo; Constituição em substituição à lei.¹⁰

Princípios: verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.¹¹

Saúde: estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade, é um direito fundamental, e a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos setores sociais, econômicos, além do setor da

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 465. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

⁹ GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2015, p. 9.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17. Salvador: jan./fev./mar. de 2009, p. 2.

¹¹ REALE, Miguel. **Noções preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

saúde.¹²

Sociedade: tecido de maneiras e costumes que mantinham um grupo de pessoas unidas sem as, apesar das ou contra as regras formais.¹³

Welfare State: originalmente concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo. O estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, e não com o fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de seguro coletivo. O estado de bem-estar tinha que arcar com os custos marginais da corrida do capital pelo lucro, e tornar a mão-de-obra deixada para trás novamente empregável.¹⁴

¹² SANTOS, Evaniele Antonia de Oliveira. **A subsistência humana: moradia, saúde, trabalho decente, meio ambiente saudável.** Direitos Humanos e Geração da Paz, v. 8. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2016, p.122.

¹³ WALLERSTEIN, Immanuel. **Análise dos sistemas mundiais.** In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs.). **Teoria social hoje.** Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p.457.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p.51.

SUMÁRIO

RESUMO	p. 15
ABSTRACT	p. 16
INTRODUÇÃO	p. 18
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS	p. 22
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 22
1.1.1 Aspectos históricos dos direitos fundamentais.....	p. 23
1.1.2 Definição de direitos fundamentais.....	p. 24
1.1.3 Classificação dos direitos fundamentais.....	p. 27
1.1.4 Efetividade dos direitos fundamentais.....	p. 29
1.1.5 Neoconstitucionalismo.....	p. 33
1.2 DIREITOS SOCIAIS.....	p. 39
1.2.1 Aspectos históricos dos direitos sociais.....	p. 40
1.2.2 Definição de direitos sociais.....	p. 45
1.3 DIREITO À SAÚDE.....	p. 51
1.3.1 Considerações sobre saúde.....	p. 51
1.3.1.1 Aspectos históricos sobre saúde.....	p. 52
1.3.1.2 Conceito de saúde.....	p. 55
1.3.2 Direito à saúde (propriamente dito).....	p. 56
2 ATIVISMO JUDICIAL	p. 63
2.1 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL.....	p. 63
2.1.1 Princípios.....	p. 64
2.1.2 Aspectos históricos do Ativismo Judicial.....	p. 68
2.1.3 Definição de Ativismo Judicial.....	p. 71
2.2 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO.....	p. 73
2.3 ATIVISMO JUDICIAL: CONOTAÇÃO POSITIVA.....	p. 78
2.3.1 A questão da descrença nos poderes legislativo e executivo.....	p. 81
2.3 ATIVISMO JUDICIAL: CONOTAÇÃO NEGATIVA.....	p. 88

2.4.1 A questão da Separação dos Poderes.....	p.91
2.4.2 Aspectos orçamentários.....	p.98
3 ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	p.102
3.1 DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS E O CUSTEIO DE TRATAMENTOS.....	p.106
3.2 DA LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.....	p.115
3.2.1 Do excesso de processos.....	p.119
3.3 FERRAMENTAS.....	p.121
3.4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	p.127
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p.135
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	p.138

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, com área de concentração em Fundamentos do Direito Positivo. Partindo de uma concepção ampla de jurisdição, não limitada ao poder estatal, os estudos da linha de Direito e Jurisdição abarcam as diversas formas heteronômicas de solução dos conflitos, perquirindo sobre os princípios que regulam a atividade jurisdicional, os elementos processuais, os aspectos de poder subjacentes ao exercício da jurisdição e os traços específicos da jurisdição em diferentes contextos – transnacional, estatal e internacional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concedeu aplicabilidade imediata a uma série de direitos fundamentais e sociais, muitos dos quais foram por ela implantados. Conquanto o direito à saúde seja um destes direitos tutelados pela nossa Carta Magna, por inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, há uma enorme dificuldade na implementação de políticas públicas de saúde, bem como na concretização do acesso à saúde aos cidadãos. Pretende-se investigar de que forma o Ativismo Judicial atua nas situações de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, no que se relaciona com o direito à saúde, e o impacto que este fenômeno causa no mundo jurídico.

Palavras-chave: Ativismo judicial – Direitos fundamentais sociais - Direito à saúde.

ABSTRACT

This Master's degree Dissertation is part of the line of research Law and Jurisdiction, and of the area of concentration Fundamentals of Positive Law. Based on a broad concept of Jurisdiction that is not limited to state powers, studies in the line of Law and Jurisdiction embrace various heteronomous ways of resolving conflicts, investigating the principles that regulate the jurisdictional activity, the procedural elements, the aspects of power underlying the exercise of jurisdiction, and the specific traces of jurisdiction under several contexts; transnational, state, and international. The 1988 Brazilian Constitution granted immediate applicability to a series of social and fundamental rights, many of which were introduced by it. Although the right of Health is one of this rights safeguarded by our Constitution, there is great difficulty in the implementation of Public Policies, due to the inertia of the Executive and Legislative Powers. This work investigates how Judicial Activism acts in situations of omission of Executive and Legislative Powers in relation to the right to Health, and the impacts that this phenomenon causes in the legal world.

Keywords: Judicial Activism – Social Fundamental Rights – Right of Health.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição brasileira de 1988 houve uma mudança significativa no universo jurídico nacional. Ocorre que desde então houve um crescimento exponencial na provocação do Poder Judiciário, com o intuito de buscar efetividade aos direitos fundamentais sociais consagrados no aludido diploma jurídico. Uma das consequências deste incremento da atividade judicial e do próprio protagonismo do Poder Judiciário foi o fenômeno que se convencionou chamar de Ativismo Judicial.

Neste diapasão, no cenário atual, observa-se através de uma série de decisões judiciais que “o juiz brasileiro rompeu com a concepção típica de um juiz do estado liberal, colocando-se como verdadeiro e efetivo protagonista na defesa dos direitos e garantias fundamentais”.¹⁵ Ou seja, houve uma mudança significativa de postura dos magistrados que, de certa forma, extrapolam seu âmbito de atuação.

O que se percebe na pós-modernidade é a migração do paradigma do judiciário que se limitava a executar a lei (positivismo) para uma postura mais participativa, tendo os juízes atrelados na tarefa de construir uma sociedade pautada nos ideais do Estado de Direito. Nesta senda, o Ativismo Judicial consiste em “ferramenta importante para que se possa extrair o máximo das potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional, privilegiando a busca de soluções mais adequadas” para o caso concreto.¹⁶

Mister salientar que provavelmente a principal causa do ativismo judicial seja a atual crise política, ou melhor, crise de representatividade. Há uma escancarada descrença da sociedade em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, ao passo que restou à população depositar suas esperanças no Poder Judiciário. Soma-se a

¹⁵ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Orgs.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Coleção principiologica constitucional e política do direito. TOMO 01. p.206-226. Itajaí: UNIVALI, 2016, p.222.

¹⁶ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v.14, n. 14, p. 210-230, juz/dez. de 2013. p.211.

isso o caráter abstrato e aberto das normas definidoras dos direitos fundamentais sociais, que implica maior dificuldade para interpretar tais normas através da hermenêutica tradicional, justificando, de certa forma, uma postura mais ativista do Poder Judiciário.

Destarte, tem-se tornado frequente provocar o Poder Judiciário visando compelir a Administração Pública a cumprir determinadas prestações na área da saúde. E é justamente através do Ativismo Judicial que pode ser concretizado o direito à saúde de pessoas em situação de hipossuficiência.

O que se pretende analisar é se esta exorbitância da competência do Poder Judiciário afeta o Princípio da Separação dos Poderes ou se realmente o Ativismo Judicial é imprescindível para a concretização do Direito à Saúde.

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica CPCJ - da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

O seu objetivo científico é verificar na doutrina e na jurisprudência a aplicação prática do fenômeno do Ativismo Judicial, no que tange ao efetivo direito à saúde. O Poder Judiciário, através da prática do Ativismo Judicial, pode intervir para garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais, em particular o direito dos cidadãos à saúde ou há ofensa aos Princípios Constitucionais da Igualdade e da Separação dos Poderes?

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) a prática do ativismo judicial para a efetivação do direito à saúde configura ofensa ao Princípio Separação dos Poderes, devendo sua prática ser desencorajada;

b) o Poder Judiciário pode interferir na efetivação do direito à saúde, diante da inércia do Poder Executivo na formulação de políticas públicas de saúde e concretização do direito à saúde;

c) o ativismo judicial configura ofensa ao Princípio da Igualdade, pois a efetivação do direito à saúde só se efetivaria àqueles que judicializassem suas demandas, ao passo que a dificuldade de acesso à justiça restringiria a concretização do aludido direito a alguns cidadãos.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com uma abordagem em relação aos Direitos Fundamentais Sociais: contemplando, inicialmente, os Direitos Fundamentais; passando pela apreciação dos Direitos Sociais; e finalizando com o Direito à Saúde.

O Capítulo 2 trata do Ativismo Judicial, desde sua origem e aspectos históricos, seguindo pela questão da Separação dos Poderes e dos aspectos orçamentários vistos tanto sobre um enfoque positivo como por uma visão crítica.

O Capítulo 3 dedica-se a apreciação e análise do Ativismo Judicial como instrumento para a garantia do Direito à saúde.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Ativismo Judicial e o direito à saúde.

A metodologia utilizada foi o método indutivo, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.¹⁷

¹⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, mister verificar as origens e a definição do termo direitos fundamentais. Vale ressaltar que há certa dificuldade para a sua conceituação, uma vez que a definição de direitos fundamentais varia de acordo com sua própria evolução histórica.

Trata-se de “fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de positividade para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade”.¹⁸

Neste diapasão, com base na lição de Paulo de Tarso Brandão, urge frisar que “para o momento de vigência da ordem constitucional” os direitos fundamentais “são absolutos, na medida em que não se submetem, e não podem se submeter, a qualquer forma de limitação que não a estabelecida em Norma Constitucional”.¹⁹

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais não colocam somente “problemas de ordem histórica ou temporal, mas também de ordem espacial”, sendo que, há muito “se tomou consciência da necessidade de proteger os direitos dos indivíduos para além das fronteiras dos Estados e das constituições nacionais”.²⁰

Destarte, necessário verificar primeiramente os aspectos históricos que deram

¹⁸ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 196.

¹⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ponderação de princípios e os mecanismos de limitação de direitos fundamentais no direito constitucional brasileiro: contribuição para o debate e para a atividade jurisdicional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017, p.189-190.

²⁰ SILVA, Vasco Pereira da. Na senda de Härbele: à procura do direito constitucional e do direito administrativo europeus. IN: SILVA, Vasco Pereira da; CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 85.

origem aos direitos fundamentais para, só então, tratar de sua definição.

1.1.1 Aspectos históricos dos direitos fundamentais

O direito natural, que desde o século XVII se desenvolve como uma força científica, deriva dos atos voluntários dos indivíduos, que antes do surgimento do Estado aparecem como seres livres, mantendo-se como iguais em meio a toda desigualdade natural no ato da fundação dos Estados. Liberdade e igualdade são, portanto, qualidades originárias e natas dos homens. Estas qualidades se concebem como direitos e assim nasce a doutrina dos direitos natos de igualdade e liberdade. Entretanto, a exigência de toda uma lista de direitos fundamentais especializados, que o Estado devia reconhecer expressamente, não se acha em parte alguma antes da Revolução americana.²¹

No período compreendido entre o século XIV e o século XVIII, que aliás o professor Gregório Peces-Barba denominou de *trânsito à modernidade*, gradativamente a sociedade “irá se transformando e preparando terreno para o surgimento dos direitos fundamentais”.²²

No *trânsito à modernidade* - que, ainda na concepção de Peces-Barba, consubstancia-se no período de mudança da Idade Média para a Moderna -, o indivíduo “reclamará sua liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, na passagem progressiva desde uma sociedade teocêntrica e estamental a uma sociedade antropocêntrica e individualista”.²³ Ainda no *trânsito à modernidade*:

[...] as estruturas do mundo medieval serão progressivamente substituídas por umas novas, ainda que algumas permanecerão até as revoluções liberais do século XVIII. Ao longo do período em questão é quando se formará a, chamada pelo professor Peces-Barba, filosofia dos direitos fundamentais como aproximação moderna da dignidade humana, em meio das feições características das mudanças que se influem e se entrelaçam. Estas se dariam resumidamente nos campos da economia, da política e da mudança de mentalidade. A profunda mudança na situação econômica, com

²¹ JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**. Traducción Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 126-128. Tradução livre.

²² GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. *Novos estudos jurídicos*, v. 10, n. 2, p. 417-450. Itajaí: jul./dez. 2005, p.420.

²³ GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. *Novos estudos jurídicos*, v. 10, n. 2, p. 417-450. Itajaí: jul./dez. 2005, p.420.

o surgimento e progressivo amadurecimento do capitalismo e com o crescente protagonismo da burguesia, favorecerá a mentalidade individualista diante da visão do homem em estamentos.²⁴

Foi nesse contexto que se iniciou a formação dos direitos fundamentais. Note-se que tais direitos “são conquistas históricas da humanidade” que só se formaram “a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano”.²⁵

No cenário nacional, nota-se uma íntima relação entre a evolução dos direitos fundamentais e as Constituições. Nas Constituições brasileiras de 1824 e 1891, “surgiram as declarações típicas do liberalismo”. “Às posteriores, agregaram-se os postulados do Estado Social e Constitucional de Direito, chegando-se hoje à mais extensa declaração de direitos já feita em um documento desse porte no País”.²⁶

Apresentados alguns aspectos históricos, passa-se agora à conceituação dos direitos fundamentais.

1.1.2 Definição de direitos fundamentais

Imperioso salientar, inicialmente, a definição de Luigi Ferrajoli para direitos fundamentais. Para ele, no plano teórico-jurídico, direitos fundamentais seriam direitos que estão adstritos a todos enquanto pessoas, ou enquanto cidadãos ou pessoas com capacidade de agir, e que são, portanto, indisponíveis e inalienáveis.²⁷

Percebe-se que esta definição na realidade aponta quem seriam os destinatários dos direitos fundamentais e não a definição do termo propriamente dito. Contudo, na mesma obra, FERRAJOLI aduz que os direitos fundamentais são leis do mais fraco como alternativa à lei do mais forte que governaria em sua ausência:

²⁴ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos estudos jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 417-450. Itajaí: jul./dez. 2005, p.421.

²⁵ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 194.

²⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2011, p.105.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 42. Tradução livre.

em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar os direitos de imunidade e de liberdade, contra o arbítrio do mais forte politicamente; em terceiro lugar os direitos sociais, que são direitos à sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.²⁸

Destarte, podemos afirmar que “os Direitos Fundamentais são conquistas históricas das sociedades que são plasmadas em Normas que os assegurem”. Atualmente, são nas normas constitucionais que os direitos fundamentais encontram pálio.²⁹

Por seu turno, Ulrich Beck magistralmente conceitua direitos fundamentais, conforme segue:

Direitos fundamentais são, nesse sentido, pontos decisivos para uma descentralização da política com efeitos amplificadores de longo prazo. Eles oferecem várias possibilidades de interpretação e, em situações históricas diversas, sempre novos pontos de partida para romper com interpretações restritivas e seletivas até então válidas. A mais recente variante desse aspecto verificou-se na *ampla ativação política dos cidadãos*, que, com uma diversidade de formas que ultrapassa todos os esquemas políticos habituais – de grupos de iniciativa, passando pelos assim chamados “novos movimentos sociais” até formas alternativas e críticas de atuação profissional (entre os médicos, químicos, físicos nucleares, etc.) -, usufruem, com urgência extraparlamentar, de seus direitos antes de mais nada formais e dão-lhes a vida que faz com que sejam algo pelo que lutar. Nessa medida, confere-se importância especial a essa ativação dos cidadãos para todos os temas possíveis justamente porque estão abertos a ela *também* os outros foros decisivos da subpolítica (jurisdição e esfera pública dos meios de comunicação) e porque – como mostra seu avanço – ela pode ser usada, ao menos pontualmente com bastante efetividade, precisamente para favorecer a percepção de seus interesses (na proteção do meio ambiente, no movimento contra a energia atômica, na proteção da privacidade).³⁰

Para FENSTERSEIFER, “os direitos fundamentais projetam um conjunto normativo complexo de direitos e deveres para as relações que se traçam tanto na órbita particular-Estado, quanto particular-particular, e mesmo Estado-Estado”.³¹

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 44. Tradução livre.

²⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ponderação de princípios e os mecanismos de limitação de direitos fundamentais no direito constitucional brasileiro: contribuição para o debate e para a atividade jurisdicional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017, p.190.

³⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: editora 34, 1986, p.290.

³¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 174.

Para Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, os direitos fundamentais “apresentam-se como elemento central que caracteriza o Estado Constitucional de Direito, não sendo exagero algum afirmar que a proteção a esses direitos constitui-se no principal objetivo de sua existência”.³²

Ingo Sarlet, por seu turno, preleciona que os direitos fundamentais seriam “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados”. Ou “todas as posições jurídicas concernentes às pessoas”, que migraram “da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”, mesmo que tacitamente ou de forma equiparada, para a constituição formal.³³

Ainda conforme SARLET, o que qualificaria determinado direito como fundamental “é precisamente a circunstância de que esta fundamentalidade é simultaneamente formal e material”.³⁴ Nesta esteira, o autor traz as diferenças entre a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material.

A fundamentalidade formal estaria atrelada ao direito constitucional positivo, “gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais”, bem como submetido aos limites formais e materiais. Outrossim, são “diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas” e “também os atores privados”.³⁵

Já a fundamentalidade material (ou em sentido material), por seu turno, “implica análise do conteúdo dos direitos”; “da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana”. O autor cita, a título de exemplo, que conquanto o direito à saúde esteja caracterizado como direito fundamental na Constituição brasileira (1988), o mesmo não ocorre na Constituição espanhola (1978); mesmo sabendo-se da importância da saúde, inerente inclusive ao direito à vida, optou-se por não enquadrá-lo como direito fundamental. Em outras palavras, no sentido jurídico-constitucional, para

³² OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2011, p. 97.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321-323.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321-322.

classificação do direito como fundamental, deve ser levada em conta a importância dada àquele bem pelo constituinte.³⁶

1.1.3 Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são classificados em gerações (ou dimensões, como preferem alguns autores). Conquanto a doutrina, tradicionalmente, arrole três gerações de direitos fundamentais, alguns autores optaram por elencar cinco dimensões.

A primeira geração (assim denominada, por terem sido os primeiros direitos a serem positivados) ou direitos de liberdade, englobam os direitos ecoados nas “Revoluções americana e francesa. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção de governantes, criando obrigações de não-fazer”. “Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião”, etc.³⁷

Pode-se dizer que os direitos de primeira dimensão, no final do século XVIII, “inaugurariam o constitucionalismo do Ocidente”. “Afirmam-se, portanto, como uma natureza negativa, como quer Jellinek, de modo a isolar juridicamente Sociedade e Estado, já que acabam por supervalorizar o homem singular”.³⁸

Já os direitos de segunda dimensão (ou segunda geração), por seu turno, “não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas”; “se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos”. Incluem-se no rol dos direitos de segunda geração: a saúde, a educação, a assistência social, etc.³⁹

Vale ressaltar que os direitos de segunda geração são conhecidos como sociais, “não pela perspectiva coletiva, mas sim pela busca de prestações sociais”. Surgiram “no desenvolvimento do Estado Social, como resposta aos movimentos

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 322-323.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 150.

³⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 233-234.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 151.

ideais e antiliberais”. São direitos “sociais, culturais e econômicos”.⁴⁰

Nesta senda, “supostamente, abraçariam a noção de igualdade dos indivíduos” de determinada sociedade, “recebendo previsão normativa nas Constituições marxistas e no Constitucionalismo da República de Weimar”.⁴¹

Veremos, com maior riqueza de detalhes e aprofundamento, os direitos sociais mais a frente neste estudo.

O surgimento de uma nova geração de direitos, a terceira geração ou dimensão, ocorreu por meados do século XX, após o término da Segunda Guerra Mundial, num período de muitas incertezas quanto ao futuro da humanidade.

Esta dimensão estaria baseada no princípio da fraternidade (ou como alguns autores sugerem, princípio da solidariedade). Trata-se “de direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de comunicação, no entender de Karel Vasak”.⁴²

Vale ressaltar que os direitos de terceira dimensão vem para consolidar o “princípio da solidariedade no plano jurídico-normativo, impulsionando uma nova feição para o Estado de Direito e reforçando a responsabilidade e participação ativa dos atores privados na consecução dos objetivos e valores jusfundamentais”.⁴³

No entendimento de Paulo Bonavides, haveriam ainda mais duas gerações de direitos fundamentais: a quarta e a quinta dimensões. O surgimento de uma quarta geração seria corolário do processo de globalização, e compreende “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”. Seus alicerces são o direito à democracia, informação e pluralismo. Há uma transferência do direito a paz (que outrora fora elencado como fundamento para direitos de terceira geração) para fundamentar uma quinta geração de direitos no início do século XXI. Devido à sua importância, o direito a paz foi elevado a um outro nível, se destacando com uma quinta geração de direitos.⁴⁴

⁴⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 234.

⁴¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 234.

⁴² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 234-235.

⁴³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 174.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual., São Paulo: Malheiros

1.1.4 Efetividade dos direitos fundamentais

Insta destacar que, no escólio de Peces-Barba, os direitos fundamentais são: 1) uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas ideias de liberdade e igualdade, com as nuances que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica, e construída por reflexão racional na história de mundo moderno, com os aportes sucessivos e integrados da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista [...]; 2) Um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos direitos fundamentais, o que supõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma, que possa obrigar a uns destinatários correlativos de obrigações jurídicas que se depreendem para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial [...]; 3) Em terceiro lugar, os direitos fundamentais são uma realidade social, quer dizer, atuante na vida social, e portanto condicionados em sua existência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade.⁴⁵

Diante destas três perspectivas elencadas por Peces-Barba, o professor Marcos Leite Garcia, sob o prisma da efetividade dos direitos fundamentais, assevera que a primeira perspectiva está vinculada à legitimidade/validade dos direitos; a segunda “com a legalidade, vigência ou possibilidade de positivação”; e a última “com a realidade social dos direitos, é dizer com o ambiente social necessário para sua real efetividade”.⁴⁶ E complementa mais a frente, de forma didática:

Por outra parte se a pretensão moral justificada é positivada, incluída como norma positiva, estaríamos diante de um direito fundamental. Se essa norma não é seguida de uma possibilidade de ser garantida judicialmente estaríamos diante de uma declaração ou uma mera carta de intenções. Para ser um direito fundamental tem de ser seguido de sua respectiva garantia. Assim estamos diante de um direito fundamental. Mas, porém se este direito fundamental não está de acordo com uma realidade social favorável para

Editores, 2010, p. 571-592.

⁴⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p.109-112. Tradução livre.

⁴⁶ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 196-197.

sua efetivação e o seu desenvolvimento, mesmo sendo uma pretensão moral justificada incluída como norma e tendo sua garantia, tais fatores contrários levam a não efetivação dos Direitos. Estaríamos diante de uns direitos fundamentais formais, formalmente constituídos ou ainda de direitos fundamentais simbólicos que servem de álibi para manter o status quo e os interesses de uma minoria ou cultura socialmente dominante [...]. Em contrapartida se os direitos fundamentais se desenvolvem de acordo com uma realidade social favorável, que os faz efetivos e desenvolvidos; estaríamos diante de direitos fundamentais substancialmente efetivos.⁴⁷

Destarte, percebe-se a importância da realidade social para se aferir a efetividade de determinado direito fundamental. Infelizmente, como aduz Marcos Leite Garcia, “o resultado prático é que muita demagogia se tem feito em nome dos direitos e assim a realidade da efetividade dos mesmos é uma lástima para grande parte dos seres humanos que habitam o planeta”.⁴⁸

Imperioso salientar que “o fato de se conferir a um direito uma perspectiva ou dimensão subjetiva revela a sua maior intensidade normativa, já que ao titular do direito é dada uma maior esfera de autonomia para torna-lo efetivo”. Aliás, é através desta dimensão subjetiva que permite ao indivíduo buscar todas as vias – inclusive a judicial – para buscar a efetividade de determinado direito fundamental.⁴⁹

Urge frisar o entendimento de Vasco Pereira da Silva, que assevera que os pressupostos tradicionais foram alterados em razão das modernas transformações do Direito Internacional Público, que se traduziram na consagração dos indivíduos como sujeitos autônomos das relações internacionais, aos quais a ordem jurídica internacional confere diretamente direitos subjetivos, assim como o acesso destes mesmos indivíduos a instâncias internacionais para a defesa de seus direitos.⁵⁰

Na mesma esteira é o escólio de Ingo Sarlet, que, inclusive, estende aos

⁴⁷ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 206.

⁴⁸ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 197.

⁴⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 175.

⁵⁰ SILVA, Vasco Pereira da. Na senda de Härbele: à procura do direito constitucional e do direito administrativo europeus. IN: SILVA, Vasco Pereira da; CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 86. Tradução livre.

direitos sociais, neste caso, o mesmo tratamento dispensado aos direitos fundamentais:

[...] das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador. Que tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica em desconsiderar as peculiaridades de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização, é ponto que voltará a ser referido e que aqui vai apenas anunciado.⁵¹

Aliás, em relação a efetividade dos direitos sociais, vale ressaltar a eficácia duvidosa observada nos primeiros anos de sua aparição. Isto se deve ao fato de que têm o condão de “exigir do Estado determinadas prestações materiais; o que nos remeteu à esfera das normas constitucionais programáticas”.⁵²

Somente em “sua segunda fase que foram assumidos como dotados de uma eficácia diversa, de modo que ainda pese a tese da eficácia imediata, podemos encontrar leituras que vão defender uma eficácia mediata”.⁵³

Curial enaltecer que os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais são complementares aos demais grupos de direitos fundamentais, como os de liberdade. “Quem não tem minimamente garantidos seus direitos sociais, não tem condições de desfrutar seus direitos de liberdade”. “A partir da efetivação substancial daqueles” é que é possível usufruir “com igualdade das liberdades”.⁵⁴

Percebe-se, com clareza solar, a “significativa parcela de responsabilidade na

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n.11. Salvador: set./out./nov. 2007, p.9.

⁵² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 234.

⁵³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 234.

⁵⁴ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e a questão da sustentabilidade: reflexões sobre direito à saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano. **Revista FSA**, Teresina, v.10, n.4, art.8, p.133-163, Out./Dez. 2013, p. 143.

efetivação dos Direitos Sociais” que têm os poderes públicos; cabendo-lhes, portanto, “disponibilizar aos cidadãos prestações de várias espécies, como saúde”, por exemplo, bem como as demais elencadas no rol de direitos sociais.⁵⁵

Neste diapasão, urge frisar o papel do Poder Judiciário na garantia e efetivação dos direitos fundamentais. De forma didática, Conrado Hübner Mendes assim preleciona:

Se a constituição é suprema, o legislador não pode editar leis ordinárias que a desrespeitem. Caberia à corte constitucional, portanto, monitorar a compatibilidade das leis com a constituição. Seria o único modo de submeter, afinal, o poder político ao direito. Supremacia constitucional, nesse sentido, equivale à supremacia judicial. Constituição sem revisão judicial seria como direito sem sanção, um mero conjunto de normas sem instrumentos de efetivação. Direitos fundamentais, para que tenham eficácia jurídica e sejam mais do que meros postulados morais, precisam do suporte judicial.⁵⁶

As normas constitucionais são preceitos; como tais, não se realizam automática e nem mecanicamente; são instrumentos e ferramentas para que as pessoas exerçam e reclamem seus direitos.⁵⁷

Na mesma esteira, Luiz Guilherme Marinoni magistralmente aduz que “quando da própria norma constitucional resulta que, para que o direito fundamental seja observado”, se faça necessário o cumprimento de determinada prestação, “nada impede que” seja exigido “o imediato cumprimento”, ainda que a questão possa ser apreciada pelo Judiciário.⁵⁸

É necessária uma drástica transformação estrutural das sociedades, não somente “do sistema jurídico, mas também da organização econômica”. “Além da questão ideológica, há uma questão institucional, e portanto não é simplesmente uma questão de má vontade (política), senão também de dificuldades objetivas”. O processo de implementação dos direitos sociais passa por estas mudanças.⁵⁹

⁵⁵ GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2015, p. 67.

⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75-76.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Pachamama y el humano**. Buenos Aires: 2011, p.54. Tradução livre.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1087.

⁵⁹ GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas

Urge frisar que, a respeito da garantia e efetividade de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, tais temas serão tratados com maior amplitude nos capítulos subsequentes desta dissertação.

1.1.5 Neoconstitucionalismo

Não se pode falar em neoconstitucionalismo, aliás tema central deste subcapítulo, sem perquirir as suas raízes: o constitucionalismo. É válido salientar, portanto, as origens e o conceito do Constitucionalismo.

Para Nicola Matteucci, constitucionalismo consiste na reflexão sobre alguns princípios jurídicos que permitem à Constituição assegurar, em diversos contextos, a melhor ordem política.⁶⁰ Por seu turno, Karl Loewenstein aduz que constitucionalismo se consubstancia na busca pelo homem das limitações do poder absoluto, como esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade.⁶¹

Na concepção de CANOTILHO, constitucionalismo seria a ideologia do governo limitado, imprescindível para a garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política e social de uma sociedade. Desta forma, a Constituição não pode se limitar a mecanismo estruturador do Estado, ao passo que deve vincular os Poderes na concretização dos clamores sociais, através da implementação de políticas públicas.⁶²

Curial enaltecer que, durante a Idade Média, foram observados os primeiros traços de constituição, como expressão de organização e regras fundamentadas pelos costumes do povo. Nesta senda é o escólio de Dalmo de Abreu Dallari:

O constitucionalismo nasceu durante as disputas medievais pelo predomínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região. Entre os povos da Antiguidade, sobretudo na Grécia e em Roma, houve a proclamação de regras de organização política e a afirmação de legitimidade de governantes, mas em cada situação se

consequências para a teoria contemporânea dos Direitos Humanos. Diálogo entre Marcos Leite Garcia e Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jurs, 2006, p. 16.

⁶⁰ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 260. Tradução livre.

⁶¹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1976, p. 213. Tradução livre.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 247. Tradução livre.

dependia das circunstâncias de fato. Não se chegou ao reconhecimento de um sistema normativo estabelecido a partir das relações sociais historicamente estabelecidas, definindo a organização social e política de um povo baseada em precedentes históricos e buscando continuidade. A situação de conflito e instabilidade que se estabeleceu no território que seria mais tarde o espaço europeu inspirou a busca de reconhecimento do espaço de conveniência de cada povo, com suas próprias regras de organização e de governo, ou seja, com sua constituição tradicional. Assim nasceu a Constituição costumeira, que aos poucos foi sendo reconhecida como fato e como direito, passando a ser invocada como base e fundamento da organização social, dos direitos individuais e do poder político. A consciência da existência de uma constituição, como expressão da individualidade e da história de um povo, surgiu e se desenvolveu no quadro das lutas contra o Absolutismo, tendo papel de extrema relevância na busca de redução ou eliminação de fatores de dominação e na luta pela abolição de privilégios. Muitos séculos depois, passando por várias etapas, se fará a ligação entre Constituição e Estado, mas bem antes disso já se tinha tomado consciência da necessidade da Constituição para a existência de um povo livre, no qual a organização social e a convivência sejam baseadas na justiça.⁶³

Conquanto haja alguns traços de Constitucionalismo no estado medieval, a formação do Constitucionalismo moderno iniciou-se com as chamadas *revoluções liberais*, com destaque para a revolução francesa, no século XVIII. Nesta época surgiu a “prática de declarar direitos em cartas constitucionais”. Os anseios sociais foram resultando na concepção de direitos fundamentais; acreditava-se que tais direitos, quando registrados em Constituições, implicavam “proteção suficiente para criar uma sociedade livre das barbáries ocorridas ao longo dos anos”.⁶⁴

Neste diapasão, Conrado Hübner Mendes assevera que o constitucionalismo “pretende combater a arbitrariedade e o abuso de poder por meio da institucionalização de um ‘governo das leis, não dos homens’, ou, em outras palavras, de um governo da razão”.⁶⁵

Mais adiante, tem origem uma nova abordagem a respeito da Constituição, conforme assevera DALLARI:

Uma nova teorização sobre a Constituição vai surgir depois da primeira guerra mundial, quando o mundo assiste a transformações políticas

⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45-46.

⁶⁴ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2011, p.113.

⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75-76.

fundamentais, ocorre a revolução operária na Rússia, em 1917, e as questões do Direito e da Justiça ganham nova ênfase. É nesse quadro que, na década de XX, vai ser desenvolvida e ganhará grande autoridade a teoria constitucional de Hans Kelsen. Participando da elaboração da Constituição da Áustria, Kelsen havia tido a oportunidade de expor e aplicar, em parte, sua teoria da Constituição, que foi, desde então, bastante desenvolvida e acabou sendo exposta, em sua última versão, na obra intitulada *Teoria pura do Direito*, publicada em 1934. [...] na teoria de Kelsen a construção do sistema jurídico-normativo tem sua base numa “norma fundamental hipotética”, que pode ser interpretada como sendo a ideia de justiça vigente na sociedade. O conjunto de regras costumeiras e os comportamentos geralmente admitidos como justos e bons compõem uma Constituição, que é denominada abstrata ou teórica por ter existência, num primeiro momento, na consciência das pessoas. Com base nela é que o legislador deverá estabelecer um conjunto de regras, compondo o sistema jurídico-normativo superior.⁶⁶

De forma sucinta, pode-se afirmar que o constitucionalismo tem perseguido, “desde os fins do século XVIII”, uma “limitação do poder, aliada ao esforço de se estabelecer uma justificativa espiritual, moral, sociológica, política, filosófica e jurídica para o exercício da autoridade”.⁶⁷

Insta destacar que o constitucionalismo é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. Nesta senda é o escólio de MENDES:

Com o advento da modernidade, o ideal do estado de direito tornou-se mais robusto e passou praticamente a confundir-se com o constitucionalismo. O poder político, assim, subordina-se a uma constituição, norma superior que deve ser obedecida por todos. Mais do que simplesmente evitar a arbitrariedade, a constituição também almeja propiciar certeza, previsibilidade e capacidade de planejamento, condições necessárias para o gozo da liberdade.⁶⁸

Ocorre que após a Segunda Guerra Mundial, propagou-se a ideia de “Constituição como norma jurídica superior”, ao passo que implicou transposição aos “sistemas jurídicos positivos dos Estados, dando-lhes eficácia jurídica, os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos”.⁶⁹

Ainda conforme os ensinamentos de DALLARI:

O novo constitucionalismo tem como uma de suas características básicas a

⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 305.

⁶⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66.

⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75-76.

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 306.

amplitude praticamente universal. Com efeito, o reconhecimento da importância da Constituição na vida de um povo e sua incorporação ao aparato jurídico-político manteve-se limitado, até o final da primeira metade do século XX, aos Estados europeus e a outros, de fora da Europa, que receberam a influência europeia por via de relações coloniais, como aconteceu no Brasil e em outros Estados da América Latina. Em raros casos se registra a adoção de uma Constituição fora desse contexto, e quando isso ocorreu foi numa perspectiva exclusivamente política e sem que as disposições constitucionais exercessem influência nas relações jurídicas. Esse fenômeno ocorreu no Japão, que por isso mesmo é um dos mais expressivos testemunhos da universalização do constitucionalismo nas últimas décadas, devendo ser ressaltado.⁷⁰

Surge então o chamado neoconstitucionalismo, que pretende explicar este conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir a partir da década de setenta. São constituições que não se limitam a estabelecer competências ou separar os poderes públicos, mas que contém altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. Como exemplo, temos a Constituição espanhola de 1978 e a brasileira de 1988. O neoconstitucionalismo pretende converter o Estado de Direito no Estado Constitucional de Direito.⁷¹

O neoconstitucionalismo caracteriza-se pela “existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos”, e há “a consagração daquelas ideias pós-positivistas, propostas na etapa do constitucionalismo moderno”.⁷²

Vale ressaltar que uma das características do neoconstitucionalismo é justamente a inclusão, nos textos constitucionais, de um conjunto de direitos (como, por exemplo, os políticos, civis e sociais), que podem ser observados na Constituição Federal de 1988.

Assim, a Constituição tem se convertido em um direito codificado, mas modificado de forma difusa e não de forma concreta, que tem em si mesmo o valor de ser a única garantia dos direitos humanos. Precisamente, a essência do neoconstitucionalismo consiste e consistirá em desempenhar a função de garantir os

⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 293.

⁷¹ VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 17. Tradução livre.

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

direitos fundamentais.⁷³

No escólio de Humberto Ávila, neoconstitucionalismo se consubstancia em um “movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional”⁷⁴, dos quais pode-se arrolar as seguintes mudanças:

[...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei). [...] as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação.⁷⁵

Nesta senda, o neoconstitucionalismo – que tem como objetivo principal “proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo” de valorização do texto constitucional - “se apresenta voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito”.⁷⁶

Não se pode olvidar que o estado constitucional contemporâneo é multicultural e tem que acomodar diferentes cosmovisões e formas de organização da vida.⁷⁷

Neste diapasão, as novas Constituições “promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o

⁷³ PALLÍN, José Antonio Martín. Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 64. Tradução livre.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17. Salvador: jan./fev./mar. de 2009, p. 1-2.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17. Salvador: jan./fev./mar. de 2009, p. 1-2.

⁷⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Orgs.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Coleção principiologica constitucional e política do direito. TOMO 01. p.206-226. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 215.

⁷⁷ CARBONELL, Miguel. Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 51. Tradução livre.

qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁷⁸

Como corolário, os textos constitucionais adquiriram uma composição nova, se caracterizando por “normas programáticas, princípios e conceitos indeterminados, mais do que regras claramente (ou pretensamente) delimitadas e precisas”. Além disso, “albergam ampla margem de interpretação”, em função de seu caráter, que abre margem para diferentes interpretações.⁷⁹

Ou seja, é no “constitucionalismo do Estado Social que podemos registrar o surgimento das chamadas *normas programáticas* que irão dispor sobre os direitos sociais e os direitos econômicos, principalmente, buscando dar-lhes efetivação”.⁸⁰

Aliás, “a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica” somente quando as Constituições começaram a positivação dos direitos sociais, econômicos e culturais “como elementos *socioideológicos* que revelam o caráter de compromisso das constituições contemporâneas”.⁸¹

Pode-se afirmar que estas novas constituições são “mais ambiciosas, que incorporam direitos sociais e normas programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais”.⁸² Por exemplo, na nova Constituição do Equador (2008) constam os chamados *Derechos del Buen Vivir*, dentro dos quais se incluem uma ampla variedade de direitos sociais (tais como à alimentação, ambiente são, água, comunicação, educação, moradia, saúde, energia, etc).⁸³

Neste diapasão, Lênio Streck assevera que, na seara do direito e da filosofia, uma das marcas do século XX é um “constitucionalismo compromissório e principiológico, de natureza diretiva, voltado para as transformações sociais e ao

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. , atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 269.

⁷⁹ BARRETO, Alvaro Augusto de Borba; GRAEFF, Caroline Bianca. Judicialização da política: arqueologia de um conceito. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016, p. 569-570.

⁸⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 54.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 137.

⁸² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v.6, n.2, p.122.

⁸³ GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. In: ROJAS, Mariano (Org.). **La medición del progreso y del bienestar**. Propuestas desde América Latina, p.106. Tradução livre.

resgate das promessas não cumpridas da modernidade”.⁸⁴

De forma didática, Elival da Silva Ramos magistralmente preleciona que, com o êxito do (neo)constitucionalismo, o Estado de Direito “tornou-se sinônimo de Estado constitucional” de Direito.⁸⁵

Ocorre que no Estado Constitucional de Direito “as normas jurídicas não se sustentam apenas pela observância dos aspectos formais ditados pelos textos constitucionais. Necessitam também guardar compatibilidade material”, em função do incremento das funções político-sociais e jurídicas das normas constitucionais.⁸⁶

Nesta esteira, aumenta o protagonismo dos direitos fundamentais, ao passo que estes se consubstanciam como elemento central dos textos constitucionais; “não mais havendo uma preocupação única e exclusiva com sua declaração, mas também – e principalmente – com sua concretização”.⁸⁷

Uma das consequências do neoconstitucionalismo foi o fortalecimento e o aumento do protagonismo do Poder Judiciário, justamente no intuito de garantir a observação dos direitos fundamentais e sociais consagrados nos textos constitucionais. Aliás, na busca pela efetividade dos direitos tutelados constitucionalmente, o Ativismo Judicial se mostrará imprescindível, conforme será melhor analisado nos capítulos subsequentes.

1.2 DIREITOS SOCIAIS

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão), são comumente chamados de direitos sociais. Vale ressaltar que a

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. Mut(ili)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.209.

⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. Sarava: 2015, p. 111.

⁸⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2011, p.111.

⁸⁷ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2011, p.111.

doutrina não é uníssona em reconhecer os direitos sociais como direitos fundamentais. Aliás, na Constituição de alguns países os direitos sociais não são equiparados aos direitos fundamentais, recebendo tratamento diferenciado em relação a estes.

Para a corrente neoliberal, somente os direitos de liberdade seriam direitos fundamentais, negando “o fundamento dos direitos sociais como direitos fundamentais constitucionalizáveis e exigíveis”, sob “a tese da inexigibilidade judicial intrínseca dos direitos sociais”. Considerando que não “há diferença nem hierarquia” entre as dimensões de direitos fundamentais, esta tese perde um pouco o sentido.⁸⁸

Sem embargo, presumindo-se que os direitos sociais sejam direitos fundamentais, nota-se *uma posição de vanguarda da Constituição Federal de 1988* frente a Constituições de outros países, pois conferiu aos direitos sociais a mesma supremacia normativa de que gozam os direitos fundamentais. O que se observa em outros países é que, conquanto os direitos sociais estejam presentes nos textos constitucionais, os mesmos não possuem a mesma eficácia dos fundamentais. Tal “limitação de eficácia” seria consequência de uma “densidade normativa” mais baixa de seus preceitos, exigindo “uma prévia atuação do legislador” para alcançarem sua eficácia “no sentido de posições subjetivas exigíveis em face do Estado”.⁸⁹

É válido destacar que, na Constituição Federal de 1988, os direitos sociais não se limitam aos arrolados no art. 6º, “abrangendo também, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF, direitos e garantias de caráter implícito, bem como direitos positivados em outras partes do texto constitucional” ou “previstos em tratados internacionais”.⁹⁰

1.2.1 Aspectos históricos dos direitos sociais

No curso do século XIX, surgem os direitos de segunda geração (ou dimensão), os chamados direitos sociais ou ainda direitos fundamentais sociais.

⁸⁸ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e a questão da sustentabilidade: reflexões sobre direito à saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano. **Revista FSA**, Teresina, v.10, n.4, art.8, p.133-163, Out./Dez. 2013, p. 142.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 597.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 601.

Insta salientar, inicialmente, que há uma grande diferença entre o sujeito dos direitos sociais próprio do século XX e a imagem do trabalhador do século XIX, que tinha escassa ou nenhuma qualificação, que recém havia migrado do campo para a cidade, que tinha uma família numerosa pela ausência de métodos de controle de natalidade e que necessitava da proteção das regras que logo iriam desenvolver-se em termo de ingresso e estabilidade laboral.⁹¹

Neste contexto, os primeiros sistemas de proteção social só apareceram com o advento da sociedade capitalista, através de sistemas de ajuda mútua criados pelos trabalhadores da indústria, baseados na contribuição voluntária dos próprios trabalhadores, para situações de desemprego, doença, morte e velhice.⁹²

Neste período, não se percebia nenhuma ação estatal em prol dos direitos dos trabalhadores. Muito pelo contrário, o estado era um instrumento de opressão dos trabalhadores e das classes menos favorecidas. Ocorre que, algum tempo depois, alguns empresários começaram a se preocupar com a situação, no intuito de preservar a força de trabalho e manter a atividade laboral de seus trabalhadores.

Aliás, somente com o advento do século XX é que se começa a perceber uma atuação estatal em prol dos direitos sociais.

Vale ressaltar que a positivação dos direitos sociais - direitos econômicos, sociais e culturais – teve início “a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919”, que foi justamente quando “os direitos humanos se generalizaram, se tornaram extensivos, a todos os membros da Sociedade.”⁹³

Aliás, Paulo Bonavides entende que o advento dos direitos sociais implicou em alterações significativas na perspectiva dos direitos fundamentais, que passaram a ser entendidos sob o prisma de uma atuação positiva por parte do Estado.⁹⁴

Imperioso salientar o contexto em que são formados os direitos sociais:

O descaso para com os problemas sociais [...] associado às pressões

⁹¹ CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justificabilidad directa**. México: Editorial Flores, 2014, p. 7. Tradução livre.

⁹² CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

⁹³ GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas consequências para a teoria contemporânea dos Direitos Humanos. Diálogo entre Marcos Leite Garcia e Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2006, p. 11.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 388.

decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais.⁹⁵

Os direitos sociais seriam direitos tardios, que se reconheceram na segunda metade do século XX, uma vez satisfeitos os direitos civis e políticos. A história moderna dos direitos sociais se inscreve em um longo período que começa com as grandes revoluções sociais de meados do século XIX, se estende de maneira vigorosa no último terço desse século e se estabiliza no segundo pós-guerra do século XX. Junto a esta “história” propriamente dita é possível detectar, assim mesmo, uma rica “pré-história”, tanto de políticas institucionais dirigidas a resolver situações de pobreza e exclusão social como de lutas pela subsistência e segurança material. Esta pré-história remonta a muito antes do surgimento do Estado moderno e guarda uma certa familiaridade com algumas reivindicações contemporâneas em matéria de direitos sociais.⁹⁶

Imperioso destacar que, em meados do século XIX, o Estado Liberal, começa a ceder às “pressões de destacada camada da Sociedade” e “passa a tomar para si atribuições de natureza positiva”, concedendo “benefícios sociais, bem como intervindo na ordem econômica” em favor dos indivíduos integrantes da sociedade.⁹⁷

Sem embargo, no modelo de Estado social, os poderes públicos deixam de ser percebidos como inimigos dos direitos fundamentais e começam a tomar, pelo contrário, o papel de promotores destes direitos, sobretudo dos de caráter social. Se entende agora que também a concentração da riqueza e o avanço tecnológico não

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 150-151.

⁹⁶ PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 19-20. Tradução livre.

⁹⁷ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; MARCOS, Rudson. Da formação do estado de direito à concretização da democracia substancial: diálogo com os postulados democráticos idealizados por Luigi Ferrajoli. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 19.

sujeitos a regras podem vulnerar os direitos fundamentais.⁹⁸

É válido apontar que a classe trabalhadora se mostrava bastante insatisfeita com “a extenuante jornada de trabalho, a inexistência de um salário mínimo, férias ou qualquer descanso regular, somados à exploração do trabalho infantil”, etc, ao passo que, foi neste cenário que a classe trabalhadora começou a se organizar para “reivindicar direitos e condições mais dignas e razoáveis”.⁹⁹

É cediço que os direitos sociais são “uma conquista da socialdemocracia e, portanto [...] de certo marxismo. A esse fundo marxista do mundo contemporâneo lhe devemos muitos direitos sociais que hoje temos [...] nas sociedades capitalistas”.¹⁰⁰

Em outras palavras, o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão, ocorreu por exigência dos trabalhadores e pela ameaça de levantes comunistas. A “injustiça social e a exploração do homem” “não mais podia ser escondidas debaixo do tapete do discurso ideológico liberal”; “uma menos injusta distribuição de encargos e riquezas [...] era conveniente ao propósito de acumulação de capital”.¹⁰¹

É neste contexto que é concebido o *Welfare State* no qual se persegue a “promoção de maior igualdade social e melhores condições de trabalho, além de se comprometer a garantir os direitos econômicos, sociais e culturais, que são aqueles relacionados às necessidades primárias dos seres humanos”.¹⁰²

Pode-se definir o *Welfare State* ou o Estado de Bem-estar social como movimento “da luta de classes havidas entre os operários e a burguesia” que “fez o Estado Social assumir para si, a consecução de prestações sociais positivas e a intervenção na ordem econômica”.¹⁰³

⁹⁸ CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidad directa**. México: Editorial Flores, 2014, p. 13. Tradução livre.

⁹⁹ GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. **Administração Pública, ativismo judicial e direito fundamental à saúde: considerações gerais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b20fa060328b0cdf>>. Acesso em: 15/12/2017.

¹⁰⁰ GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas consequências para a teoria contemporânea dos Direitos Humanos. Diálogo entre Marcos Leite Garcia e Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 13.

¹⁰¹ SAVARIS, José Antonio. **A dignidade de conquista dos direitos sociais: injustiças não nascem em árvores**. Disponível em: < <http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2013/07/artigo-dignidade-de-conquista-dos.html>>. Acesso em: 01/01/2018.

¹⁰² GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. **Administração Pública, ativismo judicial e direito fundamental à saúde: considerações gerais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b20fa060328b0cdf>>. Acesso em: 15/12/2017.

¹⁰³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; MARCOS, Rudson. Da formação do estado de direito à concretização da democracia substancial: diálogo com os postulados democráticos

Em outras palavras, “o *Welfare state* seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração”.¹⁰⁴

Mister salientar que o *Welfare State* ou Estado de bem-estar, pode ser visto sob duas perspectivas: “é a conquista dos que dependem do trabalho para sobreviver. De outro ângulo, é uma conveniente condescendência dos donos do poder”.¹⁰⁵

Nesta mesma linha é o escólio de Zygmunt Bauman, que magistralmente preleciona:

Poucos de nós se lembram hoje de que o estado de bem-estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os *temporariamente* inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo... Os dispositivos da previdência eram então considerados uma rede de segurança, estendida pela comunidade como um todo, sob cada um dos seus membros – a todos fornecendo a coragem para enfrentar o desafio da vida, de modo que cada vez menos membros precisassem algum dia de utilizá-la e os que o fizessem a utilizassem com frequência cada vez menor. A comunidade assumia a responsabilidade de garantir que os desempregados tivessem saúde e habilidades suficientes para se reempregar e de resguardá-los dos temporários soluços e caprichos das vicissitudes da sorte. O estado de bem-estar não era concebido como uma *caridade*, mas como um *direito* do cidadão, e não com o fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de *seguro coletivo*. (Quem considera o pagamento de uma companhia de seguros de vida, ou de imóveis, caridade ou donativo?) [...] Isso era verdade – ou *poderia* ser – na época em que a *indústria* proporcionava trabalho, subsistência e segurança à maioria da população. O estado de bem-estar tinha de arcar com os custos marginais da corrida do capital pelo lucro, e tornar a mão-de-obra deixada para trás novamente empregável – um esforço que o próprio capital não empreenderia ou não poderia empreender. Hoje, com um crescente setor da população que provavelmente nunca reingressará na produção e que, portanto, não apresenta interesse presente ou futuro para os que dirigem a economia, a “margem” já não é marginal e o colapso das vantagens do capital ainda o faz parecer menos marginal – maior, mais inconveniente e embaraçoso – do que o é. A nova perspectiva se expressa na frase da moda: “Estado de bem-estar? Já não podemos custeá-lo”...¹⁰⁶

idealizados por Lujgi Ferrajoli. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 20.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 142.

¹⁰⁵ SAVARIS, José Antonio. **A dignidade de conquista dos direitos sociais: injustiças não nascem em árvores**. Disponível em: < <http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2013/07/artigo-dignidade-de-conquista-dos.html>>. Acesso em: 01/01/2018.

¹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p.51.

Vale ressaltar que no Brasil os direitos sociais são positivados somente na Constituição Federal de 1934. Há uma “perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade”.¹⁰⁷

Após este breve histórico, sem a pretensão de esgotar o assunto, verifica-se adiante a definição de direitos sociais.

1.2.2 Definição de direitos sociais

Hoje em dia não é possível afirmar que uma pessoa tem direitos quando suas necessidades básicas estão insatisfeitas, tem que viver como escravo ou alugar sua energia laboral. Para que as chamadas liberdades de primeira geração sejam possíveis e viáveis, sem mera retórica, é necessária a satisfação de certas necessidades básicas. E parece que a isso atende esse segundo paradigma da dignidade humana que se consubstancia nos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁰⁸

Numa primeira definição, direitos sociais se consubstanciarão nas “liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”; cabendo “aos Poderes Públicos melhorar a vida humana”.¹⁰⁹

Mister destacar o escólio de Robert Alexy, no tocante aos direitos sociais:

Os direitos sociais, longe de interditar uma atividade do Estado, a pressupõem. Indicam, em regra, a necessidade de intervenção estatal visando ao fornecimento de certos bens essenciais, que poderiam ser obtidos pelo indivíduo, junto a particulares, caso dispusesse de meios financeiros suficientes e encontrasse uma oferta adequada no mercado.¹¹⁰

¹⁰⁷ GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. **Administração Pública, ativismo judicial e direito fundamental à saúde: considerações gerias**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b20fa060328b0cdf>>. Acesso em: 15/12/2017.

¹⁰⁸ DÍAZ, Carlos Gaviria. Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p.75. Tradução livre.

¹⁰⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 809.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 465. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

Direitos sociais, na concepção de José Afonso da Silva, consistem em “prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”; e que buscam “a igualização de situações sociais desiguais”.¹¹¹

Na concepção de Vidal Serrano Nunes Júnior, os direitos sociais teriam como principal desígnio “assegurar dignidade material a todos, buscando neste ponto, a igualdade entre as pessoas”.¹¹²

Por seu turno, Andreas Joachim Krell aduz que “os direitos fundamentais sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *por meio* do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais”.¹¹³

No entendimento de André Ramos Tavares, os direitos sociais, aliás também denominados direitos à prestação ou ainda direitos prestacionais, consistem naqueles “que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”.¹¹⁴

Não se pode olvidar o entendimento de Dworkin, segundo o qual os direitos sociais seriam “programas políticos que o Estado deve implementar”.¹¹⁵

Não é raro encontrar opiniões que, negando todo valor jurídico, classificam os direitos sociais como meras declarações de boas intenções, de compromisso político. Ainda que se aceite a privilegiada hierarquia normativa das constituições ou dos tratados internacionais, os instrumentos que estabelecem direitos sociais (ou direitos econômicos, sociais e culturais) são considerados documentos de caráter político antes que catálogos de obrigações jurídicas para o Estado, diferentemente

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 285.

¹¹² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 108.

¹¹³ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, n. 144, ano 36. Brasília: out. /dez. 1999, p. 240.

¹¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 717.

¹¹⁵ GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas consequências para a teoria contemporânea dos Direitos Humanos. Diálogo entre Marcos Leite Garcia e Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2006, p. 14.

da grande maioria dos direitos civis e políticos. De acordo com esta visão, estes últimos são os únicos direitos civis e políticos que gerariam prerrogativas para os particulares e obrigações para o Estado, sendo exigíveis judicialmente. Entretanto, ABRAMOVICH e COURTIS entendem que a adoção de normas constitucionais ou tratados internacionais que consagram direitos sociais geram obrigações concretas ao Estado; que – assumindo suas particularidades – muitas destas obrigações resultam exigíveis judicialmente, e que o Estado não pode justificar seu descumprimento manifestando que não teve intenções de assumir uma obrigação jurídica, mas simplesmente de realizar uma declaração de boas intenções políticas.¹¹⁶

Neste sentido, quando se incorpora ao texto constitucional o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia digna, simultaneamente, se realiza um inventário, um escrutínio de carências, que devem ser satisfeitas em benefício dos direitos de primeira geração ou que, dentro da terminologia mais adequada, correspondem a um primeiro paradigma da dignidade humana.¹¹⁷

Habitualmente, os direitos sociais se apresentam como expectativas ligadas à satisfação de necessidades básicas das pessoas em âmbitos como o trabalho, a moradia, a saúde, a alimentação ou a educação. Para os poderes públicos, e inclusive para os particulares, o reconhecimento destas expectativas em constituições e tratados internacionais comporta obrigações positivas e negativas, de fazer e não fazer, ligadas à satisfação das mesmas.¹¹⁸

Mister salientar que “os direitos sociais, assim como os direitos e as liberdades individuais, implicam tanto direitos de prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos)”.¹¹⁹

Tanto os direitos civis e políticos, como os econômicos, sociais e culturais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas. As obrigações

¹¹⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 19-20. Tradução livre.

¹¹⁷ DÍAZ, Carlos Gaviria. Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p.75. Tradução livre.

¹¹⁸ PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 11. Tradução livre.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002/2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

negativas tratam das obrigações de abster-se de realizar certa atividade por parte do Estado. Assim, não impedir a expressão ou a difusão de ideias, não violar a correspondência, não deter arbitrariamente, não impedir uma pessoa de sindicalizar-se, não piorar o estado de saúde da população, não impedir o acesso à educação, etc.¹²⁰

De acordo com esta posição, as obrigações negativas consistem em um não fazer por parte do Estado: não deter arbitrariamente as pessoas, não aplicar penas sem juízo prévio, não restringir a liberdade de expressão, não violar a correspondência nem os papéis privados, não interferir na propriedade privada, etc. Pelo contrário, a estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizaria por obrigar o Estado a fazer, quer dizer, brindar prestações positivas: prover serviços de saúde, assegurar a educação, sustentar o patrimônio cultural e artístico da comunidade. No primeiro caso, bastaria limitar a atividade do Estado, proibindo sua atuação em algumas áreas. No segundo, o Estado deveria necessariamente distribuir recursos para levar a cabo as prestações positivas que se exigem.¹²¹

Neste sentido, Ingo Sarlet magistralmente aduz que os direitos sociais “podem assumir tanto a condição de ‘liberdade sociais’” (direito de sindicalização e de greve) “quanto a forma de direitos a prestações” (saúde, moradia, educação e alguns direitos trabalhistas, como, por exemplo, salário mínimo e férias remunerada), “sem prejuízo, também nesses casos, de uma dimensão defensiva (negativa)”.¹²² O direito à saúde, por exemplo, não pode reduzir-se ao outorgamento estatal de medicamentos gratuitos ou a baixo preço, já que inclui, também, deveres negativos, como o de não contaminação ou não comercialização de produtos em mal estado.¹²³

Na concepção de Canotilho, os direitos sociais possuem como características: “a) *gradatividade* ou gradualidade na sua realização; b) dependência financeira” do orçamento estatal; c) liberdade de definição pelo legislador em relação às políticas

¹²⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 32. Tradução livre.

¹²¹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 21-23). Tradução livre.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 608.

¹²³ PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 61. Tradução livre.

públicas; d) não estão submetidos ao controle jurisdicional os programas político-legislativos, salvo nas situações em que “estes se mostram em clara contradição com as normas constitucionais ou quando manifestamente desarrazoados”.¹²⁴

Gilmar Mendes assevera que “a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social fez parte da doutrina defender que as normas que consagram tais direitos assumam a feição de normas programáticas”. Ou seja, para que se tornem exigíveis, mister que se consubstanciem em políticas públicas.¹²⁵

Neste diapasão, Daniel Sarmiento classifica como contrassenso atrelar a eficácia dos direitos sociais a questões orçamentárias. Depreende-se do texto constitucional que os direitos sociais são direitos fundamentais, ao passo que seriam “trunfos que se impõem mesmo contra a vontade das maiorias de ocasião”. Não se deve “permitir que o legislador frustrasse a possibilidade de efetivação dos direitos sociais, ao não alocar no orçamento as verbas necessárias para sua fruição”.¹²⁶

Os direitos sociais devem ser entendidos como direitos plenamente exigíveis frente a todas as autoridades do Estado, em todos os níveis de governo. A plena exigibilidade requer a criação de uma sólida teoria dos direitos sociais, assim como a colocação em marcha de novos mecanismos processuais ou do melhoramento dos existentes. Em outras palavras, os direitos sociais, para serem realizados, requerem uma certa organização estatal, necessitam de apoio social, de um conjunto de atitudes cívicas e um compromisso democrático sério.¹²⁷

Não obstante as dificuldades para efetivação dos direitos sociais tutelados constitucionalmente, há alguns movimentos “na contra-mão” e tentando mitigar esta importante conquista da civilização.

O que se percebe, nas últimas décadas, é que, principalmente nos países ocidentais, os direitos sociais têm sido alvos de “ataques e restrições crescentes por

¹²⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 463.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002/2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Disponível em: < <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 20/12/2017.

¹²⁷ CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justificabilidad directa**. México: Editorial Flores, 2014, p. 20-24. Tradução livre.

parte de políticos considerados liberais”, no intuito de incluir em pauta de discussão e colocar em risco, inclusive, sua positivação como norma constitucional (o que, como se sabe, foi conquistada com grandes dificuldades).¹²⁸

Neste diapasão é a concepção de Zygmunt Bauman, que assim preleciona:

O desmantelamento – não só do dispositivo do bem-estar, mas de tudo o que restou do New Deal americano – está hoje em pleno curso. De um lado, a nova maioria congressista quer que as jovens mães solteiras sejam privadas do auxílio mensal de 377 dólares e quer enviar seus filhos a orfanatos – o que confirma simbolicamente a criminalidade e a inadequação social das mães. De outro, no alto da agenda da reforma legal está a revogação dos últimos embaraços colocados às atividades bancárias e a inserção de “flexibilidade” nas leis antipoluição, que torna mais difícil o recurso contra procedimentos das empresas. A radical privatização do destino acompanha aceleradamente a radical desregulamentação da indústria e das finanças. [...] de maneira gradual mas inexorável, torna-se um axioma do discurso público que tudo o que economicamente “tem sentido” não necessita de apoio de nenhum outro sentido – político, social ou categoricamente humano. Num mundo em que os principais atores já não são estados-nações democraticamente controlados, mas conglomerados financeiros não-eleitos, desobrigados e radicalmente desencaixados, a questão da maior lucratividade e competitividade invalida e torna ilegítimas todas as outras questões, antes que se tenha tempo e vontade de indagá-las.¹²⁹

Ainda nesta esteira, no escólio de Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli, urge ressaltar que há duas alternativas que podem ser escolhidos pelo Estado: ou permanece fortalecido, dando efetividade aos direitos fundamentais e sociais amparados pelo ordenamento jurídico; ou sucumbe à pressão exercida pelos grandes grupos empresariais que almejam o livre mercado, a flexibilização das leis trabalhistas e outras medidas que têm como possíveis consequências o fechamento de fábricas e postos de trabalho. Ocorre que os aspectos econômicos acabam sempre pesando mais na balança do que a proteção aos direitos sociais, pelo menos na visão do Estado.¹³⁰

Vale ressaltar que, mais adiante neste estudo, serão analisados os meios de

¹²⁸ GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e a questão da sustentabilidade: reflexões sobre direito à saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano**. Revista FSA, Teresina, v.10, n.4, art.8, p.133-163, Out./Dez. 2013, p. 140.

¹²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 60-61.

¹³⁰ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do planejamento e da execução de políticas públicas pelo estado brasileiro, voltadas ao alcance do bem-comum, no cenário da globalização econômica. IN: PASOLD, Cesar Luis (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 49.

se garantir os direitos sociais, mais especificamente o direito à saúde.

Finalizada esta breve definição em relação aos direitos sociais, passa-se agora a circunspeção do direito à saúde.

1.3 DIREITO À SAÚDE

Na concepção BAUMAN, “o preço da modernidade é a alta incidência de doenças psicóticas ou neuróticas; a civilização cria seu próprio mal-estar e põe o indivíduo num conflito permanente – potencial ou aberto – com a sociedade”.¹³¹

Nesta senda, Anthony Giddens apresenta, de forma sucinta, algumas das consequências da modernidade que impactam diretamente na saúde das pessoas:

Alguns destes riscos, e muitos outros que são potencialmente ameaçadores à vida para os indivíduos ou que os afeiam significativamente de outra maneira, se impõem direto no âmago das atividades cotidianas. Isto vale, por exemplo, para qualquer dano de poluição que afete a saúde de adultos ou crianças, ou qualquer coisa que produza conteúdos tóxicos nos alimentos ou afete suas propriedades nutricionais. Isto é verdadeiro também para uma profusão de mudanças tecnológicas que influenciam as possibilidades de vida, como as tecnologias de reprodução. A mistura de risco e oportunidade é tão complexa em muitas das circunstâncias envolvidas que é extremamente difícil para os indivíduos saberem até onde atribuir confiança a prescrições ou sistemas específicos e em que medida suspendê-la. Como se pode conseguir comer “saudavelmente”, por exemplo, quando todos os tipos de alimentos possuem qualidades tóxicas de uma espécie ou de outra e quando o que é afirmado como sendo “bom pra você” por peritos nutricionistas varia com as mudanças de estado do conhecimento científico?¹³²

É neste contexto que se dará a análise do direito à saúde, iniciando-se pelos aspectos históricos, passando pela definição e finalizando com a apreciação do de suas particularidades.

1.3.1 Considerações sobre saúde

Neste subcapítulo, será abordado não somente o conceito de *saúde*, mas

¹³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.160. Título original: Legislators and interpreters: on modernity, post-modernity and intellectuals.

¹³² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p.131. Título original: The consequences of modernity.

também seus aspectos históricos. Vale ressaltar que na medida em que os aspectos históricos vão evoluindo, estes acabam se confundindo com a própria definição do termo *saúde*. Destarte, a definição do termo está em constante atualização.

1.3.1.1 Aspectos históricos sobre saúde

Inicialmente, imperioso salientar que Hipócrates (460-377 a.C.) já analisava “as condições que influenciam o estado de saúde de uma determinada população”. Para ele, “não seria possível ao médico erradicar as doenças” sem que os mais diversos fatores ambientais de determinada população fossem analisados (tais como “a influência da cidade, do tipo de vida de seus habitantes e” “a água consumida”).¹³³

Já na época do Renascimento, houve um aumento da “preocupação das cidades em prestar cuidados aos doentes pobres em seus domicílios ou em hospitais, aumentando o poder das cidades em matéria de higiene”.¹³⁴

Neste sentido, George Rosen preleciona que na parte final do século XVII, durante o reinado do imperador Leopoldo I, no intuito de cuidar da saúde de seus súditos, foi instituído um conselho de saúde na Alemanha. Na mesma época foi construído o *Collegium sanitatis*, com a finalidade de supervisão da saúde pública na Prússia.¹³⁵

Entretanto, urge frisar que os fundamentos da saúde pública apontam para o século XIX e para o crescimento das grandes cidades europeias, em função do processo de industrialização:

No século XIX, o conhecimento científico sobre as condições de saúde das coletividades humanas encontrava expressão no estudo da higiene, disciplina que se formava sob a influência do intenso processo de transformações pelo qual passavam as sociedades europeias com o advento da industrialização e da urbanização. Londres, Paris, Berlim e, no continente americano, Nova Iorque, atingiram a marca de um milhão de habitantes naquele século, caracterizando o fenômeno da formação das sociedades de massas e de intenso processo de publicação de relatórios médicos e propostas de reformas sanitárias e urbanas. A associação entre

¹³³ CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito. São Paulo, 2012, p.28.

¹³⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **O princípio da precaução dever do estado ou protecionismo disfarçado?** São Paulo em Perspectiva, v. 16, n. 2. São Paulo, 2002, p.54.

¹³⁵ ROSEN, George. **Da polícia médica à medicina social**. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 151.

cidade massiva e patologia era uma constante, ao mesmo tempo que o receio diante da desordem e a necessidade de respostas em termos de políticas públicas podia ser verificado nos diferentes países europeus, ainda que com significativa variação nas propostas de reforma.¹³⁶

Sem embargo, foi somente muito tempo depois, na sociedade capitalista que determinada parcela da população experimentou serviços da saúde. Ocorre que a “aristocracia e a população de mais alta renda tinham seus cuidados a cargo de médicos particulares; a população em geral, largamente rural, recebia os cuidados derivados do saber acumulado pela comunidade local”.¹³⁷

Já à faixa mais pobre da população restava “a atenção propiciada por organizações religiosas católicas em seus hospitais”.¹³⁸ Urge frisar, nesta esteira, o escólio de Michel Foucault, o que se entendia por hospitais naquela época:

Antes do século XVIII, o hospital era essencialmente uma instituição de assistência aos pobres. Instituição de assistência, como também de separação e exclusão. O pobre como pobre tem necessidade de assistência e, como doente, portador de doença e de possível contágio, é perigoso. Por estas razões, o hospital deve estar presente tanto para recolhê-lo quanto para proteger os outros do perigo que ele encarna. O personagem ideal do hospital, até o século XVIII, não é o doente que é preciso curar, mas o pobre que está morrendo. É alguém que deve ser assistido material e espiritualmente, alguém a quem se deve dar os últimos cuidados e o último sacramento. Esta é a função essencial do hospital. Dizia-se correntemente, nesta época, que o hospital era um morredouro, um lugar onde morrer. E o pessoal hospitalar não era fundamentalmente destinado a realizar a cura do doente, mas a conseguir sua própria salvação.¹³⁹

Insta frisar que a doença mais marcante durante o século XIX foi a cólera. A experiência das epidemias na Europa e nos Estados Unidos foi fundamental para a “percepção das elites políticas sobre os problemas sanitários, favorecendo ações políticas, criação de organizações” e intervenções estatais.¹⁴⁰

Neste cenário, em 1851, “tiveram início as Conferências Sanitárias

¹³⁶ FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p. 29-30.

¹³⁷ MARQUES, Rosa Maria. **O direito à saúde no mundo**. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016, p.12.

¹³⁸ MARQUES, Rosa Maria. **O direito à saúde no mundo**. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016, p.12.

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. 99.

¹⁴⁰ FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**, 2002, p.36.

Internacionais, fóruns de debate científico” a respeito das “causas e dos mecanismos de transmissão de doenças”, nas cidades de Paris (Conferência Sanitária) e Londres (Exposição Internacional).¹⁴¹

Somente no começo do século XX (gestão taylorista da força de trabalho), diante da pressão exercida “pelo crescimento da organização independente dos trabalhadores”, “que o Estado” começou “a se responsabilizar pela organização e gestão da proteção social”.¹⁴²

Neste contexto, iniciou-se a transição para o chamado *Welfare State* que, como já visto no Capítulo anterior desta Dissertação, caracterizou-se pela mudança da postura estatal no reconhecimento de alguns direitos sociais.

Em relação ao Brasil colônia, a saúde estava muito longe de ser uma prioridade. Em caso de alguma necessidade, buscava-se alternativas informais, como o “auxílio de pajés, curandeiros ou boticários, que viajavam pelo país”. Outra alternativa eram os tratamentos culturais e religiosos. O que chama atenção é que estes tipos de tratamentos eram utilizados por toda a pirâmide social, inclusive por “quem podia pagar pelos melhores serviços” do Rio de Janeiro (que era a maior e mais desenvolvida cidade brasileira da época), em função da escassez de profissionais de saúde.¹⁴³

Somente em 1808, com a vinda da Coroa Portuguesa para o Brasil, é que se verifica a implantação de instituições voltadas para a saúde:

Nessa época são desenvolvidas ações reguladoras, incluindo as atividades dos cirurgiões, e a criação das primeiras escolas de medicina: na Bahia é criada a Escola de Cirurgia, em 1808; e no Rio de Janeiro, a cátedra de anatomia no Hospital Militar, seguida pela de medicina operatória, em 1809. Porém foi em 1829, com a criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro [...] que se inicia a implantação da medicina social no Brasil.¹⁴⁴

De forma sucinta, pode-se dizer que “a história da saúde pública no Brasil” é “uma história de combate aos grandes surtos epidêmicos em áreas urbanas e às

¹⁴¹ FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**, 2002, p.36.

¹⁴² MARQUES, Rosa Maria. **O direito à saúde no mundo**, 2016, p.14.

¹⁴³ Disponível em: <www.mv.com.br/pt/blog/um-breve-relato-da-historia-da-saude-publica-no-brasil>. Acesso em: 01/01/2018.

¹⁴⁴ NUNES, Everaldo Duarte. **Sobre a história da saúde pública: idéias e autores**, Ciência & Saúde Coletiva, v. 5, n. 2, 2000, p. 253.

denominadas endemias rurais, como a malária, a doença de chagas”, etc.¹⁴⁵

Como veremos mais a frente, a história da saúde (pública) vai evoluindo até chegar aos dias atuais, passando pelo processo de constitucionalização e sua consagração como direito social e fundamental.

1.3.1.2 Conceito de saúde

Curial enaltecer, inicialmente, a tarefa hercúlea de se estabelecer um conceito único e completo para a expressão *saúde*. As construções de uma definição foram evoluindo com os próprios aspectos históricos, ao passo que qualquer definição para o termo *saúde* é bastante efêmera.

Certamente, o conceito mais difundido foi o cunhado pela Organização Mundial de Saúde, em 1948. Na oportunidade, a aludida Organização definiu que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.¹⁴⁶ Contudo, vale ressaltar que este conceito “remete à ideia de uma saúde ótima, possivelmente intangível e utópica, já que a mudança, e não a estabilidade, é predominante na vida”.¹⁴⁷

Deve-se considerar, ainda, a elevada subjetividade para se definir o termo *saúde*, vez que “indivíduos e sociedades consideram ter mais ou menos saúde dependendo do momento, do referencial e dos valores” de uma situação.¹⁴⁸

Tradicionalmente, as definições de saúde se limitam somente às questões relacionadas à eliminação de doenças (medicina curativa) e não se preocupavam com outras abordagens, restando incompletas com o decorrer do tempo. Destarte, “concluiu-se que seu correto dimensionamento deveria passar necessariamente por uma visão menos centrada no indivíduo e mais voltada à coletividade, ao meio

¹⁴⁵ FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p. 40.

¹⁴⁶ A definição original, em inglês: “health is a state of complete physical, mental e social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Conforme WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.who.int/about/mission/en>>. Acesso em 01/01/2018. Tradução livre.

¹⁴⁷ BRASIL, Ministério da Educação. **Saúde**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 01/01/2018.

¹⁴⁸ BRASIL, Ministério da Educação. **Saúde**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 01/01/2018.

ambiente e às interações”.¹⁴⁹

Dito de outra forma, “a maioria das estatísticas sobre saúde usa o limitado conceito biomédico de saúde, definindo-a como ausência de doença. Uma avaliação significativa envolveria a saúde do indivíduo e da sociedade”.¹⁵⁰

Pode-se afirmar que a saúde se consubstancia, sob o enfoque de uma “condição parcial para a realização dos indivíduos durante a vida”, uma “condição que, ao mesmo tempo, abrange e é condicionada pelas determinações da existência do indivíduo como ser biológico”.¹⁵¹

Na concepção de Fritjof Capra, “a saúde é realmente um fenômeno multidimensional, que envolve aspectos físicos, psicológicos e sociais, todos interdependentes”.¹⁵²

Por fim, há “um *continuum* na noção de saúde”: de um lado “as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sociopolítica e econômica dos Estados”.¹⁵³

Após esta breve contextualização sobre a *saúde* propriamente dita, passa-se então para a apreciação dos assuntos relacionados ao *direito à saúde*.

1.3.2 Direito à saúde (propriamente dito)

Assim como na conceituação de *saúde*, a definição do *direito à saúde* foi sendo influenciada por seus aspectos históricos. Na concepção de Gustavo Amaral, a história do direito à saúde no Brasil pode ser dividida em três etapas. Na primeira, “a matéria teria sido restrita ao que o Estado se dispõe a dar” (antes dos anos 1990). Na segunda etapa, a partir de meados dos anos 1990 até o início dos anos 2000, há

¹⁴⁹ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p.82.

¹⁵⁰ CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 114.

¹⁵¹ CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito. São Paulo, 2012, p.33.

¹⁵² CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 302.

¹⁵³ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, v. 9, n. 3, p. 9-34. São Paulo: Nov. 2008/Fev. 2009, p.12.

“um conflito em abstrato entre a inviolabilidade do direito à vida e à saúde” versus “um interesse financeiro secundário do Estado”.¹⁵⁴

E assevera mais afrente que a partir de meados da década de 2000 até atualmente, “o interesse financeiro secundário do Estado, quando somadas inúmeras demandas, passava a influenciar a própria garantia dos direitos fundamentais, inclusive o direito à vida e à saúde”.¹⁵⁵

Ainda em relação aos aspectos históricos, imperioso salientar a lição de Sueli Gandolfi Dallari:

Pode-se afirmar que a noção de direito sofreu, de certo modo, evolução semelhante à saúde, pois já a partir do século dezenove, com a implementação do Estado do Bem-Estar Social, instaurou-se um direito essencialmente diferente daquele advogado pelos burgueses revolucionários: um direito público mais amplo, porém menos coator (direito dos serviços públicos); misturando o público e o privado; desigual (desprezando a igualdade formal em nome da igualdade material); comportando direitos subjetivos ao recebimento de prestações; e cuja eficácia deve ser avaliada (institucionaliza-se a avaliação da administração pública, que permite a fiscalização pelos parlamentos). Com a generalização do intervencionismo do Estado, que se serviu do direito para orientar outros sistemas sociais (economia, educação, cultura, etc.) à conformidade com o interesse geral e não às exigências do mercado, prevaleceu a ideia de regulamentar as políticas privadas, assinalando-lhes uma finalidade (época áurea do planejamento). O direito passou a ser, então, bastante detalhado (portarias e circulares destinadas ao público externo) e dirigido pela administração pública (as agências independentes, nos Estados Unidos, reúnem o poder legislativo e o executivo). Uma vez que ele se caracteriza como um direito de princípios diretores, exigindo que seus aplicadores realizem uma escolha entre os diversos interesses presentes no caso concreto, se pode afirmar que o planejamento introduziu no direito uma lógica diametralmente oposta àquela que caracterizava o direito moderno.¹⁵⁶

Expostos estes aspectos históricos, passa-se à conceituação de direito à saúde. De forma didática, Cesar Luiz Pasold magistralmente aduz que:

A saúde é um valor essencial **do** e **ao** homem, e por isto é um **Direito da Personalidade** e é um **Direito Fundamental**, o qual, ainda que independa

¹⁵⁴ AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Orgs.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 81-82.

¹⁵⁵ AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Orgs.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 81-82.

¹⁵⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, v. 9, n. 3. Nov. 2008/Fev. 2009, p.13.

do reconhecimento expresso em norma positivada, merece tê-lo, alcançado, pois, a condição de **Direito Individual ou Político**.¹⁵⁷

Ainda em relação à definição de *direito à saúde*, Gustavo Amaral entende “que se trata de um conjunto de medidas que busca garantir condições de saúde, não limitada a procedimentos médicos ou a tratamentos farmacêuticos”¹⁵⁸.

Conquanto o *direito à saúde* esteja previsto constitucionalmente, aliás inclusive em Seção própria, nos artigos 196 a 200, não há expresso no texto constitucional, o objeto do direito em testilha, conforme assevera Ingo Sarlet:

[...] nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição. Quem vai definir o que é direito à saúde, que vai, neste sentido, concretizar esse direito é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição.¹⁵⁹

Vale ressaltar que, conforme bem aponta Gomes Canotilho, o direito à saúde “é um direito social, independentemente das imposições constitucionais destinadas a assegurar sua eficácia [...] e das prestações fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito”.¹⁶⁰

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, uma grande parcela da população brasileira (aqueles que não constavam formalmente no mercado de trabalho), simplesmente não fazia parte do sistema de saúde nacional. “Essa parcela

¹⁵⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Direito à saúde**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 8, n. 15. Florianópolis: UFSC, 1987, p. 54.

¹⁵⁸ AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Orgs.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 81.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.11. Salvador: set./out./nov. 2007, p.12.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 467.

excluída, durante muito tempo, só tinha acesso a cuidados de saúde por meio de pagamentos diretos aos prestadores ou por meio de ações filantrópicas”.¹⁶¹

Além da Constituição Federal, há uma série de outros documentos que “reafirmam e legitimam a importância da participação do Estado na promoção da saúde acessível a todos como um dos critérios básicos para a efetivação real da dignidade humana”. Aliás, a busca pelo “direito de todos ao acesso” à saúde se consubstancia em um interesse universal.¹⁶²

Nas últimas décadas, percebeu-se em algumas nações da América do Sul (como, por exemplo, Chile, Colômbia e Uruguai), alterações legislativas que culminaram em reformas nos sistemas de saúde locais, bem como a inserção de políticas nesta área. Aliás, o Brasil também se inclui nesta lista de países:¹⁶³

No Brasil, o caráter centralista da época da ditadura militar e a crescente insatisfação com as desigualdades no acesso, particularmente, as diferenças na atenção para o segurado e não segurado, bem como a insatisfação com a qualidade da atenção prestada pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e pelos prestadores privados favoreceu a formação de um movimento social, o Movimento da Reforma Sanitária, que denotou um forte comprometimento com a democratização, a descentralização e a participação social. Esse movimento constituiu uma ampla aliança, principalmente entre academia e o movimento de secretários estaduais e municipais de saúde, que após uma crescente discussão culminou na adoção da maioria de suas propostas pelos Constituintes, na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Por outro lado, a luta para criar um sistema nacional de saúde com financiamento público enfrentou muitos adversários. Para evitar o colapso da aliança, foi estabelecido um acordo: seria criado um novo Sistema Único de Saúde (SUS) que integraria toda a provisão pública e a regulação da atenção à saúde sob os auspícios do Ministério da Saúde. [...] Entretanto, desde a sua criação, em 1988, houve elementos que distorceram a consecução dos princípios que regem o sistema, deixando espaço para a segmentação. Além disso, a carta magna não especificou diversos aspectos da operação do sistema. A efetiva implantação do novo sistema dependeu de um longo processo, mas é possível afirmar que a abrangência do acesso ao sistema de saúde se

¹⁶¹ BARROS, Maria Elizabeth Diniz; PIOLA, Sérgio Francisco. O financiamento dos serviços de saúde no Brasil. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016, p.101.

¹⁶² SANTOS, Evaniele Antonia de Oliveira. A subsistência humana: moradia, saúde, trabalho decente, meio ambiente saudável. **Direitos Humanos e Geração da Paz**, v. 8. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2016, p.122.

¹⁶³ ROA, Alejandra Carrillo; CANTÓN, Geraldo Alfaro; FERREIRA, Mariana Ribeiro Jansen. Os sistemas de saúde na América do Sul: características e reformas. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016, p.50.

modificou completamente a partir do SUS, pois toda a população passou a ter direito de utilizar o sistema que oferece um conjunto muito abrangente de serviços de saúde.¹⁶⁴

Urge destacar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento do “direito universal à saúde” e a “obrigação do Estado em prover ações e serviços de saúde de acesso universal”. “Foi assegurada” também “a possibilidade de coexistência de atividades privadas nessa área”.¹⁶⁵

Destarte, com a promulgação da Constituição Federal, houve uma mudança de paradigma: saiu o velho paradigma do Estado que tinha como única função - na área de saúde - prevenir a proliferação de doenças para a população e entrou o Estado preocupado com a “formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação da saúde”.¹⁶⁶

Nesta esteira é o pensamento de Reynaldo Mapelli Júnior:

É essa visão contemporânea do Direito, a nosso ver, que exige a compreensão do modelo institucional do SUS, ou seja, do arranjo normativo que a Constituição Federal de 1988 deu à institucionalização das políticas públicas de saúde, sob pena de, alegando-se que estamos cumprindo o ideário da imperatividade dos direitos humanos, deturpamos exatamente o que foi estabelecido pela lei fundamental para a concretização do direito à saúde. A teoria jurídica da saúde pública, inclusive para fins de aplicação da lei ao caso concreto pelo juiz de direito, obrigatoriamente deve partir do modelo constitucional do SUS, não somente em razão dos princípios genéricos da Constituição que devem irradiar por toda a ordem jurídica (dignidade humana, solidariedade, justiça social, direito à saúde, etc.), mas também porque as regras constitucionais que desenharam as políticas públicas de saúde têm imperatividade como um todo, harmoniosamente, devendo ser centrais na interpretação jurídica. Falar em direito à saúde pública a ser garantido pelo SUS, no contexto da importância que se pretende dar à Constituição Federal, é compreender que ela própria instituiu um modelo jurídico regulado (princípios, diretrizes e normas específicas) que, depois, foi integrado por normas infraconstitucionais para

¹⁶⁴ ROA, Alejandra Carrillo; CANTÓN, Geraldo Alfaro; FERREIRA, Mariana Ribeiro Jansen. Os sistemas de saúde na América do Sul: características e reformas. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016, p.50.

¹⁶⁵ BARROS, Maria Elizabeth Diniz; PIOLA, Sérgio Francisco. O financiamento dos serviços de saúde no Brasil. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016, p.101.

¹⁶⁶ CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 2012, p.41.

institucionalizar mais ainda o que ela mesma determinou. Não existe, assim, direito à saúde fora do modelo constitucional do SUS.¹⁶⁷

Ainda em relação ao direito à saúde, imperioso salientar que este direito “exige do Estado a adoção de medidas concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos, etc.”.¹⁶⁸

Neste diapasão, Ingo Sarlet magistralmente aduz que:

o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.¹⁶⁹

O direito em tela “não se concretiza somente por meio de uma política constitucional, eis que esta é, *prima facie*, uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de várias esferas da sociedade”.¹⁷⁰

Trata-se de “direito complexo, à medida que necessita, para a sua garantia eficaz e conjugada às necessidades de saúde de toda a população brasileira, de outros elementos além dos estritamente normativos”.¹⁷¹

Neste diapasão, mister que o operador do direito, para a consecução do direito à saúde, “incorpore ao conhecimento jurídico, outros conhecimentos, oriundos da ciência política e das ciências da saúde”, ou seja, não deve se limitar ao “texto normativo, mas também o contexto em que este direito se insere”, uma vez que suas ações têm reflexos nas mais diversas áreas, tais como economia, política, medicina,

¹⁶⁷ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2015, p.82.

¹⁶⁸ BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 51.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**, set./out./nov. 2007, p.8.

¹⁷⁰ LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**. Revista de Direito Sanitário, v.9, n.1. São Paulo: Mar./Jun. 2008, p.66.

¹⁷¹ MARQUES, Sílvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p.295.

etc. É necessário o desenvolvimento de canais para troca de informações entre o direito e estas outras áreas do conhecimento.¹⁷²

A integração do conhecimento jurídico com outras áreas do conhecimento é o caminho para a concretização de um “efetivo sistema público que abriga um direito universal, garantindo a todos os cidadãos indistintamente, de forma preventiva e assistencial”.¹⁷³

Por derradeiro, fica a lição de Sueli Dallari, que já em 1988 trazia um cenário bastante semelhante ao contexto atual:

Contudo, atualmente, a saúde não tem apenas um aspecto individual que respeita apenas a pessoa. Não basta que sejam colocados à disposição dos indivíduos todos os meios para promoção, manutenção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde “pública” tem um caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. E o faz por meio de leis. É a própria sociedade por decorrência lógica que define quais são esses comportamentos nocivos e determina que eles sejam evitados, que seja punido o infrator e qual a pena que deve ser-lhe aplicada. Tal atividade social é expressa em leis que a administração pública deve cumprir e fazer cumprir.¹⁷⁴

Como será visto mais a frente, nos próximos capítulos, uma das formas de garantir que o direito à saúde seja devidamente efetivado é através do Poder Judiciário.

¹⁷² MARQUES, Silvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p.295-297.

¹⁷³ MARQUES, Silvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 306.

¹⁷⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista Saúde Pública**, n.22. São Paulo, 1988, p. 330.

CAPÍTULO 2

ATIVISMO JUDICIAL

O impacto da extensão das atividades no judiciário é fonte de fartas discussões pelos estudiosos do Direito. Dentre tantos outros pontos, o ativismo judicial vem se tornando um dos assuntos mais discutidos no universo jurídico brasileiro pois, se por um lado auxilia na efetividade de direitos fundamentais tutelados constitucionalmente, de outro lado poderia ferir o princípio da Separação dos Poderes, na medida em que invade a seara de competência dos demais Poderes.

Neste capítulo, se pretende analisar uma série de aspectos que vem sendo debatidos acerca do aludido fenômeno jurídico.

2.1 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

Mister enaltecer, primeiramente, a reflexão de Norberto Bobbio:

Desde a antiguidade o problema da relação entre direito e poder foi apresentado com esta pergunta: “É melhor o governo das leis ou o governo dos homens?”. Platão, distinguindo o bom governo do mau governo, diz: “onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades” [*Leis*, 715d]. Aristóteles, iniciando o discurso sobre as diversas constituições monárquicas, põe-se o problema de saber se é “mais conveniente ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores” [1286a, 9]. A favor da segunda extremidade enuncia uma máxima destinada a ter larga aceitação: “A lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em toda alma humana” [*ib.*, 20]. A supremacia da lei com respeito ao juízo dado caso por caso pelo governante (o *gubernator* platônico, que salva os companheiros nos piores momentos, “não escreve leis escritas, mas fornece como lei a sua arte” [*Político*, 297a]) repousa em sua generalidade e em sua constância ao *topos* não menos clássico da lei identificada com a voz da razão.¹⁷⁵

Após esta pequena introdução, passa-se ao exame das origens, dos aspectos

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 1. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.95-96.

históricos e da definição de ativismo judicial.

2.1.1 Princípios

Insta frisar que, com o advento do Estado Social, os princípios ganharam protagonismo no âmbito jurídico. Conquanto, anteriormente, os princípios fossem vistos somente como subterfúgio para que os magistrados decidissem diante de omissões legislativas, atualmente o que se observa, principalmente com relação aos direitos humanos (e fundamentais), é que os princípios se transformaram em “normas de observância obrigatória”, ao passo que “juízes, promotores e advogados não são máquinas que somente aplicam leis, mas operadores do Direito que compreendem um sistema normativo”.¹⁷⁶

Vejam algumas definições a respeito de princípios. Bonavides os define, conforme uma sentença da Corte Constitucional italiana, no ano de 1956, como orientações e diretivas “de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas”, que unidas compõe, em determinada época, “o tecido do ordenamento jurídico”.¹⁷⁷

Para parte da doutrina, com fundamento na concepção de Robert Alexy, os princípios seriam espécies do gênero “norma jurídica”.¹⁷⁸

Aliás, na concepção do próprio Alexy, princípios consubstanciam-se em “*mandamentos de otimização*”, que podem ser “satisfeitos em graus variados”, sendo “que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas”.¹⁷⁹

Ainda conforme Alexy, princípios “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.¹⁸⁰

¹⁷⁶ CAVALCANTE, Ruth; CAMELO, Michele. Direitos humanos e o cumprimento das leis. O direito à verdade e à justiça. Volume 11. In: **Direitos Humanos e Geração da Paz**. Universidade Aberta do Nordeste. Fundação Demócrito Rocha, p. 13.

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 261.

¹⁷⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. Disponível em: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/colisao.pdf>>. Acesso em: 01/01/2018.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

Nesta senda, princípios classificam-se em espécie do gênero normas jurídicas, “dotadas de um significativo grau de abstração, vagueza e indeterminação” e caráter “finalístico, seja por enunciarem diretamente uma finalidade” ou “expressarem um conteúdo desejado, no sentido de um estado ideal a ser alcançado”.¹⁸¹

Outrossim, princípios consistem no “mandamento nuclear de um sistema que lhe fornece harmonia e lhe serve de critério de compreensão e inteligência, constituindo-se” “instrumento de enfrentamento da discricionariedade judicial”.¹⁸²

Dito de outra forma, princípios consistem em “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.¹⁸³

Entretanto, é válido ressaltar que há outra corrente, baseada na concepção de Ronald Dworkin, segundo a qual os princípios seriam “proposições que descrevem direitos”.¹⁸⁴

Na visão de Ronald Dworkin, é mister que os princípios sejam tratados como direitos, ao passo que, deve-se abandonar a doutrina do positivismo jurídico e reconhecer “a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida”.¹⁸⁵

Ainda no magistério de DWORKIN, princípios seriam um padrão a ser observado, em função de “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.¹⁸⁶

Na mesma linha, Fábio Konder Comparato, considera os princípios normas objetivas cujo conteúdo axiológico atinge abrangência universal.¹⁸⁷

São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 261.

¹⁸² GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil**: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas. Itajaí: UNIVALI, 2015, p. 12.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 139-140.

¹⁸⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/colisao.pdf>>. Acesso em: 01/01/2018.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 71.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

¹⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 518.

Neste diapasão, Humberto Ávila magistralmente conceitua princípios como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”.¹⁸⁸ Na mesma esteira, para Eros Roberto Grau, princípios consubstanciam-se em normas, escritas ou não, que dão um direcionamento para a atuação dos juízes.¹⁸⁹

Outra característica marcante da teoria de Ronald Dworkin é que os “princípios referem-se à justiça e equidade”. “Estes irão interagir com o direito quando se deparar o julgador com um caso difícil” quando “o repertório de normas ou precedentes judiciais sejam insuficientes para a solução do caso”.¹⁹⁰

De forma didática é o magistério de Ronald Dworkin:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.¹⁹¹

Se o juiz realiza o processo de integração de normas, princípios e valores morais, deverá encontrar, concebendo o direito como prática interpretativa, a resposta correta para o caso. Porque a rede do direito não tem fissuras, ao passo que os princípios completam, eventualmente, as fissuras existentes. Dworkin, assim como Posner, Mc Cormick, Nussbaum e Van Roermann, acolhe a homologia entre o direito e a literatura. Sustenta que o juiz realiza seu trabalho como se escrevera o capítulo de uma novela; de uma novela que não tenha sido começada por ele; que tem outros capítulos que a precedem e que determinam o sentido com que o capítulo que lhe cabe escrever será escrito. Utiliza metáforas como instrumentos didáticos-explicativos: “uma única solução correta”, “o direito como integridade”, “o juiz como Hércules”.¹⁹²

Vale ressaltar que, com o advento do pós-positivismo, os princípios já foram

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.70

¹⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. Disponível em: < <https://www4.tce.sp.gov.br/6524-eros-grau-profere-palestra-inaugural-ii-congresso-politicas-publicas>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

¹⁹⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais**: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. Disponível em: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/colisao.pdf>>. Acesso em: 01/01/2018.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305.

¹⁹² CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las teorías jurídicas post positivistas**. 2. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. p.161. Tradução livre.

elevados à categoria de normas. Ocorre que esta elevação dos princípios à categoria de normas resultou em significativas alterações no desempenho da atividade jurisdicional.

Nesta linha é o escólio de MARTINS e CADEMARTORI:

O reconhecimento dos princípios enquanto disposições normativas implicou na modificação do papel do julgador, especialmente, no controle de constitucionalidade das leis. A função desempenhada pelas cortes constitucionais foi significativamente ampliada, pois todas as questões poderiam ser potencialmente constitucionais, bastando para isso que fossem apreciadas com base em um princípio constitucional amplo. Com isso, a legitimidade dessas cortes não mais poderia ser explicada em termos da teoria tradicional de estrita vinculação à lei. O trato com os princípios na solução de casos constitucionais passou a exigir uma nova explicação hermenêutica e uma argumentação jurídica capaz de justificar racionalmente o processo decisório das cortes.¹⁹³

Destarte, no intuito de auxiliar a cumprir o papel do estado, de efetivar, de “fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’”, os juízes podem controlar e exigir “o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe” a eles respeitar.¹⁹⁴

No entanto, urge frisar o escólio de Elival da Silva Ramos:

É nesse ponto que se deve explicitar a existência de importante limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, precisamente por não estarem compreendidas no respectivo campo de incidência, tal qual inicialmente proposto pelo Constituinte, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará, como sói acontecer com toda regulação subalterna, ao controle judicial *a posteriori*, típico de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade. Não resta dúvida de que a proximidade entre a disciplina normativa projetada e o princípio constitucional irradiador abrem flanco a possíveis desbordamentos pelo legislador ordinário, o que não é elidido pelo fato de haver agido sob inspiração da diretriz fixada pelo Constituinte. [...] No que concerne ao desdobramento infraconstitucional de normas-regra os riscos de extrapolações ativistas são consideravelmente menores, em face do maior grau de precisão e determinabilidade dos comandos constitucionais. Todavia, a ampla projeção sistêmica das normas-princípio, mormente as de porte constitucional, pode vir a se converter em elemento de propulsão ao ativismo judiciário, que restará configurado se as normas de desdobramento resultarem de decisões judiciais e não de atos formalmente legislativos, como de rigor.¹⁹⁵

¹⁹³ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais**: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores? Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/9952/hermeneutica-principiologica-e-ponderacao-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01/01/2018.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 42.

¹⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. Saraiva: 2015, p. 186-

No entendimento de Mauro Cappelletti, os magistrados - poderiam e - vem assumindo “a posição de negar o caráter preceptivo, ou ‘*self-executing*’ de direitos sociais - “leis ou direitos programáticos” - cuja legislação se limita “a definir a finalidade e os princípios gerais”.¹⁹⁶

No caso do ativismo judicial, o que se percebe é uma ampla utilização de princípios constitucionais nas decisões judiciais. Ou seja, um dos fundamentos do ativismo seria justamente recorrer aos princípios nas omissões legislativas, como será visto detalhadamente mais adiante.

O objetivo deste sub-capítulo foi somente ilustrar, de forma superficial, este tema que, de certa forma, proporciona um embasamento teórico para o estudo do ativismo judicial.

2.1.2 Aspectos históricos do Ativismo Judicial

Há diversas versões com relação à origem da expressão *ativismo judicial*. A versão mais difundida e aceita no meio acadêmico é que a primeira vez que o termo tenha sido mencionado foi em 1947.

Aliás, foi naquele ano que o jornalista americano *Arthur Schlesinger*, utilizou o termo em uma publicação a respeito da Suprema Corte norte-americana, na revista *Fortune*. Na oportunidade, o jornalista conceituou o termo como “quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos”.¹⁹⁷

Urge frisar que há divergência quanto à primeira utilização do termo *ativismo judicial*. Nesta senda, o termo já teria sido utilizado pela imprensa belga em 1916. De qualquer forma, o termo se consagrou realmente após algumas decisões de grande destaque da Suprema Corte norte-americana. No escólio de NUNES e BAHIA, “esta percepção sociológica-econômica e protagonista do Juiz já era

187.

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 41.

¹⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navegandi, Teresina, 04/06/2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 24/12/2017.

defendida por vários estruturadores da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein em palestra em 1901”.¹⁹⁸

Conquanto a publicação do jornalista Arthur Schlesinger Jr. seja considerada como “marco inicial” do ativismo judicial, principalmente em função da aparição da nomenclatura em testilha, não se pode olvidar que tal publicação não se confunde com a primeira manifestação do mencionado fenômeno jurídico.

Aliás, as raízes do ativismo judicial estariam vinculadas ao sistema *common law*¹⁹⁹.

Curial enaltecer que enquanto fenômeno é verificado desde o paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, quando decisão do *Chief Justice* John Marshall, através do *Judicial Review*²⁰⁰ e, mediante a instituição do célebre conceito de que o governo dos Estados Unidos é um governo de leis e não um governo de homens.²⁰¹ O então presidente norte-americano, Thomas Jefferson, teve uma série de conflitos contra o judiciário federal americano, sendo o mais

¹⁹⁸ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Sistema judicial precisa de infra-estrutura e técnica**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-abr-11/necessidade-promover-melhoria-qualitativa-sistema-judicial>> Acesso em: 24/12/2017.

¹⁹⁹ Os juízes do *common law* tomam decisões aplicando princípios jurídicos contidos em coleções de opiniões judiciais prévias, sendo cada uma dessas opiniões a expressão e justificação escrita da decisão em um caso particular. A medida que aumenta a quantidade destas opiniões, certas justificações se repetem e certos princípios se consolidam. O resultado disto é o posterior desenvolvimento de uma série de prescrições gerais tais como “os contratos devem basear-se no livre consentimento das partes” e “os donos de animais selvagens que machuquem a outros são responsáveis por danos causados, sem importar a culpa”. Estas prescrições gerais têm a aparência de regras, e em qualquer sistema de *common law* bem desenvolvido os advogados possuem a habilidade de referir-se a regras, as opiniões dos juízes citarão regras e os tratados compilarão regras, ao passo que não será possível identificar um conjunto de regras canônicas e dotadas de autoridade referentes aos contratos do modo em que é possível identificar o código impositivo ou as regras do xadrez. Em consequência, com o tempo parecerá que existem “regras” sobre responsabilidade, contratos, propriedades, etc, ainda que o conjunto de tais regras não exista em nenhuma parte de forma canônica e codificada. E mais, essas regras não parecem ser simples descrições de regularidades que têm emergido de decisões particulares anteriores. Consideram-nas prescritivas, e se entende que os juízes da *common law* estão vinculados a elas. Conforme SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford University Press, 1991. p. 237-238. Tradução livre.

²⁰⁰ “Nos Estados Unidos, o “judicial review” é entendido, desde *Marbury v. Madison* (1803), como a avaliação judicial de atos governamentais para assegurar a compatibilidade com a Constituição. Mas antes e depois do caso *Marbury*, cortes estaduais e federais desenvolveram e praticaram uma espécie de “judicial review” no qual os princípios da “Common Law”, conjuntamente ou ao invés de um cânon documental, onde se utiliza o corpo fundamental da doutrina jurídica para avaliar as ações públicas.” Conforme: EDLIN, Douglas E. “Judicial Review” sem uma constituição escrita. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, volume 10, n. 1, 2015, p. 1.

²⁰¹ GONDIM, Yuri. **O caso *Marbury vs. Madison* e a contribuição de John Marshall**. Jusbrasil, 2014. Disponível em:<<https://yurigondim.jusbrasil.com.br/artigos/118688828/o-caso-marbury-vs-madison-e-a-contribuicao-de-john-marshall>>. Acesso em 10/03/2017.

emblemático o que deu causa a *Marbury vs. Madison*, conhecido como *Judiciary Act*²⁰² de 1801.²⁰³

Vale ressaltar que, mesmo antes do caso *Marbury X Madison*, verificaram-se julgados de tribunais estaduais anulando legislações infraconstitucionais, algumas delas adotando o *judicial review* sem “nenhum parâmetro legal escrito; ao invés disso, eles baseiam a autoridade dos juízes para controlar a legislação nos princípios do *Common Law*”.²⁰⁴

Mister salientar que com o advento da *modern era*²⁰⁵ (era moderna) do *judicial review* - que aliás teve como destaque “o protagonismo judicial, no qual é reforçada a característica destacadamente legislativa das Cortes” – houve uma mudança de postura dos juízes.

No escólio de Christopher Wolfe, os juízes da *common law* não agiam num vácuo, mas empregavam princípios de casos anteriores que eram mais ou menos aplicáveis ao caso corrente. Aqueles precedentes eram então aplicados ao caso em mãos, levando em consideração as diferenças apropriadas.²⁰⁶

Vale ressaltar que, após a Segunda Guerra Mundial, constatou-se um crescimento da justiça constitucional. Neste sentido, mister enaltecer o comportamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América:

²⁰² “O *Judiciary Act* alterou o antigo sistema da Suprema Corte e aumentou o número de juízes em outras jurisdições. Jefferson considerou que este ato aumentaria a jurisdição das cortes federais e isso também criaria novos cargos que seriam preenchidos por juízes federalistas, haja vista que já haviam sido nomeados pelo Presidente John Adams às vésperas do final de seu mandato. Jefferson compreendeu o *Judiciary Act* como um “uso fraudulento da Constituição, que tornou juízes irremovíveis multiplicando cargos inutilmente meramente para aumentar sua legião”. William Marbury e outros três juízes do Distrito de Columbia, aos quais Jefferson recusou-se a dar posse, decidiram testar a legalidade da decisão da administração, ajuizando uma ação na Suprema Corte e pedindo que Madison, secretário de Estado de Jefferson, desse-lhes posse de suas funções”. Conforme CONSANI, Cristina Foroni. **O constitucionalismo republicano de Thomas Jefferson**. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 19, n. 3. Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 1085.

²⁰³ CONSANI, Cristina Foroni. **O constitucionalismo republicano de Thomas Jefferson**. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 19, n. 3. Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 1084.

²⁰⁴ EDLIN, Douglas E. **“Judicial Review” sem uma constituição escrita**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS, volume 10, n. 1, 2015, p. 10.

²⁰⁵ “Acreditava-se que se iniciaria uma nova fase na história do exercício da jurisdição nos Estados Unidos, contudo, significou apenas uma mudança de foco: o ativismo judicial direciona-se, da defesa do direito à propriedade, para a das liberdades civis. Portanto, apenas no pós-1937 é que, efetivamente, será possível visualizar o início da “*modern era*” do *judicial review*”. Conforme TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 75.

²⁰⁶ WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** Rev. ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 20. Tradução livre.

Foi a partir do século XX que a Suprema Corte norte-americana revelou uma atuação mais explícita em favor da efetivação dos direitos individuais, por meio do acolhimento de teses nesse sentido, notadamente em sede de revisão judicial (o século XX, na história da Suprema Corte, apenas para citar – e antecipar – alguns exemplos, foi marcado pela Era Lochner e pela lendária Corte Warren). Na verdade, a capacidade de os juízes e de os tribunais estadunidenses influírem no funcionamento das suas instituições é enorme e parece aumentar com o passar do tempo. Todavia, este não é um fenômeno exclusivo ou particular do modelo norte-americano; pelo contrário, o constitucionalismo europeu, notadamente no segundo pós-guerra, também passou a apresentar característica bastante ampliadora da atuação dos Tribunais Constitucionais [...].²⁰⁷

Percebeu-se um incremento significativo do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional após o término da Segunda Guerra Mundial. Aliás, durante décadas, o paradigma americano de constitucionalismo se espalhou, ao passo que suas “características de centralidade da Constituição, controle judicial de constitucionalidade e judicialização das controvérsias” sobre direitos fundamentais podem ser observadas nas mais diversas cortes e constituições do mundo.²⁰⁸

Verificados os principais aspectos históricos, passa-se agora à conceituação de ativismo judicial.

2.1.3 Definição de Ativismo Judicial

De forma didática, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua ativismo judicial como “interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação de poderes”.²⁰⁹

Entretanto, ativismo judicial é muito mais abrangente. Na visão de Luiz Flávio Gomes, o fenômeno se manifesta “quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico”.²¹⁰

²⁰⁷NISTLER, Regiane. **A judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v.11, n.1, 1º quadrimestre de 2016, p. 202-203.

²⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 2, 2016. p. 541.

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 836-837.

²¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navegandi, Teresina, 04/06/2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 24/12/2017.

Insta destacar o conceito de ativismo judicial de Luís Roberto Barroso:

Uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.²¹¹

Na mesma linha, José Afonso da Silva conceitua o fenômeno jurídico como “um modo pró-ativo de interpretação constitucional”, de forma que “os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais”.²¹²

Urge frisar o conceito de ativismo judicial, no escólio de Elival da Silva Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.²¹³

Lênio Luiz Streck magistralmente assevera que há ativismo judicial quando “os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)”. E conclui que “esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de princípios”.²¹⁴

Mister destacar a opinião de Ronald Dworkin:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...], a despeito das razões concorrentes [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.²¹⁵

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23/12/2016.

²¹² Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

²¹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116-117.

²¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **OAB em foco**. Uberlândia, ano IV, n.20, 2009. Disponível em: <www.oabuberlandia.org.br/Revista_OAB20.pdf>. Acesso em: 20/12/2016.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins

No escólio de Keenan Kmiec, o ativismo judicial seria um conceito multidimensional, ao passo que há cinco possíveis definições, de acordo com a perspectiva analisada. Destarte, ativismo judicial pode ser definido quando as cortes atuam: 1) invalidando de um ato normativo de outro Poder; 2) falhando em aderir aos precedentes; 3) legislando judicialmente; 4) desviando de metodologias aceitáveis de interpretação; 5) engajando-se em julgar orientadas à resultados.²¹⁶

2.2 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Mister ressaltar, inicialmente, a concepção de Luiz Flávio Gomes, sobre a distinção entre ativismo judicial e judicialização:

Vamos aos conceitos: judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o “ativismo judicial” (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz “cria” uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição).²¹⁷

Lênio Streck também aponta diferenças significativas entre as duas expressões no Brasil. Na sua concepção, o ativismo judicial seria prejudicial para a democracia, “porque decorre de comportamentos e visões pessoais” dos julgadores. A judicialização, por sua vez, poderia ser benéfica ou prejudicial, dependendo da situação. A judicialização da política será observada nos “regimes democráticos” “guarnecidos por uma Constituição normativa”. Nos casos de desrespeito à Constituição por algum dos Poderes ou de inconstitucionalidades, o Judiciário deve ser acionado.²¹⁸ E mais a frente assevera:

Fontes, 2002, p. 215.

²¹⁶ KMIIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, 2004, p. 1441-1477. Tradução livre.

²¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Revista CONJUR, 07/01/2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 23/12/2017.

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço” seja para manter o *status quo*). Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista.²¹⁹

Outrossim, Luís Roberto Barroso magistralmente faz distinção entre as duas expressões:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes.²²⁰

Vale ressaltar que, inobstante serem de certa forma fenômenos semelhantes, percebe-se na judicialização uma maior amplitude e estrutura:

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Revista CONJUR, 07/01/2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 23/12/2017.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23/12/2016.

Uma vez definido sumariamente o que seria o ativismo, deve-se ter claro que não se deve confundir a ideia de judicialização da política com o ativismo. Este, como se definiu há pouco, é a ultrapassagem dos limites constitucionais por parte do Poder Judiciário, com a invasão, por parte dos julgadores, das funções típicas de outros poderes. A judicialização é fenômeno muito mais amplo e abrangente, típico dos tempos de busca universal por direitos humanos, e ocorre de várias formas, inclusive com os próprios membros dos Poderes Executivo e Legislativo trazendo ao Fórum questão de macro relevância a serem dirimidas pelas Cortes. No Brasil, a forma mais utilizada para judicializar questões políticas são as ADIs por minorias políticas que querem ver seus direitos resguardados, já que no plenário do Congresso, em virtude do sistema de votação, não conseguem ser ouvidas.²²¹

Insta salientar o caráter de interdependência entre o ativismo judicial e a judicialização, bem como na dificuldade de se constatar se determinada decisão poderia ser classificada ou não como ativista.

Apesar de interdependentes, ambos não se confundem, caracterizando-se, a judicialização, antes, como o resultado de um processo que possui múltiplas causas e que conduz a uma ampliação dos espaços de atuação da jurisdição constitucional em termos institucionais, decorrente, entretanto, de fatores em certa medida externos ao Poder Judiciário. Já o ativismo judicial possui uma dimensão e um caráter mais interno, podendo ser classificado, antes, como algo vinculado à postura do julgador ou do Tribunal no cumprimento de suas funções. Não se pode desconsiderar, porém, que, apesar dessa distinção, ambos se relacionam, pois o processo de judicialização, em virtude de suas características, favorece o aparecimento de condutas “ativistas” (ainda que, conforme aduzido no texto, os parâmetros do que seja uma decisão ativista não possam ser fixados de forma objetiva, deixando margem a interpretações). O ativismo pode se fazer presente mesmo em um contexto de competências reduzidas ou de restrição da atuação dos Tribunais; assim, uma decisão que em um determinado tempo e lugar poderia ser classificada de ativista pode ser recebida como absolutamente “normal” em outro, uma vez que estes conceitos são, conforme já dissemos, relativos.²²²

Na lição de José de Ribamar Ribeiro Soares, não se pode confundir ativismo judicial com judicialização de políticas públicas. No caso do ativismo judicial, a “própria sociedade estaria requerendo do juiz uma interferência para a solução de problemas”; já a judicialização se relaciona “com a transformação de questões políticas em jurídicas, sobretudo diante dos direitos e garantias fundamentais”.²²³

²²¹ AMORIM, Maurício Oliveira; SOUSA, Monica Teresa Costa. **O protagonismo judicial e as políticas públicas.** Direito, Estado e Sociedade, n.46, jan/jun 2015, p.284.

²²² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Corte interamericana de direitos humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?** Revista de Investigações Constitucionais, v.1, n.3. Curitiba: set/dez 2014, p.136.

²²³ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar:** as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária. Brasília: Câmara

Nesta senda é a concepção de Alceu Maurício Júnior:

A judicialização propriamente dita corresponde à transferência, para o campo do direito e dos tribunais, de debates que primordialmente se desenvolveriam na arena política. Este é um fenômeno que se origina na sociedade e não é controlável – pelo menos não facilmente – pelos tribunais, até porque estes são limitados, por um lado, pelo princípio da inércia, e, por outro lado, pela inafastabilidade da jurisdição. Associado a esse fenômeno, pode surgir outro movimento, que é o ativismo judicial. Neste caso, o judiciário, quando provocado pelos mais diversos atores sociais, apresenta uma firme disposição de rever as decisões dos demais poderes, seja para modifica-las ou mantê-las, mas sempre com a postura de exercer o poder de revisão, de dar a última palavra. A judicialização não provoca necessariamente o ativismo judicial, mas dá-lhe o combustível necessário. O ativismo judicial, por sua vez, pode incentivar a judicialização, criando um movimento espiral expansivo.²²⁴

Urge frisar que o ativismo judicial, como dito, se consubstancia em uma “atitude, decisão ou comportamento dos magistrados” na revisão de “temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições”; diferentemente do que ocorre na judicialização de políticas públicas, de maior amplitude e estrutura, e que trata de “macro-condições jurídicas, políticas e institucionais”, havendo a mudança da alçada decisória para o Judiciário.²²⁵

Urge frisar o magistério de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que ressalta a diferença entre a politização do Judiciário e a política exercida pelos demais poderes:

Diante de um Judiciário neutralizado, aqueles dois poderes produzem normas, mas não criam o direito. O poder político valoriza e desvaloriza direitos, ao alterar-lhes a força de obrigatoriedade. Pode até usar e abusar deles. Os produtos normativos oferecidos pela atividade política do Legislativo e do Executivo não passam, porém, de mercadorias: têm valor de uso e valor de troca, mas não têm valia, isto é, não têm valor em si. A neutralização política do Judiciário é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos. Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações de meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde o seu sentido de prudência, pois sua legitimidade deixa de repousar na concórdia *potencial* dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de

dos Deputados, Edições Câmara, 2015 (Série temas de interesse do legislativo, n. 32), p. 19-27.

²²⁴ MAURICIO JUNIOR, Alceu. **O estado de risco: o estado constitucional de direito no paradigma social do risco**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2011, p.225.

²²⁵ VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da; CHALOUB, Jorge de Souza; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; PESSANHA, Daniella dos Santos. Ativismo judicial, judicialização da política e garantismo no Supremo Tribunal Federal. **Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009, p.12.

estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois, vendo ele o mundo como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento.

. Enquanto os Poderes Executivo e Legislativo apresentam como resultado “mercadoria que não tem valor em si, mas geralmente de uso e troca de favores”, na politização da justiça, por outro lado, o magistrado, no processo decisório, observa o mundo sobre o prisma político, tendo como dever “avaliar os resultados que ela irá provocar”.²²⁶

Por fim, vale ressaltar a analogia concebida por Carlos Eduardo Araújo de Carvalho, que utiliza a distinção entre *Poiesis* e *Práxis*, dos grandes filósofos gregos, para melhor ilustrar as diferenças entre Ativismo judicial e Judicialização:

Acredita-se, entretanto, que a melhor colocação para distinguir um conceito do outro seja utilizar uma distinção que primeiramente foi proposta pelos grandes filósofos gregos, qual seja a distinção entre *Poiesis* e *Práxis*. *Poiesis* é um termo grego que significa *produção (fabricação)*, contraposto ao termo *práxis* usado por Aristóteles, que significa *ação*, mas seu significado vai além disto. [...] A judicialização ocorre porque há a possibilidade de fazê-lo normativamente (*Poiesis*). [...] manifesta-se, portanto: 1) pela aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador; 2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios de ostensiva violação da Constituição. O Ativismo, por sua vez, foge das amarras legais e normativas (*Práxis*), pois se manifesta: 1) pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas; 2) pela aplicação direta da Constituição a situações que não foram expressamente contempladas em seu texto, criando-se uma normatividade concorrente; e 3) pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos de violação da Constituição. A distinção se torna mais perceptível quando analisamos a perspectiva do objeto do agir pela *poiesis* e pela *práxis*, ou seja, no Ativismo visa a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e alguns fins constitucionais (*práxis*); enquanto na Judicialização decorre da própria legislação que impõe esses deveres aos judiciários, sem alternativa (*poiesis*).²²⁷

Como se pode constatar, há uma série de discrepâncias entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. Apesar de haver algumas semelhanças e até

²²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 21. São Paulo: 1994, p.21.

²²⁷ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Judicialização e legitimidade democrática**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05/01/2018.

certo grau de parentesco (Barroso caracterizou-os como “primos”), ativismo judicial e judicialização de políticas públicas são fenômenos distintos.

Vale ressaltar que o termo ativismo judicial pode ser observado sobre dois diferentes enfoques teóricos. Passa-se, a seguir, à análise dos aspectos positivos do mencionado fenômeno.

2.3 ATIVISMO JUDICIAL: CONOTAÇÃO POSITIVA

É cediço que há duas correntes divergentes, quando o assunto é ativismo judicial. Primeiramente, serão elencadas algumas posições favoráveis ao aludido fenômeno jurídico.

No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Não há dúvida que a teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela (ou da proteção) outorgada pelo legislador, facilita a compreensão da possibilidade de o juiz poder controlar a inconstitucionalidade por omissão. [...] Quando se tem presente dever de proteção e, dessa forma, que uma medida idônea deve ser instituída pelo legislador, a ausência de tutela normativa – ou a falta de lei – pode ser levada a qualquer juiz, a ele pedindo-se medida de proteção que supra a omissão inconstitucional.²²⁸

Ainda sob uma perspectiva positiva, o ativismo judicial se caracteriza por “decisões judiciais que formam sua razão de decidir pautada por hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade se demonstra em garantir o direito das partes de forma rápida, atendendo às soluções dos litígios” oriundos da inércia dos demais poderes.²²⁹

No pensamento de José Afonso da Silva, o ativismo judicial pode ser definido como uma “forma de interpretação constitucional criativa”, implicando até mesmo a “constitucionalização de direitos”, ou seja, “uma forma especial de interpretação

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1087.

²²⁹ DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruana. Da possibilidade de angariar efetividade aos direitos fundamentais através do ativismo judicial. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico**. Coleção principilogia constitucional e política do direito. Tomo 02. Itajaí: UNIVALI, 2016, p.9.

também construtiva”.²³⁰

Em outras palavras, o ativismo judicial se consubstanciaria em uma “participação mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”, buscando “extrair o máximo das potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional”.²³¹

Para a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia Antunes Rocha, a expansão observada em relação ao ativismo judicial se justifica, em parte, pelo “conhecimento que os cidadãos passaram a ter sobre seus direitos e a forma como passaram, conseqüentemente, a reclamar, a reivindicar por este direito”.²³²

Na mesma linha, Ricardo Lewandowski aduz que “a Constituição de 1988 escancarou as portas do Poder Judiciário, primeiro porque deu efetividade, repetiu no texto o princípio da universalidade da jurisdição”.²³³ E complementa mais adiante:

[...] o protagonismo, não só do Judiciário, mas do Supremo Tribunal Federal, vai crescendo. E aí o Supremo passa a decidir quase no vácuo dos demais poderes, passa a decidir questões em que os demais poderes ou demonstrem incapacidade, ou inapetência, dada a complexidade das questões, ou até a controvérsia que certas questões suscitam. Então, o Supremo passou a decidir questões, como as relativas à fidelidade partidária, greve dos servidores públicos, limites das pesquisas científicas, regimento jurídico das terras indígenas, uso de algemas, direito de apelar em liberdade, vigência de incentivos fiscais bilionários, progressão de regime prisional no caso dos crimes hediondos. O que acontece? Isso vem para o Judiciário, e este não pode deixar de prestar a jurisdição. Por isso, a palavra ativismo judicial talvez não seja a mais indicada, porque o Judiciário não busca intervir na realidade política, social e econômica; ele é instado a fazê-lo, e uma vez instado a fazê-lo, deve dar uma solução.²³⁴

Por seu turno, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello defende a aplicação moderada do ativismo:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por

²³⁰ Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

²³¹ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, p. 210-230. Curitiba: jul./dez. 2013, p. 212-213.

²³² Disponível em: <<http://oab-ce.jusbrasil.com.br/noticias/112071239/ministra-carmen-lucia-do-stf-fala-sobre-ativismo-judicial-no-congresso-de-direito-administrativo>>. Acesso em: 20/12/2017.

²³³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos. Revista de Direito Administrativo. p. 81. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 30/12/2017.

²³⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos. Revista de Direito Administrativo. p. 85. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 30/12/2017.

esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.²³⁵

A elaboração de políticas públicas, de acordo com teoria da *sociedade justa proposta por Rawls* (baseada na igualdade entre os homens, nas liberdades individuais, etc), teria como intuito “a justa oportunidade aos menos favorecidos socialmente”. Destarte, “a adoção de conduta proativa do Poder Judiciário, conceituado como ativismo judicial, pode ser um importante instrumento”.²³⁶

Para Teori Zavascki, “a atividade do Legislativo [...] se estabelece mediante normas, gerais e abstratas, com características de prosperidade, porque a lei é feita para assegurar condutas futuras. Ao judiciário cabe definir a norma concreta”. E complementa ainda que esta seria a concepção clássica da função jurisdicional.²³⁷

Na mesma esteira o pensamento de Silvio Dobrowolski:

[...] o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um “governo de juízes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sócio-política dos dias presentes. É compreensível uma justiça “quase nula”, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrenta-los em patamar de igualdade.²³⁸

No entendimento de José Renato Gaziero Cella, o positivismo de HART

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Celso de Mello na cerimônia de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23.04.2008.

²³⁶ PINHEIRO, Regis Gonçalves. **A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil**. Revista CEJ, Ano XVII, n.59. Brasília: jan/abr. 2013. p.107.

²³⁷ ZAVASKI, Teori Albino. Disponível em: < <http://www.oabrp.org.br/noticia/86080-ativismo-judicial-e-o-que-separa-legislativo-do-judiciario-diz-zavascki->>. Acesso em: 01/01/2018.

²³⁸ DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Revista Sequência, v. 16, n. 31, p. 92-101. Florianópolis: UFSC, 1995, p. 99.

estabelece que diante da ausência de “norma exatamente aplicável” cabe ao juiz agir discricionariamente, até porque o direito não teria como contemplar a “existência prévia de uma solução correta” para todas as situações.²³⁹

Aliás, o próprio HART diferencia sua teoria jurídica da teoria proposta por Ronald Dworkin, para quem os casos difíceis teriam sim uma resposta correta, conforme as próprias palavras de HART:

O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.²⁴⁰

Pode-se afirmar, de forma sucinta, que para os defensores do ativismo judicial, o Poder Judiciário deve ter sua atuação pautada na efetividade dos direitos fundamentais e sociais.

2.3.1 A questão da descrença nos poderes legislativo e executivo

Numa sociedade democrática, o papel primordial do Estado democrático não “era de subordinar o indivíduo a ele, mas sim propiciar sua auto-realização”. Para Durkheim, “o Estado era o cérebro”, “que operava, por via dos órgãos intermediários, dentro do complexo sistema nervoso de uma sociedade diferenciada”.²⁴¹

Neste diapasão, “a ‘sociedade’ representava algo mais resistente e ‘profundo’,

²³⁹ CELLA, José Renato Gaziero. **A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo**. Dissertação (Mestrado). Curitiba: UFPR, 2001. p.137.

²⁴⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 335.

²⁴¹ GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 130-131. Título original: Politics, Sociology and Social Theory.

menos manipulável e certamente mais impalpável do que o Estado”.²⁴²

Imperioso destacar que a assimilação dos deveres do Estado seria somente “uma das atividades, visando à formação, aprimoramento e manutenção das bases sociais, pois é no Estado que se concentram o poder político e a violência coativa da sociedade”.²⁴³

Numa sociedade complexa e plural, como na que vivemos atualmente, o Poder Legislativo é (ou deveria ser): o local adequado para discussão e onde se poderia “respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização”; o local em que “se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos”.²⁴⁴

Insta destacar que é através do Poder Legislativo que, adotando-se os “mecanismos públicos de discussão e votação, se pode obter a participação de todos e a consideração da opinião de todos, em matérias para as quais não há uma solução, mas várias soluções para os conflitos de interesses [...]”.²⁴⁵

O Poder Legislativo consiste no “receptor das aspirações morais e políticas do povo, sendo a caixa de ressonância de toda e qualquer reivindicação democrática”.²⁴⁶ Ao menos na teoria, deveria ser assim. Mas não é o que se verifica na prática. É cediço o crescente descontentamento da população com a atuação dos poderes legislativo e executivo, que parecem bastante atarefados numa disputa acirrada pelo poder e que acabam não dando atenção aos anseios da sociedade (salvo no período eleitoral), ao passo que as esperanças populares acabam sendo depositadas no Poder Judiciário.

Na concepção de Jacques Rancière, “os males que sofrem nossas democracias estão ligados em primeiro lugar ao apetite insaciável das

²⁴² WALLERSTEIN, Immanuel. **Análise dos sistemas mundiais**. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs.). **Teoria social hoje**. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p.457. Título original: Social theory today.

²⁴³ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 213.

²⁴⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17. Salvador: jan./fev./mar. de 2009, p. 18-19.

²⁴⁵ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17. Salvador: jan./fev./mar. de 2009, p. 17.

²⁴⁶ GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2015, p. 64.

oligarquias”.²⁴⁷ Aliás, em relação à falta de confiança da população nos poderes executivo e legislativo, o autor magistralmente aduz que:

[...] o que chamamos de democracia é um funcionamento estatal e governamental que é o exato contrário: eleitos eternos, que acumulam ou alternam funções municipais, estaduais, legislativas ou ministeriais, e veem a população como o elo fundamental da representação dos interesses locais; governos que fazem eles mesmos as leis; representantes do povo maciçamente formados em certa escola de administração; ministros ou assessores de ministros realocados em empresas públicas ou semipúblicas; partidos financiados por fraudes nos contratos públicos; empresários investindo uma quantidade colossal de dinheiro em busca de um mandato; donos de impérios midiáticos privados apoderando-se do império das mídias públicas por meio de suas funções públicas. Em resumo: a apropriação da coisa pública por uma sólida aliança entre a oligarquia estatal e a econômica.²⁴⁸

Vale ressaltar que “a conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais” implicou maior “importância da Constituição no sistema jurídico” e no crescente protagonismo do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.²⁴⁹

Soma-se a isto uma crise de *legitimidade, representatividade e funcionalidade*, que implicou, inicialmente num fortalecimento do Poder Executivo, mas que, nos últimos anos, traduziu-se na expansão do Poder Judiciário. Nesta senda, “juízes e tribunais tornaram-se mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais”, ou seja, há mais identificação da população com os juízes do que com seus representantes eleitos. Um exemplo foi a grande repercussão da questão das “pesquisas com células-tronco embrionárias”, que, na apreciação pelo STF teve enorme repercussão, ao passo que, no Congresso Nacional, não houve (quase) nenhuma visibilidade.²⁵⁰

Neste diapasão, “não se deve esperar do Poder Legislativo a solução para todas as situações concretas enfrentadas pela sociedade”. Aliás, “talvez seja o momento de admitir” o papel do Judiciário no cumprimento das metas

²⁴⁷ RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014, p. 94. Título original: *La haine de la démocratie*.

²⁴⁸ RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014, p. 93. Título original: *La haine de la démocratie*.

²⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v.6, n.2, p.119-161. p.123.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, 2016, p. 527-528.

constitucionais.²⁵¹

O que se observa atualmente, para FENSTERSEIFER, é o rompimento com a “concepção democrática tradicional” baseada numa “abordagem representativa e indireta” e o reconhecimento do Judiciário “como uma instância política legitimada constitucionalmente a atuar na proteção dos direitos fundamentais”.²⁵²

O que se percebe com cada vez mais frequência no processo de “consolidação das democracias” é a “presença do direito” na política. Observam-se “políticos fazendo uso de termos jurídicos” e “partidos políticos recorrendo aos tribunais para resolver conflitos” de caráter político.²⁵³

Destarte, “a atuação do Judiciário voltada à afirmação da dignidade da pessoa humana jamais será exagerada ou descabida, muito menos vulneradora da separação dos Poderes”.²⁵⁴

O acesso cada vez maior da população ao Poder Judiciário retrata a “concretização do princípio democrático e da garantia do acesso à justiça, conformando a perspectiva procedimental dos direitos fundamentais”. Reflete “uma legítima forma de atuação política”, compatível com “uma democracia direta”.²⁵⁵

Cass Sunstein argumenta que o ativismo judicial na área dos direitos sociais não “implica deixar de lado o critério democrático acerca de como estabelecer prioridades entre objetivos diferentes”²⁵⁶. Pelo contrário, o reconhecimento da existência de certos compromissos constitucionais sobre os direitos sociais e o fato de que os juízes tomem certas medidas específicas para a aplicação desses direitos pode auxiliar na promoção da deliberação democrática, ao dirigir a atenção pública a

²⁵¹ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, p. 210-230. Curitiba: jul./dez. 2013, p. 215.

²⁵² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 235.

²⁵³ TONELLI, Maria Luiza Quaresma. A judicialização da política e a soberania popular. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2013, p. 36.

²⁵⁴ DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 74.

²⁵⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 235.

²⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R. **The second Bill of Rights**. New York: Basic Books, 2004, p. 228.

temas que de outra maneira seriam ignorados na vida política diária.²⁵⁷

Nesta esteira, “há um limite imposto pela ordem constitucional aos domínios da política” que “passa a ser conformada pelo Direito”. “Não se buscou anular o espaço da política, mas” “sujeita-la à força imperativa das normas constitucionais”.²⁵⁸

Vale ressaltar a concepção de Cláudio Ladeira de Oliveira:

Afinal, pode parecer um contra-senso ressaltar os riscos que o judiciário pode oferecer à soberania popular, especialmente se esta crítica é apoiada numa ideia normativa da política legislativa. A sensação de que esta crítica aos excessos do judiciário é equivocada resulta especialmente dos seguintes fatores. Em primeiro lugar, a referência à corrupção nas instituições abertamente políticas é, há muito, recorrente na imprensa e nos diálogos públicos, de um modo tal que parece pertencer à fauna e flora nacional, o que acaba por estimular um sentimento de rejeição da política que tende a abranger de modo difuso os partidos políticos as instâncias parlamentares e o poder executivo. Com isso a política “prática” ganha conotações não exatamente virtuosas o que confere ares de “extravagância de intelectual” à tentativa de usar a política legislativa como critério moralmente legítimo para qualquer coisa. Em segundo lugar, especialmente nas faculdades de direito mas também em grande parte na sociedade civil, as instituições “não-diretamente” políticas do judiciário e do ministério público são vistas como parcialmente responsáveis pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção. Some-se a isso o fato do acesso do cidadão à justiça (por mais precário que seja) aparentemente ser mais efetivo que o acesso aos parlamentos. Com isso seria mera extravagância intelectual criticar o ativismo judicial.²⁵⁹

Imperioso salientar a concepção de Luís Roberto Barroso, quando o Judiciário atua “sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional”, estaria agindo a favor da democracia, uma vez que, conquanto esteja atuando “contra a vontade das maiorias políticas”, “a conservação e a promoção dos direitos fundamentais” é uma das bases do constitucionalismo democrático.²⁶⁰ E mais a frente assevera:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade

²⁵⁷ GARGARELLA, Roberto. **¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?** Perfiles Latinoamericanos, v. 13, n. 28. México: Jul./Dez. 2006, p. 23. Tradução livre.

²⁵⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011, p. 54.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “**Direito como integridade**” e “**ativismo judicial**”: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: nov. 2008, p. 5448.

²⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2016.

popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluídas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental -, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.²⁶¹

Peter Häberle entende ser necessária a postura ativista do Poder Judiciário quando os demais Poderes estão mais preocupados na luta pelo poder do que as obrigações com a população. Häberle está “contente que os tribunais constitucionais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais Poderes a atuar”. O constitucionalista alemão ressalta ainda a importância de tribunais constitucionais fortes como “contrapeso” em “sistemas presidencialistas em países jovens”.²⁶²

Contra o argumento que “um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade”, urge frisar que “os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial”, “que gozam de autoexecutoriedade”.²⁶³

Não se pode olvidar que foi a própria Constituição de 1988 que legitimou o Poder Judiciário a atuar na garantia dos direitos fundamentais. Destarte, este protagonismo do Judiciário, pelo menos no Brasil, seria consequência do próprio texto constitucional.

Urge frisar que “se a Constituição é a norma maior, dotada de uma série de direitos e mecanismos de concretização”, recai sobre o Judiciário a incumbência de “implementação quando não observado pelos demais poderes”.²⁶⁴

Mister salientar o escólio de Mauro Cappelletti:

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2016.

²⁶² FERREYRA, Raúl Gustavo. **Cultura e direito constitucional**: entrevista com Peter Häberle. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/entrevista-haberle-portugues.pdf>>. Acesso em: 03/01/2018.

²⁶³ BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da reserva do possível. In: ANDRADE, FG (Org.). **Estudos de Direito Constitucional**. Recife: Edupe, 2011.

²⁶⁴ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Silva Antunes de; JACOBSEN, Gilson (Orgs.). **Direito, desenvolvimento urbano e meio ambiente**. p. 43-62. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 188.

garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, embora na verdade ultrapasse frequentemente sua finalidade, por ter a pretensão de apresentar as decisões judiciais como fruto de mera lógica, como puras “declarações” do direito. De qualquer modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis “ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.²⁶⁵

E complementa mais a frente que:

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição [...] desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.²⁶⁶

Não se pode olvidar que o Judiciário, principalmente após a Constituição de 1988, está mais aberto “ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhes são apresentadas”. Aliás, sua “independência institucional” “tem como contrapartida a sua passividade”, uma vez que o magistrado só age mediante provocação.²⁶⁷ Aliás, o próprio Estado Democrático de Direito exige do Poder Judiciário “uma postura ativa e participativa na concretização das políticas sociais”.²⁶⁸

Outrossim, “a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no

²⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 98.

²⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 100.

²⁶⁷ CITTADINO, Gisele. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano II, n.2 e Ano III, n.3, 2001-2002. p. 137.

²⁶⁸ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, p. 210-230. Curitiba: jul./dez. 2013, p. 216.

processo político”.²⁶⁹ Ou seja, não há que se falar em cerceamento da participação popular.

Em outras palavras, o Poder Judiciário seria o único dos Poderes que tem a obrigação de, publicamente, explicar suas decisões; ao passo que, os demais Poderes, na prática, não precisam “dar satisfação” em relação às medidas que adotam. Além disso, os tribunais só “interferem” quando são chamados a agir, uma vez que só atuam mediante provocação. Soma-se a isto, o fato de o Poder Legislativo e Executivo estarem mais preocupados com seus “auto-interesses” do que com os interesses da sociedade.

2.4. ATIVISMO JUDICIAL: CONOTAÇÃO NEGATIVA

Imperioso destacar que grande parte da doutrina é contrária a utilização do ativismo judicial. Para os adeptos, aplica-se “ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico, etc”.²⁷⁰

Neste sentido é o pensamento de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, quando preleciona que, numa variada gama de julgados, percebe-se uma ultrapassagem “não só naquilo que é considerado espaço unicamente legislativo, mas também enfrentando questões que já possuem regramento próprio”. O que se tem percebido, nestes julgados, é uma substituição da norma posta pela “compreensão da norma constitucional adequada ao ‘sentimento’ do julgador”.²⁷¹

Lenio Streck lembra que “há uma responsabilidade política dos juízes e tribunais”, ao passo que “a sentença ou acórdão não deve ser, em uma democracia, produto da vontade individual, do sentimento pessoal do decisor”.²⁷²

²⁶⁹ CITTADINO, Gisele. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano II, n.2 e Ano III, n.3, 2001-2002. p. 137.

²⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. Sarava: 2015, p. 132-133.

²⁷¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Org.). **Constitucionalismo como Elemento para a Produção do Direito**. Tomo 01. Coleção Princiologia Constitucional e Política do Direito. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 206. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>>. Acesso em: 23/12/2016.

²⁷² STRECK, Lênio Luiz. **Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial->

Ainda conforme STRECK, “não cabe ao juiz gostar ou não da lei”. Até mesmo decisões *boas* acabam caindo na armadilha do ativismo judicial, como, por exemplo, na que “manda comprar ônibus para um grupo de alunos e ignora a maioria das crianças que não pode ser alcançada por essa decisão”.²⁷³

Nesta senda o escólio de FERRAJOLI: “[...] *la sujeción solamente a la ley, que habilita a la aplicación y la ejecución de la misma, no habilita a su producción, es decir, a la innovación jurídica a través de la producción de normas*”.²⁷⁴

Olavo de Carvalho, por sua vez, numa visão crítica ao fenômeno, aduz que “os poderosos grupos econômicos que apoiam o globalismo”, “fazem uso maciço do ativismo judicial para mudar completamente o sentido da Constituição através de sentenças que permitem o que era proibido e proíbem o que era permitido”.²⁷⁵

Na concepção de Alexandre Morais da Rosa, as normas e sentidos mudam, em função de uma série de fatores como: humores, recompensas, pressões de grupos e até mesmo pelo *status* social do acusado. “A compreensão inautêntica prevalece e caímos na selvageria do ‘realismo jurídico à brasileira’, do ‘tenho pra mim’, em que vale ‘porque sim’”.²⁷⁶

No mesmo sentido é o entendimento de Cass Sunstein, para quem o fenômeno corresponde à frequência com que determinado magistrado ou tribunal invalida as ações de outros poderes. Ou então a frequência com que retiram a decisão das mãos dos eleitores.²⁷⁷

Para Elival da Silva Ramos, o ativismo consiste no “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”, ou “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”.²⁷⁸

Neste diapasão, Mauro Cappelletti traduz bem a questão, ao enfatizar a

centavo?pagina=3> Acesso 19/12/2017.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **A frase “faça concurso para juiz” é (e) o que restou do processo penal.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-09/senso-incomum-frase-faca-concurso-juiz-restou-processo-penal>>. Acesso em: 10/03/2017.

²⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 107.

²⁷⁵ CARVALHO, Olavo de. Disponível em: <<https://citacoes.in/autores/olavo-de-carvalho/citacoes-de-idade/>>. Acesso em: 23/12/2017.

²⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 31.

²⁷⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America.** New York: Basic Books, 2005, p. 41-44. Tradução livre.

²⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** 2. ed. Sarava: 2015, p. 107 e 138.

situação do juiz bom e do juiz ruim, dependendo da forma que este se manifestasse. “O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’”, mas “apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador”, já que “se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”.²⁷⁹

Para Antoine Garapon, “o excesso de direito pode desnaturar a democracia” e “o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada”. A judicialização da política abre “caminho para a tirania das minorias”.²⁸⁰

A transformação do Estado de Direito no Estado “do” Direito, implica a concepção” de novos atores políticos, novas formas de garantias de liberdades, de igualdade, de novas formas de participação política”, mas, por outro lado na criação “de uma cidadania que se confunde com a mera busca da tutela jurisdicional” estatal.²⁸¹

Vários seriam os argumentos contrários à aplicação do ativismo judicial, dentre os quais pode-se elencar:

- a) a ocorrência de decisionismo judicial ou discricionariedade do juiz na decisão ativa; b) a afronta a democracia; c) o comprometimento da separação dos poderes e perda da autonomia dos sistemas; c) o perigo de desequilibrar a segurança jurídica; d) a desarticulação financeira do Estado; e) a interferência despreparada e despreocupada nos sistemas tentando alcançar os problemas de macrojustiça com decisões que resolvem microjustiça; e por fim, f) a possível afronta ao texto Constitucional.²⁸²

De modo resumido, pode-se definir o ativismo judicial como “a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.²⁸³

Ainda nesta esteira, passa-se agora a examinar dois argumentos bastante

²⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 74.

²⁸⁰ GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 51.

²⁸¹ TONELLI, Maria Luiza Quaresma. A judicialização da política e a soberania popular. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2013. p. 38.

²⁸² DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruana. Da possibilidade de angariar efetividade aos direitos fundamentais através do ativismo judicial. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico**. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 02. Itajaí: UNIVALI, 2016, p.21.

²⁸³ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 25.

utilizados para justificar o posicionamento contrário ao ativismo judicial: o princípio da separação dos poderes e as questões orçamentárias.

2.4.1 A questão da Separação dos Poderes

O princípio da separação dos poderes possui o condão de definir as funções estatais, dividindo-se em três e estabelecendo a “fatia” cabível a cada um dos chamados Poderes.

Vale ressaltar que cada Poder possui sua função típica “que não deve ser misturada: criar regras, executá-las e adjudicar conflitos conforme essas regras”.²⁸⁴

Nesta senda, “o judiciário, por exemplo, só pode ter acesso a razões de caráter normativo, pragmático e empírico na medida em que se encaixem na sua tarefa de aplicação do direito de modo coerente”.²⁸⁵

Imperioso destacar o escólio de Paulo Bonavides:

Ontem, a separação de Poderes se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos, mas também da controvérsia de legitimidade acerca de quem dirime em derradeira instância as eventuais colisões de princípios da Constituição. Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.²⁸⁶

Urge frisar, sobre o princípio da separação dos poderes, o escólio de Conrado Hübner Mendes:

A imbricação entre liberdades fundamentais e tribunais, entre proteção de direitos e controle de constitucionalidade, é tida como uma conquista dos regimes democráticos contemporâneos. Não se pensa hoje em democracia

²⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

²⁸⁵ ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. Separação dos poderes e democracia deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. Coleção Teoria & Direito Público. Malheiros, 2008. p.184.

²⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.78.

sem Parlamento, arena típica do conflito de interesses, do “governo dos homens” (*rule of men*). Tampouco em constitucionalismo sem uma Corte Constitucional, lugar de realização última da justiça, do “governo das leis” (*rule of law*), qualificada por predicados como imparcialidade, independência e neutralidade partidária. Ainda que haja divergência sobre cada conceito, é seguro dizer que cada um desses ideais definiu seu espelho institucional.²⁸⁷

Destarte, o princípio da separação dos poderes, teria como finalidade, que “nenhum dos poderes detenha a totalidade do poder estatal e que, ao mesmo tempo, sirvam de freios e contrapesos”, evitando “o controle e consequente abuso do poder em prol das liberdades individuais”.²⁸⁸

Entretanto, o que se tem observado é justamente a expansão do Poder Judiciário, cujos “tentáculos” alcançaram a seara política e das relações sociais.

No Brasil, desde a chamada crise política, que resultou no *impeachment* da Presidente, é evidente a crescente intervenção do Judiciário que, com o intuito de “desatar os nós da disputa político-partidária ou, no limite, destravar o sistema político, bloqueado pelo enfraquecimento da coalisão que sustentava o governo”. Aliás, o modelo político brasileiro - “programado para produzir crises cíclicas” - se consubstancia em terreno fértil para a intervenção do judiciário nas questões políticas.²⁸⁹

Para Eros Roberto Grau, juízes e tribunais tem se apropriado da função de legislar, ou seja, o Judiciário tem invadindo o âmbito de competência do Legislativo. “Passamos a viver não mais sob um Estado de direito, porém submissos a um Estado de juízes”. Juízes “hão de ser submissos às leis, garantindo sua aplicação”. Cabe ao Legislativo substituir os “preceitos declarados inconstitucionais”.²⁹⁰

Vale ressaltar que a aplicação do ativismo judicial não tem se limitado ao controle de constitucionalidade. Conforme o ensinamento de Elival da Silva Ramos,

²⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.10.

²⁸⁸ GUASQUE, Bárbara; OLIVIERO, Maurizio. Separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 49.

²⁸⁹ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.238-241.

²⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Juízes que fazem as suas próprias leis**. Disponível em: <<http://www.puggina.org/artigo/outrosAutores/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis/9272>>. Acesso em: 20/12/2016.

“a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais”.²⁹¹

Destarte, pode-se observar a aplicação do aludido fenômeno jurídico na “fiscalização de atos legislativos ou administrativos-normativos”, no “controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado”.²⁹²

O Poder Judiciário vem, gradativamente, figurando como ator político, e “produzindo fortes intervenções” “tanto como injunções no âmbito do Legislativo, como com decisões que chegam ao limite da ingerência com relação ao Executivo” ou “com interferências decisivas em debates públicos sobre temas” de grande repercussão e mobilização social.²⁹³

Todavia, o fortalecimento do poder judiciário nas democracias ocidentais contradiz a ideia de Montesquieu sobre a “nulidade” de um poder que deveria ser politicamente neutro, “o mais fraco dos poderes”. O protagonismo do poder judiciário é evidenciado pela mídia, que se beneficia com a judicialização das dimensões social, política e econômica em nossa atualidade, na medida em que certos temas são tratados de forma espetacularizada, propiciando um aumento considerável da audiência. As empresas de comunicação, que seguem a lógica do mercado, beneficiam-se com a tendência mundial do aumento desmesurado da demanda social pela tutela jurisdicional, contribuindo para a formação de uma opinião pública convicta de que a busca dos direitos nas instâncias judiciárias, sejam individuais, sejam coletivas, se traduza na realização plena da cidadania e de participação ativa na democracia, ou seja, a judicialização das dimensões social e política conduz à ideia de que tudo se resolve por meio da justiça, o que leva a uma desneutralização do judiciário *pari passu* com uma neutralização da política.²⁹⁴

Ocorre que, através do ativismo judicial, o Poder Judiciário distorce o sentido do dispositivo constitucional, “deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional”. “Se o caso envolve o cerceamento de atividade de outro Poder” “haverá interferência indevida”,²⁹⁵

²⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. Sarava: 2015, p. 140.

²⁹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. Sarava: 2015, p. 140.

²⁹³ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.225.

²⁹⁴ TONELLI, Maria Luiza Quaresma. A judicialização da política e a soberania popular. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2013. p. 36.

²⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. Sarava: 2015, p. 141-142.

agredindo o princípio da separação dos Poderes.

Para Gilmar Mendes, “a intervenção do Poder Judiciário, ante omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível”.²⁹⁶

Outrossim, “Niklas Luhmann pai da ‘teoria sistêmica’, posiciona-se arredio ao ativismo”.²⁹⁷ Aliás, Luhmann levanta questão interessante acerca do tema em tela:

Já na esfera funcional imediata dos direitos reconhecidamente fundamentais existem problemas complementares que só dificilmente poderiam ser tratados no contexto dessa forma de técnica jurídica – pensemos apenas no problema da estabilidade do dinheiro como complemento à proteção da propriedade, ou no problema da concentração da imprensa como complemento dos direitos fundamentais na cultura e na política. Tanto o legislador, quanto a dogmática da ciência Jurídica e a própria jurisprudência deveriam responder se, e até que ponto, tais problemas poderiam ser resolvidos através da realização expansiva dos direitos fundamentais (por exemplo da interpretação dos direitos fundamentais como idéias gerais sobre valores vinculando toda a comunidade política), ou se para tanto deveria ser desenvolvido um instrumental técnico-jurídico mais diferenciado, a ser dotado de status constitucional.²⁹⁸

Ainda no escólio de Niklas Luhmann:

Essa caracterização do direito dos juizes ou da legislação através da jurisprudência inclui recursos ao antigo direito dos juristas, por exemplo quando se acentua nos juizes a neutralidade política, a articulação da consciência jurídica na sociedade, a responsabilidade pelas consequências das decisões e a sensibilidade para o deslocamento cuidadoso das imagens dogmáticas do direito. A isso acrescentam-se, no entanto argumentos que fundamentam uma contribuição especial do juiz a partir de sua posição em um processo decisório diferenciado: a partir do seu controle direto das sanções do direito, da sua proximidade com os casos apresentados e a concretude de sua experiência jurídica quotidiana, sua lida com normas inacabadamente determinadas, de sua decisão fixada legalmente em termos apenas programáticos e não definitivos.²⁹⁹

Conforme José de Ribamar Barreiros Soares, a inércia do Poder Legislativo não pode ser utilizada como pretexto para o ativismo judicial. Aliás, o que existe é “falta de interesse político em modificar o sistema legislativo vigente, o que se

²⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002/2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

²⁹⁷ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial progressista e a garantia dos direitos humanos no paradigma do estado democrático de direito**. Revista online FADIVALE, Ano VII, n.7, 2011. p.27.

²⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 83-84.

²⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 236.

observa pela rejeição, não apreciação ou arquivamento de proposições”. Há um “interesse em manter o status quo, o que não se confunde com inércia”.³⁰⁰

O Judiciário não possui a mesma legitimidade democrática que os demais Poderes, ao passo que “uma interferência do Judiciário poderia implicar violação do pacto democrático, e conseqüentemente uma crise democrática”.³⁰¹

Nesta senda, o ativismo judicial “consiste numa corrupção entre os Poderes no interior da sistemática jurídica”. “O sistema de controle recíproco” “deve exercer” papel fundamental para a democracia, mas tem se demonstrado cada vez mais frágil, “em face do direcionamento das expectativas democráticas ao Judiciário”. Lembrando que, diferentemente dos Poderes Executivo e Legislativo, os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo voto popular.³⁰²

Além disso, quando “inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador”, sob risco de “perder sua legitimidade democrática” (que é indireta) e “da aristocratização do Estado e do Direito”.³⁰³

Neste diapasão é a concepção de Humberto Ávila:

Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo. Se a própria Constituição não contém regra a respeito de determinada matéria, antes reservando ao Poder Legislativo a função de editá-la, se ele exercer a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos limites constitucionais, aliás também fornecidos pelos princípios constitucionais, especialmente os formais, a mera desconsideração da regra [...] culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por conseqüência, do princípio da Separação dos Poderes.³⁰⁴

O tribunal, diferentemente do Congresso, não é um sistema social.

³⁰⁰ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015 (Série temas de interesse do legislativo, n. 32), p. 48.

³⁰¹ PINHEIRO, Regis Gonçalves. **A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil**. Revista CEJ, Ano XVII, n.59. Brasília: jan/abr. 2013. p.107.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.176.

³⁰³ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navegandi, Teresina, 04/06/2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 24/12/2017.

³⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17. Salvador: jan./fev./mar. de 2009, p. 8.

Diferentemente do caso de um parlamentar, os fatores que impõem limites efetivos à discricionariedade de um magistrado extrapolam sua experiência laboral.³⁰⁵

Daniel Sarmento aduz que “não é um bom lenitivo para a crise” “das instituições da democracia representativa, a transferência de poder para uma instância não-responsiva perante a vontade popular, como o Judiciário”.³⁰⁶

Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, magistralmente assevera que o Poder Judiciário não pode invadir a esfera de atuação dos demais Poderes. Caso haja “lei ou ato normativo baixado pelos órgãos legitimados para esse fim, o direito pode ser garantido judicialmente. Se existe omissão de lei” - ou norma -, “o Judiciário só pode apreciá-la diante dos instrumentos previstos na Constituição”. Decisões judiciais com estas, além de atentarem contra a separação dos poderes, também acarretam insegurança jurídica.³⁰⁷

Insta frisar a lição de Jürgen Habermas:

Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente e do futuro. Icenborg Maus teme, de um lado, que a justiça intervenha em competências legislativas para as quais ela não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do Estado – de tal modo que a legitimação democrática do direito também pode ser solapada por este lado.³⁰⁸

Vale ressaltar a superficialidade com que é proferida no Brasil a expressão ativismo judicial. “Transforma-se um Tribunal em órgão com poderes permanentes de alterar a Constituição, construir normas legais ao alvedrio da própria Constituição Federal”. Não se leva em consideração que há situações na qual o Poder Judiciário não pode invadir a esfera de competência do Poder Legislativo.³⁰⁹

Na visão de OLIVEIRA NETO, esta atuação do Judiciário “traz mais prejuízos

³⁰⁵ POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Traducción de Victoria Roca Pérez. MADRID: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011, p. 113. Tradução livre.

³⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 20/12/2017.

³⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 834-837.

³⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 306.

³⁰⁹ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v.19, n.1, jan/abr. 2017, p.268.

a democracia do que benefícios, já que cria uma espécie de ‘atalho’ para sua conquista, desprezando o campo próprio dela, que é o espaço político”.³¹⁰

Segundo o magistério de Gomes Canotilho, os juízes devem decidir as questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas.³¹¹

É válido destacar a concepção de Cláudio Ladeira Oliveira:

O ativismo judicial, defendido por parcela da opinião pública como garantia de que a “racionalidade” do STF conteria a “irracionalidade” da ação política do Legislativo, produziu outras crias. O Supremo ocupou cada vez mais espaços – hoje não apenas tem o instrumento constitucional da súmula vinculante, mas desfrutou (pelo menos até agora) de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o “clamor público”, e com esse mandato promoveu a adequação das leis à sua própria racionalidade [do tribunal]. (...) A demonização da política foi o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário; de que os partidos são por princípio venais; e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis, tem legitimado a atuação legislativa do STF.³¹²

Não se pode olvidar que “é papel do Poder Judiciário intervir quando não houver omissão qualificada por um dos poderes, sem que isto importe em violação ao princípio da separação dos poderes”.³¹³

MARINONI lembra que o Poder Legislativo tem ampla liberdade para tomar providências para a tutela de direitos fundamentais, ao passo que o Poder Judiciário “deve atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência”. Ou seja, o juiz “não pode ir além do que é minimamente suficiente para garantir o dever de proteção”.³¹⁴

Nesta senda, de forma didática, Paulo Bonavides magistralmente assevera

³¹⁰ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Orgs.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Coleção principiologica constitucional e política do direito. TOMO 01. p.206-226. Itajaí: UNIVALI, 2016, p.222-223.

³¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1224. Tradução livre.

³¹² OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “Direito como integridade” e “ativismo judicial”: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília: nov. 2008, p. 5449-5450.

³¹³ ORSATTO, Sílvio Dagoberto; BORGES, Gustavo Silveira. Os direitos fundamentais como direito subjetivo à saúde. In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Sílvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil: uma abordagem interdisciplinar**. Erechim: Editora Deviant, 2017, p.34.

³¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1087-1088.

que “ontem, a separação dos Poderes se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais”.³¹⁵

O que se percebe é que o desenho tradicional da separação dos poderes tem se mostrado ineficiente para atender o dinamismo e a evolução de todos os aspectos da vida cotidiana, bem como aos anseios e clamores da sociedade. Ou seja, hoje exige-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, justamente na missão de garantir a observação dos direitos fundamentais e sociais protegidos pela constituição, utilizando-se, inclusive, do Ativismo Judicial para isto.

2.4.2 Aspectos orçamentários

Ainda sob uma perspectiva crítica ao ativismo judicial, um dos principais argumentos seria que as decisões ativistas acabam interferindo no planejamento orçamentário já efetuado.

Na concepção de Gilmar Mendes, tanto na dimensão positiva como na negativa dos direitos sociais é necessário “o emprego de recursos públicos para a sua garantia”.³¹⁶

Aliás, a força vinculante, a exigibilidade ou a própria “juridicidade” dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta duvidosa já que a satisfação destes depende da disponibilidade de recursos por parte do Estado.³¹⁷

Neste diapasão é o pensamento de Alexandre Morais da Rosa:

[...] impera o paradigma do ilimitado acesso à justiça numa perspectiva que desconsidera a realidade de que o Estado é estrutura e seus recursos, finitos. O raciocínio em que se formam os operadores jurídicos é o de que o Estado, esse ente intangível e dantesco, deve garantir tudo a todos. A categoria “social”, aqui, funciona como um passe livre quando invocada ou prevista. No entanto, alguém será invariavelmente excluído dessa operação aparentemente correta: o enfoque à garantia do acesso à justiça, sem se inquirir acerca dos reflexos/consequências/externalidades, têm gerado o caos atual. Com efeito, na prática, não haverá equilíbrio, e muitos (mais)

³¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 649.

³¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002/2010**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

³¹⁷ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 32. Tradução livre.

ficarão de fora, sem acesso, sem direitos. É evidente que o sistema judicial, da maneira em que se encontra, em geral é lento e o resultado, muito demorado. Soluções legislativas são empregadas, mas não se observa grandes modificações, de largo alcance.³¹⁸

Na mesma esteira, Lenio Luiz Streck magistralmente assevera que a atuação “do Supremo Tribunal Federal, por mais que estejam imbuídas de um *sentido programático e sustentada* na ‘melhor ciência jurídica’, representa uma afirmação do imaginário jurídico” e tem como uma das consequências um número excessivo de demandas e recursos.³¹⁹

Em outras palavras, o ativismo judicial, fundamentado no argumento da “promoção da justiça social que bastantes magistrados acreditam ter, desequilibra os orçamentos públicos (finitos) e acabam prejudicando outras áreas”.³²⁰

O ativismo “destrói a possibilidade de planejamento financeiro público”. Ao invés de as verbas serem alocadas de maneira global, através de políticas públicas, os recursos são alocados “através de decisões individualizadas ou grupais”.³²¹

Neste diapasão, seria inadmissível que o Poder Judiciário, em seus julgados, “à revelia da sociedade e dos demais Poderes, arrogue-se da eleição de prioridades nacionais e da efetivação das políticas públicas na área da Saúde, fato ensejador de desequilíbrios e desigualdades ante a escassez dos recursos financeiros”.³²²

Mister salientar, inicialmente, o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que entende não ser “possível ao Judiciário determinar a adoção de medidas que dependem de legislação, como não é possível determinar à Administração a inclusão de verbas no orçamento, desde que não previstas na lei orçamentária”, na

³¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Acesso à justiça: uma proposta de abordagem conforme a análise econômica do direito. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico**. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 02. Itajaí: UNIVALI, 2016. p.33.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Mut(íl)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.224.

³²⁰ MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. **O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde**. Revista Jurídica – CCJ, v. 21, n. 44. Blumenau: FURB, 2017, p. 6.

³²¹ SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 160-161.

³²² DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 74.

LDO ou no PPA.³²³ E mais adiante preleciona:

O próprio rol dos direitos sociais e a contrapartida dos deveres a serem assumidos pelo Estado na garantia dos direitos já leva a uma conclusão: constitui utopia achar que o Estado brasileiro possui condições de cumprir todas as metas constitucionais e satisfazer a todos os “direitos” dos cidadãos. Por isso mesmo, tais normas sempre foram consideradas programáticas, já que dependem de leis e medidas administrativas para serem concretizadas. Daí a necessidade e importância das políticas públicas: dentre tantas metas postas pela Constituição, as políticas públicas definem as que devem ser atendidas prioritariamente.³²⁴

Na mesma esteira é a concepção de Daniel Sarmiento, que aduz que conquanto seja positivo que o Poder Judiciário demonstre preocupação com questões delicadas, como o direito à saúde, o que se percebe são algumas “decisões equivocadas”, “que podem comprometer políticas públicas importantes, drenar recursos escassos e criar privilégios não-universalizáveis”.³²⁵

Ao determinar o fornecimento de remédios ou o tratamento de doenças, o Judiciário “ignora as implicações de suas decisões nos orçamentos dos entes federativos”, “impactando o equilíbrio inicialmente previsto no orçamento”. Quanto mais julgados desta espécie, maior será o impacto negativo, e, conseqüentemente, o orçamento “se revelará cada vez mais insuficiente”.³²⁶

Dito de outra forma, “ao destinar recursos públicos para uma demanda, o gestor sempre estará deixando de direcionar esses recursos a outras”. Ou seja, quanto mais o Judiciário “atender e priorizar a garantia dos direitos individuais, menos recursos restarão para o bem coletivo”.³²⁷

Conquanto haja uma corrente desfavorável ao ativismo judicial, o argumento da falta de recursos não pode servir de pálio para a não efetivação dos direitos fundamentais sociais. Aliás, como será visto mais a frente, os recursos desviados

³²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 837.

³²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 831.

³²⁵ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Disponível em: < <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 20/12/2017.

³²⁶ PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. **Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário**. Revista brasileira de políticas públicas, v.5, número especial. Brasília: 2015, p. 303-304.

³²⁷ PACHECO, Roberto Carlos dos Santos. (Prefácio da obra) In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Silvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil: uma abordagem interdisciplinar**. Erechim: Editora Deviant, 2017, p. 14.

pela corrupção acabam pesando mais no orçamento (ou na falta de orçamento) do que as demandas relacionadas ao ativismo judicial. Até porque a questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente no tocante ao direito à saúde, não pode ser apreciada sob o enfoque custos/benefícios.

CAPÍTULO 3

ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O que se pretende neste capítulo é aprofundar o debate no que diz respeito à aplicação do fenômeno jurídico conhecido como ativismo judicial (já apreciado anteriormente neste estudo), na seara do direito à saúde no cenário brasileiro.

Insta enaltecer, inicialmente, o contexto em que se vislumbra o direito à saúde, bem como a saúde propriamente dita.

Não se pode aceitar “que continuem a ser negligenciados”, “como o têm sido nas últimas décadas, os direitos” sociais. “O descaso com estes” “é triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais”.³²⁸ Em relação ao direito à saúde, a situação não é muito diferente.

Nesta senda, especialmente no Brasil, o cenário é deveras desanimador. A Administração Pública não consegue resolver o problema do acesso à saúde, ao passo que milhares de pessoas acabam sofrendo em intermináveis filas de espera, bem como tem seus pedidos de tratamentos e medicamentos negados. A própria Lei do SUS (8.080/90) escancarou ainda mais a situação problemática da saúde no Brasil. “O conflito de competências e a discricionariedade presente, muitas vezes, nos atos administrativos que visam prover a saúde tornam o seu oferecimento moroso, prejudicando a população”.³²⁹

Aliás, “o reconhecimento dos direitos sociais como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas”.³³⁰

O que se percebe é que as instâncias tradicionais não estão conseguindo atender às demandas sociais. Conforme visto anteriormente, os Poderes Executivo

³²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**. São Paulo, v. 40, n. 1, p. 167-177, 1997. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73291997000100007>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016, p. 170.

³²⁹ MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. **O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde**. Revista Jurídica – CCJ, v. 21, n. 44. Blumenau: FURB, 2017, p. 6.

³³⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 139.

e Legislativo, por uma diversa gama de razões, não têm conseguido acolher os anseios populares.

Ocorre que há um questionamento por parte da doutrina à respeito da utilização do ativismo judicial, conforme assevera Márcio Luís Chila Freyesleben:

A crítica a esse tipo de compreensão das normas está na perda/ausência de parâmetros de controle: uma vez que um órgão judicial deixa de se submeter à Constituição e passa a *sacar* “princípios” a partir de outras fontes, torna-se *legibus solutos* (o dono da lei por estar acima dela, inclusive da Constituição).³³¹

Além disso a questão de se os direitos sociais seriam direitos *justiciáveis* também tem ocupado um lugar central nas discussões jurídicas. Como se tem visto, para um importante setor da doutrina a prova que os direitos sociais não podem considerar-se autênticos direitos fundamentais seria a impossibilidade de garanti-los por vias judiciais.³³²

De qualquer forma, não há que se discutir a justiciabilidade do direito à saúde. Isto porque, mesmo para a corrente que defende que o aludido direito não consta do rol de direitos fundamentais, não há como dissociá-lo do direito à vida (este indiscutivelmente direito fundamental).

É cediço que quando uma pessoa se encontra em um precário estado de saúde, se não fizer um tratamento (que não tem como custear) acabará morrendo. Portanto, ordenar o tratamento clínico ou cirúrgico equivale a proteger o direito à vida. Há uma conexão entre o direito à saúde e o direito à vida.³³³

Neste cenário, surge o questionamento, se podem (ou devem) ser submetidas à “apreciação do judiciário as violações dos direitos sociais realizadas mediante omissões do poder público. No caso brasileiro, as chamadas normas programáticas” que “levam a falta de políticas públicas relacionadas com a exclusão social”.³³⁴

³³¹ FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. **Ativismo judicial e o serviço de saúde**. Disponível em <<http://marciochila.blogspot.com/2017/08/o-ativismo-judicial-e-o-servico-de-saude.html>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

³³² PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 88. Tradução livre.

³³³ DÍAZ, Carlos Gaviria. Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 77. Tradução livre.

³³⁴ GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e a questão da sustentabilidade: reflexões sobre direito à saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano**. Revista FSA,

É válido ressaltar que “as disposições que instituem direitos sociais”, como o direito à saúde, requerem “a intervenção ativa do Estado e de grupos pluralistas” no desenvolvimento dos “programas por elas exigidos”.³³⁵

Contudo, não se pode olvidar que quando o texto constitucional consagra um direito como fundamental, “ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial”.³³⁶

Soma-se a isto o fato de que as “normas constitucionais que garantem direitos fundamentais são dotadas de imperatividade”, não podendo implicar “promessa constitucional inconsequente”.³³⁷

Destarte, é atribuição do Poder Judiciário intervir nas situações nas quais “direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa”³³⁸, bem como “fiscalizar a atividade dos demais poderes e suprir suas omissões”.³³⁹

Dito de outra forma, diante de omissões da Administração Pública, os interessados podem acionar o Judiciário.³⁴⁰

Destarte, como bem assevera Joaquim Barbosa, não se pode acolher como argumentos contrários à judicialização de demandas relacionadas à saúde a “reserva do possível”, “impossibilidade do controle dos atos administrativos pelo Judiciário” ou “ausência de conhecimento técnico pelo magistrado” “sem a devida ponderação como um escudo contra a realização do direito fundamental à saúde”.³⁴¹

Teresina, v.10, n.4, art.8, p.133-163, Out./Dez. 2013, p. 142.

³³⁵ DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**.

Revista Sequência, v. 16, n. 31. Florianópolis: UFSC, 1995, p. 95.

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 20/12/2017, p.12.

³³⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas,2013. p. 152.

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 20/12/2017, p.12.

³³⁹ GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2015, p. 64.

³⁴⁰ MOREIRA, Nelson Camatta; NEVES, Rodrigo Santos; BESSA, Silvana Mara de Queiroz; RUDIO, Alexsandro Broeto. Judicialização da política de proteção ambiental na expansão da exploração do petróleo no Espírito Santo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 3, n. 1, p. 79-105. Curitiba: jan. /jun. 2012, p.87.

³⁴¹ BARBOSA, Joaquim Benedito. **Barbosa diz que judicialização da saúde é tema superlativo**.

Curial enaltecer que “a amplitude de competências decisórias estatais do Poder Executivo” relacionadas ao direito à saúde “não afasta a possibilidade de que essas decisões sejam objeto de apreciação pelo Poder Judiciário”.³⁴²

Na mesma linha, Teori Zavaski aduz que nos casos de ameaça ou violação de “direito individuais ou coletivos constitucionalmente assegurados” o Judiciário estaria respaldado a conferir “a necessária tutela jurisdicional”.³⁴³

É tarefa do judiciário garantir a “trilogia Constituição-Direito-Democracia”, ao passo que, baseados nesta premissa, seus membros “têm se posicionado em litígios os mais complexos possíveis, a exemplo da concessão de medicamentos” para pessoas sem condições financeiras de adquiri-los.³⁴⁴

Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, uma das principais razões para esta postura ativista do Poder Judiciário seria justamente “a necessidade de fazer valer a Constituição, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”. Neste diapasão, o Ministro, aduz, sobre o direito à saúde, que quando o Poder Judiciário age suprimindo omissões está na realidade obedecendo aos preceitos constitucionais, ou seja, agindo na inércia dos demais Poderes para restaurar a ordem constitucional.³⁴⁵

Nesta mesma esteira, Joaquim Barbosa magistralmente assevera que aqui “no Brasil, a desigualdade no campo da saúde é tão expressiva, que se tornou imperativo para o Poder Judiciário atuar com bastante rigor e precisão para impedir que o fosso entre os cidadãos se alargue ainda mais”.³⁴⁶

Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-03/joaquim-barbosa-judicializacao-saude-problema-superlativo>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

³⁴² AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos: novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124.

³⁴³ ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.20.

³⁴⁴ FACHIN, Zulmar. Funcoes do Poder Judiciario na sociedade contemporanea e a concretizacao dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 10/08/2017.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL-AgR 47**. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, Julgado em 17.03.2010, DJe 30.04.2010.

³⁴⁶ BARBOSA, Joaquim Benedito. **Barbosa diz que judicialização da saúde é tema superlativo**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-03/joaquim-barbosa-judicializacao-saude-problema-superlativo>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

Logo, o ativismo judicial na área de direitos sociais pode ser especialmente relevante, dada a íntima relação existente entre direitos sociais e participação política. A ausência de políticas públicas destinadas a pôr em prática os direitos sociais dificulta a participação política das pessoas com mais desvantagens e, portanto, mina o valor total do processo democrático.³⁴⁷

3.1 DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS E O CUSTEIO DE TRATAMENTOS

É cediço que se tem observado com uma frequência cada vez maior a provocação do Poder Judiciário no intuito de compelir a Administração Pública no cumprimento de determinada prestação referente à saúde.

Imperioso enaltecer que o direito à saúde não somente exige a outorga estatal de medicações gratuitas ou a baixos preços, mas também abrange a não contaminação de um rio ou a não comercialização de produtos alimentícios em mau estado.³⁴⁸ Nesta esteira, também englobaria a construção de sistemas de tratamento de esgotos, uma vez que a água que atenda a padrões de pureza está diretamente relacionada à saúde pública e a própria vida.³⁴⁹

Todavia, urge frisar que, no âmbito do direito à saúde, a maior intervenção do Judiciário é observada nos casos de distribuição de medicamentos e prescrição de tratamentos, determinando que União, Estados e Municípios arquem com os custos correspondentes.

É válido destacar que “as ações de medicamentos surgiram nos anos 1990, tendo como objeto o tratamento de enfermidades específicas, como HIV/Aids. Hoje essas demandas são mais diversificadas”.³⁵⁰

Não se pode olvidar que, no tocante à distribuição de medicamentos, a competência está distribuída “em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais”, ou seja, “diferentes níveis legislativos” “elaboram listas de

³⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. **¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?** Perfiles Latinoamericanos, v. 13, n. 28. México: jul. /dez. 2006, p. 22. Tradução livre.

³⁴⁸ CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidad directa.** México: Editorial Flores, 2014, p. 30. Tradução livre.

³⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002, p.275.

³⁵⁰ LEMOS, Junia Coelho. A judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no poder executivo. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 399-400.

medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população”.³⁵¹

Diversos tribunais, de fato, têm desenvolvido, seja a partir do Direito internacional dos direitos humanos ou a partir das próprias constituições, padrões mínimos ou essenciais em matéria de direitos sociais e obrigações, tanto para os poderes públicos como para atores privados. A Suprema Corte argentina, por exemplo, incluiu o acesso a medicamentos e a tratamentos sanitários como elementos essenciais do direito à saúde.³⁵²

Nos Tribunais de Justiça brasileiros, conforme a concepção de ORSATTO e BORGES, “é unísono o entendimento” “no sentido de que é legítima a atuação do Poder Judiciário quando, por ação ou omissão do Poder Público, existe a ameaça de violação aos Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição”.³⁵³

Aliás, a questão já foi discutida nos Tribunais Superiores, conforme pode-se observar no RE 607.381 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011:

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios [...] o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional [...].³⁵⁴

Imperioso salientar que é possível classificar em quatro espécies as demandas referentes ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde. As duas primeiras referem-se ao pleito de medicamentos, sendo uma de medicamentos disponíveis e a outra de medicamentos indisponíveis no SUS; A terceira categoria consiste nas “demandas geradas por condutas médicas discordantes dos Protocolos Clínicos ou de ações programáticas definidas pelo SUS”; Há ainda aquelas referentes aos planos de saúde, quando usuários, devido à limitações do plano,

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 20/12/2017, p.17.

³⁵² PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.70. Tradução livre.

³⁵³ ORSATTO, Sílvio Dagoberto; BORGES, Gustavo Silveira. Os direitos fundamentais como direito subjetivo à saúde. In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Sílvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil: uma abordagem interdisciplinar**. Erechim: Editora Deviant, 2017, p.34.

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.203.244-SC (2010/0137528-8)**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 09.04.2014, S1 – Primeira Seção, DJe 17.06.2014.

demandam “procedimentos que não são cobertos no setor suplementar”.³⁵⁵

Vale ressaltar que a intervenção do Judiciário “mais que salutar é certamente devida” nos casos, por exemplo, “de ações que reclamam medicamentos constantes nas listagens do SUS”.³⁵⁶

Cabe então ao Poder Judiciário verificar se as políticas públicas de saúde “atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário”. “Pode ocorrer de medicamentos requeridos constarem das listas do Ministério da Saúde”, mas, por falhas no gerenciamento, não estão sendo distribuídos à sociedade. O caso em tela seria um exemplo no qual seria cabível a intervenção judicial para efetivar o direito à saúde.³⁵⁷

Ocorre que a morosidade e burocracia, verificadas no processo legislativo e no próprio Poder Executivo, acabam implicando desatualização das listas de medicamentos e tratamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde.

Aliás, “diante da complexidade da realidade social, a divisão estanque de poderes e suas respectivas competências é ineficiente”.³⁵⁸

Com o advento de novas descobertas e inovações tecnológicas parece inviável legisladores nos “moldes de legalidade novecentista”. “As denominadas listas de medicamentos” têm “eficácia limitada”. “As insuficiências da legalidade estrita que acarretam prejuízo à dignidade humana” podem ser suprimidas pela intervenção judicial.³⁵⁹

Diante deste quadro, resta à população, diante de lesão ao direito à saúde, recorrer ao Poder Judiciário “no desiderato de realizar a preconizada Justiça Social”, para pleitear a realização de tratamentos médicos ou distribuição de medicamentos.

³⁵⁵ LEMOS, Junia Coelho. A judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no poder executivo. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 400.

³⁵⁶ DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 74.

³⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 635.

³⁵⁸ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do planejamento e da execução de políticas públicas pelo estado brasileiro, voltadas ao alcance do bem-comum, no cenário da globalização econômica. IN: PASOLD, Cesar Luis (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 48.

³⁵⁹ MOURA, Elisangela Santos de. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988/3>>. Acesso em: 29/12/2017.

Destarte, o Judiciário “interfere nas relações entre entes privados, na qualidade de garantidor do Direito à Saúde” e “implementador de políticas sociais” conforme suas próprias percepções.³⁶⁰

Neste diapasão, “multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município” “a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais”.³⁶¹

Vale ressaltar que não se pode confundir o direito à saúde com farmácia, conforme preleciona Mario Luiz Chila Freyesleben:

[...] pacificado o entendimento de que o Estado é obrigado a fornecer serviço de saúde incondicional e ilimitado à população, o Judiciário transformou-se na porta aberta ao abuso. De minha Procuradoria, tive ensejo de ver transitar de tudo: do Emplasto Sabiá ao azul de metileno, passando por toda sorte de mezinhas e unguentos. A persistir a toada, ainda assistirei ao Poder Público, sob vara, fornecer ao “idolatrado cidadão carente” – com base na mesma ladainha principiológica – “despachos de macumba”, “terapia prânica”, “reiki”, “benzeduras mediúnicas”, “cirurgias espirituais com o doutor Fritz”, “sessões de exorcismo com o Bispo Edir Macedo”, e – sabe-se lá! – tudo mais que puder brotar da imaginação dessa gente inzoneira que assiste nas terras desse Brasil lindo e trigueiro. E, certamente, não deverá fazer espécie quando vierem pedir ao Estado que lhes custeie o papel higiênico, o sabão, a bucha e o servidor público encarregado da profilaxia do “cidadão carente”, pois, afinal de contas, a saúde é como aveia para mingau: é melhor que seja sempre “integral”.³⁶²

Caso “todos, independentemente da condição social, tivessem direito a todos os tipos de medicamentos” “não haveria razão para adquiri-los por intermédio de recursos próprios”. Não haveriam farmácias e nem “planos de saúde privados”.³⁶³

Imperioso ressaltar que não são somente os medicamentos constantes dos programas do SUS que podem ser distribuídos. O Poder Judiciário não deve restringir “os medicamentos que devem ser fornecidos pelo Sistema de Saúde

³⁶⁰ GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2015, p. 71.

³⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2016.

³⁶² FREYESLEBEN. Márcio Luís Chila. **Ativismo judicial e o serviço de saúde**. Disponível em <<http://marciochila.blogspot.com/2017/08/o-ativismo-judicial-e-o-servico-de-saude.html>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

³⁶³ MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A judicialização da saúde. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Orgs.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 259.

Pública, em especial quando é notória a sua morosidade em acolher inovações necessárias”. Mister encontrar um denominador comum para equilibrar orçamento e direito à saúde.³⁶⁴

Outra situação é a condenação de determinada unidade da federação custear a paciente um medicamento importado (e de elevado custo) “cuja importação fora proibida pela ANVISA, à vista de pesquisas que haviam comprovado a sua ineficácia, com base apenas na prescrição do médico particular do jurisdicionado”.³⁶⁵

Ocorre que, nestes tipos de caso, é comum, além destes medicamentos serem mais caros que os nacionais, os mesmos não constem das listas dos SUS e “sequer possuem eficácia comprovada”. É óbvio que, o paciente, no intuito de obter a cura, recorrerá a todos os meios possíveis e imagináveis. No entanto, não se pode olvidar que os laboratórios “almejam o lucro”, podendo “chegar ao ponto de ludibriar alguns médicos” (ou mesmo alguns juízes) para conseguir comercializar seus produtos.³⁶⁶

Em que pese muitas questões judicializadas na área da saúde realmente serem baseadas na violação de direitos fundamentais, não se pode olvidar que há diversas demandas com outras finalidades:

Mas há, de outro lado, e em determinadas circunstâncias, abuso de direito de ação, em que a pretensão do autor do processo não está contemplada pela extensão do direito à saúde ou quando há a utilização do Judiciário como instrumento para a prática de ilicitudes (existem várias denúncias relacionadas, v.g., ao mercado de próteses, órteses, materiais especiais e de medicamentos ainda não registrados no mercado nacional).³⁶⁷

Conquanto Canotilho não seja simpatizante do ativismo judicial e entenda que “as políticas públicas não podem ser decididas pelos tribunais”, mas sim pelos órgãos legitimados pela Constituição, o jurista português preleciona que, na tutela do “bem da vida”, “os tribunais devem ter legitimação para solucionar” o caso: “existem

³⁶⁴ MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A judicialização da saúde. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Orgs.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 256-257.

³⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 20/12/2017.

³⁶⁶ MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A judicialização da saúde. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Orgs.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 257-258.

³⁶⁷ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 79.

medicamentos raros e certa falta de compreensão para situações específicas”.³⁶⁸

Um caso emblemático no tocante ao direito à saúde foi a decisão do STF na STA 175, em AgR julgado em 10.03.2010:

(...) 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 (...).³⁶⁹

A partir do caso em tela, o STF “traçou alguns critérios que podem fornecer balizas mais seguras para o assunto”³⁷⁰, os quais estão elencados abaixo:

1. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Isso porque, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. 1.1 Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é preciso verificar se a falta de prestação de saúde decorre de: 1.1.1. omissão legislativa ou administrativa; 1.1.2. decisão administrativa de não fornecê-la; ou 1.1.3. vedação legal expressa à sua dispensação. Nesse caso, é preciso atentar para o fato de a prestação de saúde estar registrada ou não na ANVISA. Isso porque não raro busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Poder Público ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na ANVISA. Como ficou claro nos depoimentos prestados na audiência pública, e como *regra geral* a ser adotada, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. Apenas em *casos excepcionais*, cuja verificação ocorrerá em concreto, a importação de medicamentos não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA.

2. O segundo dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, põem ocorrer duas situações: 2.1. A primeira, quando o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente. Como regra geral, a obrigação do Estado, à luz do disposto no art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os

³⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/impreso/brasil/politicas-publicas-nao-sao-atribuicao-dos-tribunais>>. Acesso em: 24/12/2017.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, Julgado em 17.03.2010, DJe 30.04.2010.

³⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 643.

“Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar o consenso científico vigente. Não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, como regra 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; essa sistemática pressupõe, porém, a necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade, ainda que excepcional, de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Assim, em casos excepcionais, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS poderão ser contestados judicialmente.

2.2. A segunda situação ocorre quando o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesse casos, é preciso diferenciar (2.2.1) *os tratamentos puramente experimentais* dos (2.2.2) *novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro*.

2.2.1. Os *tratamentos experimentais* (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Como esclarecido na audiência pública da Saúde por profissionais da área de saúde, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

2.2.2. Quanto aos *novos tratamentos* (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na audiência pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes; por outro, a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Assim, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por

ações individuais como coletivas.

3. Em todo caso, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se como um obstáculo à concessão de medidas cautelares. Assim, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, há a necessidade de adequada instrução das demandas de saúde, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.³⁷¹

Outro caso que merece destaque, não em relação à distribuição de medicamentos, mas diz respeito a realização de cirurgia em paciente com graves problemas e economicamente hipossuficientes. Em João Pessoa, um recém-nascido com uma doença grave necessitava de uma cirurgia de emergência não disponível pelo sistema de saúde (público ou privado) do Estado da Paraíba. Os pais recorreram ao Ministério Público Federal, ocasião em que foi distribuída uma ação onde foi requerido o custeio do tratamento e disponibilização de UTI aérea para transportar o bebê. “Com o pedido distribuído ao final do expediente forense, o juiz marcou uma audiência na manhã do dia seguinte. O caso demandava tanta urgência que as partes foram intimadas por telefone. Resultado: o estado da Paraíba e a União se responsabilizaram por todos os gastos” e um dia após a audiência o recém-nascido efetuou a cirurgia com sucesso em São Paulo.³⁷²

No caso em tela, a intervenção judicial possibilitou não somente a efetivação do direito à saúde, mas sim do direito à vida do recém-nascido.

Outro ponto bastante debatido diz respeito ao direito à igualdade: o ativismo judicial nas questões de saúde pública estaria violando o aludido direito. Ocorre que, aquele paciente que ingressa no Judiciário para buscar seus direitos acabaria passando na frente na fila dos demais pacientes.

Conforme Daniel Sarmiento, o ativismo judicial no âmbito do direito à saúde, algumas vezes, se mostra equivocado, como nas decisões ordenando internação de pessoas no Instituto federal para tratamento de câncer (Apelação em MS nº 2002.51.01.018517-9, 4ª Turma do TRF 2ª região, Rel. Des. Fed. Arnaldo Lima, em

³⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 643-646.

³⁷² SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **Entre a técnica e a efetividade**: o ativismo judicial como instrumento de garantia dos direitos fundamentais. AREL FAAR, v.1, n.1. Ariquemes, RO: mai.2013, p.87-88.

17/03/2014; Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.003581-8, 7ª Turma do TRF 2ª região, Rel. Des. Fed. Reis Friede, em 22/06/2005; Agravo de Instrumento nº 2006.02.01.005318-7, 7ª Turma do TRF 2ª região, Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, em 27/09/2006), “ignorando tanto as filas existentes para acesso a esta unidade de saúde como os critérios médicos que ela emprega para selecionar seus pacientes”.³⁷³

Neste caso o desafio consiste justamente em definir a saúde pública como um bem comum que equilibre as dimensões individual e coletiva. Neste diapasão, mister que “se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial”, ao passo que não se atendam “somente aqueles que acorrem de pronto ao poder público”, sob “risco de esvaziar a possibilidade de atendimento” daqueles que não buscaram a via judicial para efetivar sua demanda.³⁷⁴

Na concepção de Canotilho, o Poder Judiciário pode até ter participação, mas não protagonismo. “Até porque, quando determina a entrega de um medicamento a um cidadão, ele não está resolvendo o problema da saúde”. Quem possui a incumbência e a responsabilidade pelas políticas públicas sociais seriam justamente os demais Poderes.³⁷⁵

Outro ponto bastante polêmico diz respeito ao acesso a medicamentos de alto custo por decisão judicial. Nesta senda, vale ressaltar o Recurso Extraordinário 566471, no qual o Estado do Rio Grande do Norte se recusou a fornecer medicamento a uma senhora idosa e carente, alegando alto custo e ausência de previsão no programa estatal. Urge frisar o voto do Ministro Marco Aurélio que “apontou dois critérios para que o Judiciário possa concretizar o direito à saúde: a imprescindibilidade do medicamento para o paciente e a incapacidade financeira para sua aquisição”.³⁷⁶

Vale ressaltar que o STF, desde 2007, discute sobre o dever dos Estados de

³⁷³ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 20/12/2017.

³⁷⁴ LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**. Revista de Direito Sanitário, v.9, n.1. São Paulo: Mar./Jun. 2008, p.53.

³⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Disponível em: < <https://www.valor.com.br/impreso/brasil/politicas-publicas-nao-sao-atribuicao-dos-tribunais>>. Acesso em: 24/12/2017.

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 566.471**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em 19.03.2010, DJe 14.05.2010.

fornecer medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS a pacientes sem condições financeiras. Em 2016 foi suspenso o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718, que versam, respectivamente, sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na ANVISA, ambos com repercussão geral reconhecida.

3.2 DA LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Os aspectos financeiros consubstanciam-se em um dos principais entraves para a efetividade do direito à saúde. É cediço que o orçamento público possui limites, sendo impossível atender todas as demandas da população, aliás não somente na área da saúde, mas também de outros setores que também compõem a agenda de desenvolvimento socioeconômico do Brasil. Neste sentido:

[...] direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.³⁷⁷

Na mesma linha os apontamentos da Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça:

1. Esta Corte tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem *disponibilidade financeira* para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de *comprovada necessidade*. [...]. 4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adequa ao seu tratamento. 5. *In casu*, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção

³⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 811608/RS 2006/001235298**, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 15.05.2007, publicado no DJ 04.06.2007.

ofertada. 6. Recurso ordinário improvido.³⁷⁸

O que se tem verificado é que parcela significativa do orçamento público acaba sendo utilizada para atender à judicialização de políticas públicas de saúde, ao passo que vários estados da federação acabam gastando mais recursos em pagamentos de ações judiciais do que os empregados nos próprios orçamentos. É o caso de São Paulo, onde “os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento” anual para a aquisição de medicamentos.³⁷⁹

Urge frisar que não é atribuição do Poder Judiciário a elaboração do orçamento público, tampouco sua alteração, como destaca FREYESLEBEN:

[...] não pode o Magistrado, no exercício da jurisdição, à guisa de dar efetividade ao direito, criar despesa pública não prevista em orçamento. Admitir a interferência do Judiciário nas políticas públicas é guindá-lo à condição de gestor público, à revelia da lei, ao arrepio da separação dos Poderes. Sendo finitos os recursos financeiros, a imposição de ônus não previsto no orçamento irá ter com o velho adágio do cobertor curto, ou com a famosa máxima de Friedman de que “não há almoço grátis”. Como qualquer outro direito fundamental, o direito à saúde não é absoluto ou ilimitado. Ao contrário, encontra limites em direitos igualmente consagrados pela Constituição e na capacidade econômica do Estado. Daí, então, a minha insistência na mesma cantilena: a intervenção judicial deve ser reservada às hipóteses em que o Estado agir com abuso de poder.³⁸⁰

Neste diapasão, na Comarca de Itajaí-SC, a juíza titular da Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos, Sonia Maria Mazzetto Terres, indeferiu liminar que pleiteava fornecimento de fármaco não padronizado pelo SUS e de valor expressivo. Para fundamentar sua decisão, a juíza utilizou dados do Portal da Transparência do município de Itajaí, que apontou o “empenho de R\$ 10,6 milhões para aquisição de medicamentos em 2016 e 2017”, ao passo que os sequestros judiciais, no mesmo período, chegaram à importância

³⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS 200802642941**. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17.06.2009.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 24/12/2017.

³⁸⁰ FREYESLEBEN. Márcio Luís Chila. **Ativismo judicial e o serviço de saúde**. Disponível em <<http://marciochila.blogspot.com/2017/08/o-ativismo-judicial-e-o-servico-de-saude.html>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

de R\$ 2,2 milhões, distribuídos entre 102 beneficiários. Vale ressaltar que, tendo como base a população do município de Itajaí - que conforme o IBGE seria de 212.615 pessoas – “o resultado final apontou que 21,4% do valor total para a compra de medicamentos foram destinados a 0,04% da população local”.³⁸¹

Mister destacar que, conquanto existam limitações orçamentárias, especialmente no cenário brasileiro, o maior problema não reside na judicialização de políticas públicas, mas sim no desvio de recursos pela classe política.

Um levantamento, feito a partir de informações dos órgãos públicos de controle, aponta que R\$ 40 bilhões foram perdidos com a corrupção em sete anos, de 2002 a 2008. No que toca à área da saúde, nos últimos nove anos, o governo federal contabilizou um orçamento paralelo de R\$ 2,3 bilhões que deveriam curar e prevenir doenças, mas escorreram pelo ralo da corrupção. Esse é o montante de dinheiro desviado da Saúde, segundo constatação de Tomadas de Contas Especiais (TCEs) encaminhadas ao Tribunal de Contas da União (TCU), entre janeiro de 2002 e 30 de junho de 2011.³⁸²

Ou seja, conquanto as limitações orçamentárias sejam constantemente utilizadas como pretexto para a não implantação de políticas públicas de saúde, o que ocorre na realidade é que a morosidade e a inércia na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo são corolário de interesses políticos e disputa por poder. Destarte, limitações orçamentárias não podem servir de justificativa para a inércia na efetividade do direito à saúde:

Claro está que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isto estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dosimetria concretizante do direito em xeque.³⁸³

Nesta esteira, o ativismo judicial ganha importância como instrumento para a garantia do direito à saúde, uma vez que pode servir como mecanismo para

³⁸¹ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiza-considera-efeitos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-negativa-de-liminar>>. Acesso em 17/05/2018.

³⁸² MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A judicialização da saúde. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Orgs.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 262.

³⁸³ LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**. Revista de Direito Sanitário, v.9, n.1. São Paulo: Mar./Jun. 2008, p. 59.

pressionar os administradores públicos nas questões de oferecimento de serviços públicos na área da saúde. A desmoralização com que terão de lidar os administradores que “alegando não possuírem meios de fornecer o serviço, forem obrigados, posteriormente, pelo Judiciário, a executar a medida denotará, à população, a ausência de interesse político em resolver as questões sociais”, ainda mais se a decisão judicial não impactar significativamente o orçamento em questão.³⁸⁴

Da mesma forma, quando o Executivo nega determinada prestação de saúde a um indivíduo. “Essa decisão poderá ser o impulso para o início de um novo processo deliberativo, por meio do qual este mesmo cidadão poderá recorrer ao Poder Judiciário para que este decida sobre a decisão anterior”.³⁸⁵

Destarte, não se pode olvidar que, se existe limitação orçamentária, a “alocação de recursos não pode ficar circunscrita à administração, cabendo ao cidadão, ainda que de forma reduzida, opinar em pelo menos parte do orçamento da saúde”.³⁸⁶

Insta frisar que, conforme preconiza o texto constitucional, as limitações orçamentárias não podem justificar omissão na implementação de políticas públicas, sendo “fundamental a análise criteriosa dos dados empíricos do caso concreto para a justificação das decisões implementadoras de direitos fundamentais prestacionais”. Só assim a intervenção judicial nas políticas públicas ganhará legitimidade.³⁸⁷

Nesta mesma linha é o escólio de SARLET:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão

³⁸⁴ MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. **O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde**. Revista Jurídica – CCJ, v. 21, n. 44, p. 5-24. Blumenau: FURB, 2017, p.18.

³⁸⁵ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos: novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 119.

³⁸⁶ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 93.

³⁸⁷ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.) **Direitos fundamentais da pessoa humana: uma diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012. p.496.

ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento [...] no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo. Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional [...] veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar [...] que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.³⁸⁸

Dito de outra forma, “a garantia de direitos não pode ser um processo que prescindida da análise de viabilidade, sustentabilidade e, em seu princípio, da própria definição e conscientização do que se considera bem comum efetivamente”.³⁸⁹ Principalmente quando está em risco o direito à vida.

3.2.1 Do excesso de processos

Um dos intermináveis debates no âmbito jurídico brasileiro diz respeito à quantidade de processos judiciais. Curial enaltecer os principais motivos que implicam nesta judicialização excessiva:

1. Cultura do litígio: o Brasil é campeão mundial de judicialização se observada a proporção entre processos e habitantes. A média é de praticamente um processo para cada habitante brasileiro. Tudo levado às portas dos Tribunais, sem qualquer limite ou contenção. [...] E o excesso de condenações desregula a gestão do SUS e dos planos de saúde; 2. Facilidade de acesso à Justiça: é possível ajuizar uma ação judicial sem advogado nos Juizados Especiais. [...] Quase todos os tribunais do Brasil – são 91 – estão na era do processo digital. Significa que a ação pode ser proposta em qualquer lugar do mundo por intermédio do peticionamento eletrônico; 3. Ampla estrutura funcional e burocracia do sistema de Justiça; 4. Facilidade: é muito mais fácil pedir ao juiz do que enfrentar a fila do SUS; 5. A ausência de qualidade de serviços médicos; 6. Gratuidade: o Estado não cobra para o ajuizamento de uma ação judicial. [...] Assim, o autor da ação não tem nada a perder; 7. Necessidade de ser politicamente correto: [...] Parece

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.11. Salvador: set./out./nov. 2007, p.13.

³⁸⁹ PACHECO, Roberto Carlos dos Santos. (Prefácio da obra) In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Silvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil: uma abordagem interdisciplinar**. Erechim: Editora Deviant, 2017, p. 15.

que há um receio de negar um pedido sobre direito à saúde; 8. Ausência de análise adequada dos fatos: em grande parte das ações judiciais no Brasil [...] não analisa o caso clínico do autor da ação; 9. Primazia absoluta do direito à saúde: os tribunais analisam de forma isolada um processo sobre direito à saúde sem confrontá-lo com o orçamento, com o total de cidadãos que também precisam do tratamento e ainda não obtiveram cobertura, e com o modelo estrutural de sistema de saúde público ou complementar; 10. Ausência de governança pública: [...] a governança pública adequada permite maior controle de gestão, com notórios ganhos na execução de políticas de saúde em prol da população; 11. Fomento à meritocracia: [...] a falta de meritocracia reduz a eficácia do Estado e abre a porta para o processo judicial; 12. Desrespeito ao consequencialismo: O Judiciário costuma desconsiderar as consequências da decisão como critério de decisão judicial; 13. Ausência de cultura da responsabilidade: o brasileiro pensa que o Estado (SUS) deve prestar tudo sem qualquer limite, sem qualquer controle e (principalmente) sem nenhum custo; 14. Subsidiariedade no SUS; 15. Necessidade de equilíbrio na relação livre iniciativa e direito do consumidor: [...] tem-se conferido, de maneira equivocada, primazia absoluta aos direitos do consumidor; 16. Necessidade de reajuste na cadeia de intermediários: [...] regulação nos preços de OPME; 17. Equilíbrio contratual nos planos de saúde; 18. Cultura da medicamentação; 19. Cumprimento do dever fundamental de exercer a boa administração pública; 20. Ampliação e concretização do papel da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – Conitec no SUS: cabe a tal entidade assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos; 21. Adoção de critério de decisão judicial: a autoridade judiciária responsável [...] deve acompanhar as decisões proferidas pela Conitec; 22. Melhoria na defesa dos entes públicos: [...] processo passe a ser alimentado por informações técnicas e do sistema de saúde; 23. Aplicação adequada da proporcionalidade; 24. Definição das prioridades; 25. Redes: cabe ao Estado ampliar a criação de redes – envolvendo União, Estados e Municípios – que possam dialogar com os juízes do Brasil a fim de facilitar o julgamento de processos sobre o direito à saúde.³⁹⁰

É cediço que o excesso de processos relacionados ao direito à saúde impacta negativamente no orçamento público. Mas não se pode olvidar que é assegurado constitucionalmente o acesso à justiça.

Destarte, é imprescindível que sejam incentivadas não somente a resolução de problemas relacionados ao direito à saúde na seara administrativa, mas também a prática de mediação e conciliação, reduzindo, desta forma, a judicização de demandas.

Vale ressaltar que a discussão a respeito do excesso de processos não é o foco deste estudo, ao passo que o debate mais aprofundado sobre este importante

³⁹⁰ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 107-116.

tema poderá ser encontrado em outras obras.

3.3 FERRAMENTAS

Insta frisar que a classificação do direito à saúde como direito subjetivo público proporcionou ao cidadão judicializar suas demandas e consubstanciou-se em “característica essencial da democracia sanitária brasileira”. Aliás, “as possibilidades de criação de mecanismos para uma participação mais ampla no âmbito dos processos judiciais que versam sobre saúde encontram-se abertas”.³⁹¹

Destarte, urge salientar a importância de buscar mecanismos capazes de resolver esta dicotomia: “proteger o direito – o cidadão – e maximizar a atuação dos agentes públicos em prol da consolidação do Estado Constitucional Democrático”.³⁹²

É evidente que a condição de justiciabilidade requer identificar as obrigações mínimas dos Estados em relação aos direitos sociais e este é o principal déficit do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos, tanto na formulação das normas que consagram os direitos, quanto nas elaborações dos órgãos nacionais e internacionais encarregados da aplicação de cláusulas constitucionais ou de tratados.³⁹³

Ocorre que, conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni, “a Constituição possui, quando muito, disposições fragmentárias sobre as medidas de tutela que devem ser utilizadas à tutela dos direitos fundamentais”.³⁹⁴ Pode-se dizer, em outras palavras, que os direitos sociais se regulam constitucionalmente como *mandados de otimização*, já que postulam a necessidade de alcançar certos fins, mas deixam de alguma maneira abertas as vias para lográ-los.³⁹⁵

Soma-se a isto “a demanda pelo reconhecimento de direitos” e a “falta de

³⁹¹ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos: novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 127.

³⁹² SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 79.

³⁹³ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 36-37.

³⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1087.

³⁹⁵ CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidad directa**. México: Editorial Flores, 2014, p. 33. Tradução livre.

consenso no parlamento, o que se reflete na produção de textos normativos dotados de elevado grau de abertura interpretativa”.³⁹⁶

Destarte, o próprio Legislativo acaba impulsionando a prática ativista, ao produzir normas compostas por uma série de cláusulas gerais, ou seja, normas com “características de generalidade e abstração, permitindo ao intérprete a construção de uma decisão calcada em princípios considerados relevantes na solução do caso concreto”.³⁹⁷

Portanto, cabe ao judiciário contribuir “para a efetivação dos direitos sociais, procurando fixar o conteúdo concreto desses dispositivos, de regra lançados em termos amplos, dependentes de integração de sentido”.³⁹⁸

Ocorre que quando se enfrenta a interpretação dos direitos constitucionais, observa-se que têm uma estrutura normativa diferente da qual o juiz está acostumado e, portanto, tem dificuldades para interpretar. As normas sobre direito, em sua maioria, possuem uma estrutura aberta e abstrata, a que se tem que dar conteúdo, por terem sido construídas a partir de acordos mínimos entre diferentes forças políticas. Desta forma, a interpretação se converte em um procedimento especial com o qual se extrai o significado destas normas. Em outras palavras: existem normas abertas e abstratas com aplicação direta, que pretendem solucionar os problemas mais vulneráveis da população, dar-lhes uma vida digna e instaurar uma convivência pacífica. Os operadores jurídicos têm que utilizar novas técnicas para extrair o sentido das normas e aplica-las nos casos concretos.³⁹⁹

Neste sentido, o intérprete ou operador do direito deve contemplar a *multiplicidade de relações* do Estado Contemporâneo e sua missão principal de “fomentar o pleno desenvolvimento humano com qualidade de vida. Julgar com

³⁹⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Orgs.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Coleção principiologica constitucional e política do direito. TOMO 01. p.206-226. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 221-222.

³⁹⁷ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14. Curitiba: jul./dez. 2013, p. 213.

³⁹⁸ DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Revista Sequência, v. 16, n. 31, p. 92-101. Florianópolis: UFSC, 1995, p. 96.

³⁹⁹ CADENA, Carlos Alberto López. Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 86-87. Tradução livre.

responsabilidade significa reparar injustiças e garantir direitos fundamentais legítimos e factíveis em determinado tempo e lugar”.⁴⁰⁰

Nesta esteira, imperioso salientar que seria fundamental uma ruptura com o “hermetismo técnico-jurídico da mera subsunção do caso concreto às regras legais e a compreender o fenômeno jurídico como fenômeno social importante que deve servir como instrumento” para consecução das metas propostas pelo Estado.⁴⁰¹

Nesta senda, é curial enaltecer o escólio de Mauro Cappelletti:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve-se reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.⁴⁰²

Neste diapasão é a concepção Peter Haberle, para quem a interpretação é um processo aberto, e assim assevera:

Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. [...] A ampliação do círculo dos interpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. [...] Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis.⁴⁰³

Não se pode olvidar que “a positividade do direito adquire, modernamente, uma natureza de constante transformação, na medida em que passa a decorrer da experiência empírica do direito, atual e corrente, que se modifica a todo instante”.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.) **Direitos fundamentais da pessoa humana: uma diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012. p.496.

⁴⁰¹ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14. Curitiba: jul./dez. 2013, p. 212.

⁴⁰² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p.42.

⁴⁰³ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. 2. ed. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 13.

⁴⁰⁴ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos: novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo:

Na mesma linha, Elival da Silva Ramos magistralmente aduz:

Quanto mais se tivermos em mente a evolução ocorrida no âmbito da Hermenêutica, que tornou patente a natureza híbrida, cognoscitiva e criativa, da atividade exegética, a qual propicia, mais do que a aplicação, a concretização de normas, cujos elementos estão apenas contidos *in fieri* nos textos legislativos. As decisões judiciais, portanto, são, como já foi visto, necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa.⁴⁰⁵

Neste diapasão é a lição de Adilson Abreu Dallari, quando magistralmente aduz que “a interpretação evolutiva dos dispositivos e princípios constitucionais é uma exigência de ordem lógica”. Perseguir “maior eficácia possível dos valores mais elevados da nacionalidade é um dever de todo brasileiro”.⁴⁰⁶

Insta enaltecer que a atividade criativa dos juízes é controlada pelos princípios positivos de natureza garantista que, nas sociedades democráticas atuais, se encontram consagrados constitucionalmente. Aliás, os direitos fundamentais sobre os que se assenta a democracia substancial estão garantidos a partir da função atribuída aos juízes.⁴⁰⁷

Uma questão levantada atualmente por parte da doutrina é encontrar “mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebida como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática”.⁴⁰⁸

Urge frisar que a Constituição de 1988 traz em seu bojo uma série de mecanismos que permitem a concretização de direitos, dentre os quais pode-se apontar “a declaração de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias

Saraiva, 2017, p. 119.

⁴⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. Saraiva: 2015, p. 119.

⁴⁰⁶ DALLARI, Adilson Abreu. **Literalidade faz da presunção de inocência uma garantia de impunidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/interesse-publico-literalidade-faz-presuncao-inocencia-garantia-impunidade>>. Acesso em: 01/03/2018.

⁴⁰⁷ CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las teorías jurídicas post positivistas**. 2. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. p. 220. Tradução livre.

⁴⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 138.

fundamentais (art. 5º, §1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).⁴⁰⁹

Como exemplo, pode-se destacar que o Ministério Público, utilizando-se da ação civil pública para efetivação do direito à saúde, “tem legitimidade para provocar o Poder Judiciário quanto às omissões totais ou parciais por parte do Poder Público na implementação de ações e serviços de saúde”.⁴¹⁰

Aliás, sendo a Constituição “dotada de uma série de direitos e de mecanismos de concretização, natural que seja o Poder Judiciário o responsável pela implementação quando não observado pelos demais poderes” a concretização dos direitos fundamentais:⁴¹¹

Tais fatores de indeterminação do direito atribuem (ou ao menos possibilitam condições de possibilidade) efetividade e força vinculante à Constituição, por intermédio do Poder Judiciário, que passa a ter uma atuação de cunho substancial a fim de efetivar os princípios democráticos, bem como a garantia dos direitos e garantias fundamentais. Para se garantir a máxima normatividade possível dos enunciados constitucionais atinentes aos direitos fundamentais, torna-se imperativo que o Poder Judiciário efetue o controle das políticas públicas, utilizando-se, para tanto, de técnicas hermenêuticas adequadas a fim de assegurar o caráter racional do processo decisório.⁴¹²

Mister destacar que somente com o advento da Constituição de 1988 que o Poder Judiciário ganhou legitimidade para garantir efetividade aos direitos fundamentais, conforme assevera José Afonso da Silva:

No sistema anterior, a promessa constitucional da realização da justiça social não se efetivaria na prática. A Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos a existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a *defesa do consumidor*, a *defesa do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e pessoais* e a *busca do pleno emprego* – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses

⁴⁰⁹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2011, p.105.

⁴¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1087.

⁴¹¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Silva Antunes de; JACOBSEN, Gilson (Orgs.). **Direito, desenvolvimento urbano e meio ambiente**. p. 43-62. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 188.

⁴¹² VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV, n.8, p.389-406. São Paulo: jul-dez. 2008. p.396.

mecanismos.⁴¹³

Neste contexto, “a discricção de que dispõe o julgador é ampla, indicando decisão criativa”, ao passo que “a postura judicial tem que ser ativa”.⁴¹⁴

Ou seja, “mais instrumentos são colocados à disposição do juiz no desenvolvimento de sua atividade, levando-o ao abandono de sua passividade tradicional”, para uma postura de “protagonismo na defesa dos direitos e garantias”.⁴¹⁵

Outrossim, no Brasil vem surgindo uma série de instituições jurídicas inovadoras voltadas à solução de conflitos em saúde:

No Rio Grande do Norte, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (Cirads) foi mencionado por dois ministros de Estado presentes à Audiência Pública do STF sobre medicamentos [...] como referência institucional a ser adotado para a construção de uma solução de conflitos que não sejam pela via da judicialização. [...] Na mesma direção podem ser destacados os Núcleos de Assessoria Técnica (NAT) idealizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro [...] Os pareceres emitidos pelo Núcleo visam, principalmente, verificar a relação entre a demanda judicial feita e a política pública de saúde oferecida pelo SUS no âmbito do Poder Executivo. Sempre que houver possibilidades de solução não judicial de conflito, esta via deverá ser privilegiada. A articulação entre os poderes Judiciário e Executivo, nesse sentido, mostra-se um importante canal de aprimoramento da ação estatal, no sentido de esses poderes atuarem de forma harmônica e independente, como previsto na CF.⁴¹⁶

Destarte, na efetivação do direito à saúde, é mister, além da atuação das instituições supracitadas, a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública e, para dar maior legitimidade democrática, a participação popular nas decisões estatais sobre saúde.

⁴¹³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 139.

⁴¹⁴ DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Revista Sequência, v. 16, n. 31, p. 92-101. Florianópolis: UFSC, 1995, p. 99.

⁴¹⁵ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2011, p. 208.

⁴¹⁶ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos: novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde**: a visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 131-132.

3.4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Entre as intervenções jurisdicionais com maior relevância, destacam-se aquelas em que os Tribunais, em cumprimento do princípio da igualdade formal, têm corrigido políticas públicas consideradas parciais e discriminatórias, impondo a extensão de prestações aos sujeitos que se consideravam arbitrariamente excluídos.⁴¹⁷

Cass Sunstein, depois de estudar as decisões da Corte sul-africana pós-apartheid, surgiu com uma nova perspectiva⁴¹⁸. O exemplo da jurisprudência sul-africana tem tido efeitos revolucionários, pois tem ajudado a comunidade jurídica mundial a entender que é possível apoiar ao mesmo tempo um rol judicial ativo na área de direitos sociais e a primazia das autoridades políticas. A respeito da AIDS, um caso chama atenção: diante da decisão do governo de proibir a distribuição de uma droga antiviral (a nevirapina), exceto em circunstâncias especiais, a Corte sul-africana afirmou que o governo tem a obrigação de criar e pôr em prática, levando em consideração os recursos à sua disposição, um programa compreensivo e coordenado para implementar progressivamente o direito de mulheres grávidas a terem acesso a serviços de saúde para combater a transmissão de mãe para filho do HIV.⁴¹⁹

Mas há uma série de outras possíveis soluções a respeito do tema em testilha. Imperioso elencar uma série de medidas que podem contribuir para o aprimoramento das políticas de saúde:

(a) prestígio das ações coletivas: [...] é preciso fomentar o manejo de ações coletivas com o fim de permitir que os tratamentos, medicamentos ou políticas postuladas ao Judiciário sejam direcionados ao maior número de pessoas; (b) rigorismo na análise dos pedidos deduzidos judicialmente: [...] é preciso assentar que o juiz não é refém de médico e o médico não possui poderes absolutos para prescrever, já que deve observar as práticas cientificamente comprovadas e a legislação de regência; (c) ampliação do diálogo entre o sistema de justiça e o sistema de saúde: [...] a criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual a noção médica e farmacológica precisa ser incorporada ao exercício da função jurisdicional; (d) é preciso que os atores do sistema de saúde

⁴¹⁷ PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 98. Tradução livre.

⁴¹⁸ SUNSTEIN, Cass R. **The second Bill of Rights**. New York: Basic Books, 2004, p. 228.

⁴¹⁹ GARGARELLA, Roberto. **¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?** Perfiles Latinoamericanos, v. 13, n. 28. México: Jul./Dez. 2006, p. 23-24. Tradução livre.

conheçam as políticas de saúde: [...] há, e isso é importante destacar, a divulgação da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), na qual constam todos os fármacos disponíveis no SUS. Tudo isso precisa ser do conhecimento do magistrado para planejar e construir a decisão mais adequada jurídica e tecnicamente.⁴²⁰

Dito de outra forma, a priorização das ações coletivas além de reduzir o volume de ações judiciais, prestigia o princípio da isonomia, uma vez que não somente os indivíduos que ingressam com pedidos judiciais são beneficiados. Por sua vez, o rigor na análise das demandas desvincula o julgador das prescrições médicas, especialmente aquelas de eficácia “duvidosa”. Por seu turno, a ampliação do diálogo entre os sistemas de justiça e de saúde, bem como a necessidade de os atores do sistema de saúde conheçam as políticas de saúde, permitem uma maior integração da área do direito com outras áreas do conhecimento, como a área de saúde, permitindo um melhor embasamento do magistrado no momento da tomada de decisões.

Nesta linha, pode-se sugerir como medida importante dotar o judiciário com “núcleos ou câmaras técnicas, que subsidiem os juízes em relação aos argumentos técnicos sanitários”. Ou mesmo investir na “profissionalização da gestão da saúde, com formação especializada e ampliação da produção bibliográfica” qualificada.⁴²¹

Mister frisar que “a superação da crise do Estado e a compatibilização do direito à saúde com a limitação financeira e de recursos humanos e tecnológicos devem ser empreendidas a partir de alguns parâmetros”⁴²²:

De início, é preciso enfatizar a necessidade de adoção ampla e irrestrita do conceito de sustentabilidade. A noção de sustentabilidade enseja a escolha de uma política menos impactante orçamentária e politicamente nas relações fáticas e jurídicas do cidadão e do ambiente nacional. [...] A sustentabilidade exige um rigoroso controle no gasto público. Há casos graves de malversação de dinheiro, tal qual o pagamento de mais de meio milhão de reais para a apresentação de uma cantora de axé music na inauguração de um hospital no Estado do Ceará. A atuação sustentável exige do Executivo o esclarecimento e a publicação dos procedimentos de compra, inclusive com a demonstração de abusos e excessos praticados

⁴²⁰ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 95-92.

⁴²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80.

⁴²² SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 92.

pelos laboratórios. O Estado não pode ficar refém dos fabricantes de fármacos.⁴²³

Neste diapasão, apesar da discricionariedade que a administração possui para alocação dos recursos públicos, é imperioso destacar que há alguns limites:

[...] tal liberdade não é absoluta e se reduziu ao longo do tempo, diante da necessidade de observância e cumprimento do direito fundamental à saúde e dos princípios estampados no texto da Constituição. Pelo mesmo fundamento, o Legislativo não possui irrestrita liberdade de conformação, ante a necessidade de obediência às diretrizes constitucionais.⁴²⁴

Na perspectiva dos mecanismos para efetividade dos direitos sociais, mister frisar a “crescente aposta nos deveres de informação, na transparência das ações dos órgãos estatais e nos mecanismos de controle social das políticas públicas, do orçamento e dos investimentos estatais” que não se resumem a intervenção judicial.⁴²⁵

Não se pode olvidar que o controle judicial de determinada política pública não assegura seu sucesso. Destarte, é primordial que a sociedade brasileira se “conscientize que a judicialização da saúde não é uma questão exclusiva de garantias de direitos individuais e muito menos resultado da simples negativa do Estado em cumprir os princípios do SUS”.⁴²⁶

Entretanto, um maior engajamento na formulação de políticas públicas de saúde “corresponde a uma concepção contemporânea sobre a democracia”, ao passo que a intervenção “judicial se dá com o intuito de garantir o direito de participação da comunidade, bem como a proteção das minorias”.⁴²⁷

Nesta esteira, mister estimular a realização de audiências públicas, para viabilizar a participação popular “na escolha das opções existentes, legitimando o

⁴²³ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 93.

⁴²⁴ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 93.

⁴²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 618.

⁴²⁶ PACHECO, Roberto Carlos dos Santos. (Prefácio da obra) In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Silvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil: uma abordagem interdisciplinar**. Erechim: Editora Deviant, 2017, p. 15.

⁴²⁷ APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese de doutorado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2004. p.216.

modelo democrático instaurado pela Constituição vigente”.⁴²⁸

Por seu turno, DOBROWOLSKI sugere que uma forma de incrementar a legitimidade democrática da atuação judicial seria “através da abertura do Judiciário à crítica da sociedade, e a participação popular nas decisões, criando novas hipóteses de julgamento pelo júri ou órgãos semelhantes”.⁴²⁹

Além disso, é necessário que o Poder Judiciário tenha uma maior organização, “permitindo uma avaliação mais precisa a respeito das consequências de suas decisões judiciais”, possibilitando um monitoramento de suas ações.⁴³⁰

Neste diapasão é o escólio de Dierle Nunes e Alexandre Franco Bahia:

Difícil, então, colocar sobre o magistrado o ônus de tentar “imaginar” quais os efeitos de sua decisão *para além* das partes que serão atingidas por sua decisão. A solução, quer nos parecer, apenas pode advir do próprio processo: a decisão do juiz deve ser tal que resulte da co-participação de todos os sujeitos processuais *no processo*. Assim, se, por exemplo, em um caso sobre saúde, se argumenta que a decisão vai implicar em danos ao erário público (e isso implicará na falta de recursos para outros usuários do sistema), tal não pode ser pressuposto, quer pelo juiz, quer pela Administração Pública, mas amplamente provado e debatido nos autos, de forma que o Poder Público, de forma transparente e clara, demonstre suas razões, em contraditório com o autor. O que se vê em boa parte as discussões e julgados, entretanto, são tentativas de fazer com que o juiz avalie, não o caso que tem diante de si, mas eventuais (e supostas) repercussões “sociais, econômicas, políticas e jurídicas” de sua decisão. O problema dessa racionalidade está em que os direitos fundamentais não podem ser tratados em uma relação pragmática de *custo-benefício*.⁴³¹

O modelo ideal seria a efetividade do direito sem a necessidade de acionamento do Poder Judiciário, uma vez que este não consiste no único caminho para tanto. “O fortalecimento da cultura administrativa” permitiria efetivar direitos de outras formas. “Devem ser estimuladas práticas desenvolvidas no âmbito do Ministério Público, das Defensorias Públicas e da própria Administração”.⁴³²

⁴²⁸ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 93.

⁴²⁹ DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Revista Sequência, v. 16, n. 31, p. 92-101. Florianópolis: UFSC, 1995, p. 100.

⁴³⁰ MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A judicialização da saúde. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Orgs.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 263.

⁴³¹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque: argumentos pragmáticos**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12587/ativismo-e-protagonismo-judicial-em-xeque>>. Acesso em: 01/01/2018.

⁴³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638.

Neste diapasão é o escólio de BUCCI:

A intenção de atender mais rapidamente os usuários tem orientado algumas experiências bem-sucedidas de redução da judicialização. São iniciativas locais, envolvendo as Secretarias de Saúde, em conjunto com atores jurídicos fundamentais, como as Procuradorias de Estados e Municípios e as Defensorias Públicas. Essa outra resposta vem sendo experimentada, com sucesso, em alguns locais do Brasil, com base num trabalho pré-processual de organização da atividade administrativa, com gestão adequada da informação e, quando é o caso, a construção de soluções negociadas para os casos concretos. Com foco predominante nos usuários e suas necessidades, uma conjugação de esforços das Defensorias Públicas, Secretarias de Saúde e Advocacia Pública (procuradores de Estados e Municípios, advogados da União, procuradores federais) tem procurado a melhor estruturação dos serviços de que depende o atendimento do usuário. Isso resulta, com frequência, num atendimento mais rápido, que, ainda que não entregue exatamente o que foi solicitado, termina desestimulando o uso da via judicial.⁴³³

Entretanto, muitas vezes, diante do risco de violação, além da saúde, do próprio direito à vida, o ativismo judicial consiste na última esperança de algum paciente. Nos casos em que a Administração Pública falhe na observação de “critérios razoáveis e ponderados para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o oferecimento de medicamentos” (e demais procedimentos e demandas de pacientes relacionadas com o direito à saúde) “então isto deverá ser feito na esfera da judicialização do debate”.⁴³⁴

Além disso, como bem ensinava HART, haverá pontos nos quais o direito posto não apontará para nenhuma decisão correta, ao passo que caberá ao juiz se utilizar de seus “poderes de criação” para decidir.⁴³⁵

Na mesma linha é o posicionamento de Luis Roberto Barroso, que defende que a utilização do ativismo judicial deva ser bastante restrita, observando uma série de limites, até porque a ideia não é afastar a aplicação do texto normativo, mas sim atuar justamente nas situações em que os dispositivos legais não conseguiram abranger ou nas quais o administrador público não atuou:

⁴³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 76.

⁴³⁴ LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito Sanitário**, v.9, n.1. São Paulo: Mar./Jun. 2008, p.53-54.

⁴³⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 335.

[...] a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.⁴³⁶

Urge frisar o escólio de Luiz Henrique Urquhart Cademartori:

É evidente que uma fundamentação que tenha por objeto os direitos fundamentais deve ter uma estrutura binária, ou seja, somente pode ser válida ou inválida, entretanto, o caráter binário do resultado não implica a conclusão de que todos os fatores levados em conta no processo de fundamentação, e a ponderação faz parte desse processo, devam ter, também eles, um caráter binário, pois a escolha definitiva de uma ou outra norma, será o resultado de todo um procedimento discursivo de interpretação e argumentação jurídica.⁴³⁷

Destarte, diante de um cenário de inevitável ativismo judicial, a melhor alternativa seria uma análise do caso concreto, com a respectiva ponderação de valores, conforme preleciona SARLET:

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade. Tal concepção, ora sumariamente exposta, foi recentemente acolhida em notável Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do eminente Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, demonstrando, na esteira de inúmeras outras decisões de Juízes e Tribunais pátrios, a consagração da tese em prol do reconhecimento de um direito subjetivo à saúde como prestação, bem como o comprometimento, pelo menos de larga parcela do Poder Judiciário, com a causa da vida e da dignidade da pessoa humana, entendimento este atualmente sufragado até mesmo pelos inicialmente mais tímidos Tribunais Superiores.⁴³⁸

⁴³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 20/12/2017, p.21.

⁴³⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais:** as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/colisao.pdf>>. Acesso em: 01/01/2018.

⁴³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.11. Salvador: set./out./nov. 2007, p.14.

Nesta senda, de forma didática, Ronei Danielli magistralmente aduz que “deve-se interpretar o direito à saúde como um mandamento de otimização a ser concretizado por políticas públicas na maior medida possível, de modo que, para a atuação judicial” é indicada a “ponderação entre” “princípios jurídicos colidentes”.⁴³⁹

Ainda para DANIELLI, deve-se observar as circunstâncias fáticas relevantes, já que “os magistrados, ao ponderarem, acabam por eleger os princípios jurídicos colidentes de forma equivocada, resultando, geralmente, em uma colisão entre o direito à saúde de alguém *versus* a política orçamentária do Estado”.⁴⁴⁰

Aliás, baseado no *princípio da concordância prática ou da harmonização* de Konrad Hesse⁴⁴¹, no caso de conflito de bens tutelados constitucionalmente, “deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados”.⁴⁴²

Ou ainda, conforme os ensinamentos de CANOTILHO, deve-se dar preferência para “a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.⁴⁴³

Imperioso salientar que, como já discutido neste estudo, há entendimento doutrinário no sentido de considerar que alguns casos apreciados pelo Poder Judiciário, em que se busca apenas inibir omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, ou mesmo determinar o respeito à leis e políticas públicas já existentes, “hipótese na qual se enquadra a noção de direitos derivados a prestações”, não estariam caracterizados como ativismo judicial ou judicialização de políticas públicas “propriamente dita, tampouco de uma afetação do princípio da separação dos poderes ou do princípio democrático”.⁴⁴⁴

No entanto, independentemente de determinada atuação judicial estar

⁴³⁹ DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 86.

⁴⁴⁰ DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 86.

⁴⁴¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 119.

⁴⁴² LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**. Revista de Direito Sanitário, v.9, n.1. São Paulo: Mar./Jun. 2008, p.54.

⁴⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1208.

⁴⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 615-616.

enquadrada ou não como ativismo judicial, o mais importante é que a atuação do Poder Judiciário seja pautada no desiderato de assegurar o acesso às prestações de saúde, tutelando, conseqüentemente, os bens jurídicos mais importantes: a vida e a dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, historicamente, principalmente em função do cenário bastante debilitado de parcela significativa da população, o Estado acabou avocando uma gama “de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social”, com escassas políticas preventivas e educativas de saúde, implicando numa postura de dependência desta parte da sociedade, “sem nenhuma reserva crítica ou construtiva de alternativas” em relação às dificuldades que enfrentam.⁴⁴⁵ Esta parcela hipossuficiente da população depende da atuação estatal para a consecução de condições de saúde satisfatórias.

No intuito de atingir os objetivos propostos pelo Estado Democrático de Direito, é mister a atuação do Poder Judiciário, pautada justamente nos princípios e objetivos elencados no texto constitucional. Se o problema não é a declaração de direitos, mas sim torna-los realidade, nada mais justo que um Judiciário atuante para tal. Neste diapasão, o Ativismo Judicial tem se mostrado como importante instrumento para a realização dos valores propostos pelo Estado.

O grande desafio do Ativismo Judicial no que refere aos direitos sociais (inclusive no direito à saúde) seria conseguir dar efetividade aos aludidos direitos sem invadir o âmbito de competência dos demais Poderes. Neste diapasão, os “fatores de indeterminação do direito possibilitam, pois, uma ampliação da discricionariedade judicial e uma politização das reivindicações jurídicas”, que implicam num protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, já que atua em prol da concretização dos direitos fundamentais sociais da parcela mais carente da população. Neste cenário de crise (do Estado, do direito e da justiça), é tarefa do Poder Judiciário, além da garantia dos direitos fundamentais, conferir eficácia às políticas públicas e “promover a igualdade e a inclusão social”.⁴⁴⁶

Não se pode olvidar que o protagonismo cada dia maior do Poder Judiciário, bem como a propagação do ativismo judicial e da judicialização se devem pela crescente desconfiança da população sobre os Poderes Executivo e Legislativo, ao

⁴⁴⁵ LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional.** Revista de Direito Sanitário, v.9, n.1. São Paulo: Mar./Jun. 2008, p.58.

⁴⁴⁶ VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil.** Revista Direito GV, n. 8. São Paulo: jul-dez. 2008, p.396.

passo que a inércia e omissão desses Poderes é que vem proporcionando a popularização dos aludidos fenômenos no contexto nacional. Diante das mudanças urgentes que devem ser promovidas no atual cenário brasileiro, cabe ao Poder Judiciário a incumbência de suprimir estas demandas, ao passo que se criou um “terreno fértil” para o crescimento do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas.

Destarte, não se pode criticar a inserção do Poder Judiciário na arena política. Não se trata de “distorção institucional, mas legítima, uma vez que decorre dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia presentes na” Constituição e reforçando “a lógica democrática”.⁴⁴⁷

Dito de outra forma, o crescimento não somente do Poder Judiciário, mas também do Ativismo, podem ser considerados como um reforço da ordem democrática. Não se trata de mera exorbitância da seara de competência deste Poder, uma vez que, no Estado Social Democrático de Direito, o Judiciário deve demonstrar uma postura proativa no intuito de garantir os ditames constitucionais.

Sob o enfoque da saúde, o ativismo judicial pode se consubstanciar de importância ímpar, principalmente quando o direito à saúde estiver diretamente vinculado com a dignidade humana ou com o direito à vida, este sem dúvida um dos mais (senão o mais) importantes bens protegidos pelo ordenamento jurídico.

Se é através do ativismo judicial que os pacientes têm conseguido ter atendido suas demandas na área da saúde (através de medicamentos, tratamentos, etc.) e garantir a efetividade do direito à saúde (e à vida), nada mais justo que continuar defendendo a utilização do fenômeno.

Destarte, o Poder Judiciário deve, através do ativismo judicial, continuar suprimindo a inação ou insuficiência dos demais Poderes e se posicionar na defesa do direito à saúde, da dignidade humana e do direito à vida.

Por fim, a título de reflexão, as palavras extraídas dos ensinamentos de Aristóteles, que já pareciam, naquela época, levantar algumas questões do estudo em testilha:

[...] toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos,

⁴⁴⁷ VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV, n. 8. São Paulo: jul-dez. 2008, p.391.

portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais freqüente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta. Por isso o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade. É por isso que nem todas as coisas são determinadas pela lei: é impossível estabelecer uma lei acerca de algumas delas, de tal modo que se faz necessário um decreto.⁴⁴⁸

Insta destacar que os tópicos levantados neste estudo certamente não esgotam o assunto. A intenção deste trabalho foi evidenciar algumas polêmicas, justamente no intuito de proporcionar debate e discussão sobre o tema em testilha, sem nenhuma pretensão de se chegar a alguma espécie de consenso. Aliás, a discussão acerca dos temas abordados, especialmente do Ativismo Judicial e sua relação com os Direitos Fundamentais Sociais, principalmente o Direito à Saúde, pode continuar durante muito mais tempo, bem como seus reflexos no universo do direito e nas próprias relações sociais, dada a relevância do tema em tela.

⁴⁴⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos: novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde**: a visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Orgs.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

AMORIM, Maurício Oliveira; SOUSA, Monica Teresa Costa. **O protagonismo judicial e as políticas públicas**. Direito, Estado e Sociedade, n.46, p.268 a 290, jan/jun 2015.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese de doutorado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”**: Entre a **“ciência do direito”** e o **“direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17. Salvador:

jan./fev./mar. de 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da reserva do possível**. In: ANDRADE, FG (Org.). Estudos de Direito Constitucional. Recife: Edupe, 2011.

BARBOSA, Joaquim Benedito. **Barbosa diz que judicialização da saúde é tema superlativo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-03/joaquim-barbosa-judicializacao-saude-problema-superlativo>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba; GRAEFF, Caroline Bianca. Judicialização da política: arqueologia de um conceito. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016.

BARROS, Maria Elizabeth Diniz; PIOLA, Sérgio Francisco. O financiamento dos serviços de saúde no Brasil. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 2, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Savaiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 20/12/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23/12/2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais.** Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Título original: Legislators and interpreters: on modernity, post-modernity and intellectuals.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: editora 34, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política.** 1. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A atuação do poder judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.) **Direitos fundamentais da pessoa humana: uma diálogo latino-americano.** Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 33. ed. São Paulo:

Malheiros, 2018.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ponderação de princípios e os mecanismos de limitação de direitos fundamentais no direito constitucional brasileiro: contribuição para o debate e para a atividade jurisdicional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017.

BRASIL, Ministério da Educação. **Saúde**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 01/01/2018.

BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 811608/RS 2006/001235298**, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 15.05.2007, publicado no DJ 04.06.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.203.244-SC (2010/0137528-8)**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 09.04.2014, S1 – Primeira Seção, DJe 17.06.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS 200802642941**. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Celso de Mello na cerimônia de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 566.471**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em 19.03.2010, DJe 14.05.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL-AgR 47**. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, Julgado em 17.03.2010, DJe 30.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA-AgR 175**. Relator: Ministro Gilmar Mendes

(Presidente), Tribunal Pleno, Julgado em 17.03.2010, DJe 30.04.2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADENA, Carlos Alberto López. Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas**. Disponível em: <
<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/colisao.pdf>>. Acesso em: 01/01/2018.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**. São Paulo, v. 40, n. 1, p. 167-177, 1997. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73291997000100007>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Disponível em: <
<https://www.valor.com.br/impreso/brasil/politicas-publicas-nao-sao-atribuicao-dos->

tribunais>. Acesso em: 24/12/2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação:** a ciência, a sociedade e a cultura emergente. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARBONELL, Miguel. Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidad directa**. México: Editorial Flores, 2014.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las teorías jurídicas post positivistas**. 2. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Judicialização e legitimidade democrática**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 05/01/2018.

CARVALHO, Olavo de. Disponível em: <<https://citacoes.in/autores/olavo-de-carvalho/citacoes-de-idade/>>. Acesso em: 23/12/2017.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social:** uma crônica do salário. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito. São Paulo, 2012.

CAVALCANTE, Ruth; CAMELO, Michele. Direitos humanos e o cumprimento das leis. O direito à verdade e à justiça. Volume 11. In: **Direitos Humanos e Geração da Paz**. Universidade Aberta do Nordeste. Fundação Demócrito Rocha.

CELLA, José Renato Gaziero. **A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo**. Dissertação (Mestrado). Curitiba: UFPR, 2001.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano II, n.2 e Ano III, n.3, 2001-2002. p. 137.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSANI, Cristina Foroni. O constitucionalismo republicano de Thomas Jefferson. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, v. 19, n. 3. Itajaí: UNIVALI, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 3, p. 9-34. São Paulo: Nov. 2008/Fev. 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Literalidade faz da presunção de inocência uma garantia de impunidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/interesse-publico-literalidade-faz-presuncao-inocencia-garantia-impunidade>>. Acesso em: 01/03/2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **O princípio da precaução dever do estado ou protecionismo disfarçado?** São Paulo em Perspectiva, v. 16, n. 2. São Paulo, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista Saúde Pública**, n.22. São Paulo, 1988.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2016.

DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruana. Da possibilidade de angariar efetividade aos direitos fundamentais através do ativismo judicial. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico**. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 02. Itajaí: UNIVALI, 2016.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DÍAZ, Carlos Gaviria. Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. **Revista Sequência**, v. 16, n. 31, p. 92-101. Florianópolis: UFSC, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EDLIN, Douglas E. "Judicial Review" sem uma constituição escrita. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, volume 10, n. 1, 2015.

FACHIN, Zulmar. **Funcoes do Poder Judiciario na sociedade contemporanea e a concretizacao dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 10/08/2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 21, p. 12-21. São Paulo: 1994.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Cultura e direito constitucional:** entrevista com Peter Häberle. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/entrevista-haberle-portugues.pdf>>. Acesso em: 03/01/2018.

FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. 99.

FREYESLEBEN. Márcio Luís Chila. **Ativismo judicial e o serviço de saúde.** Disponível em <<http://marciochila.blogspot.com/2017/08/o-ativismo-judicial-e-o-servico-de-saude.html>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. **Administração Pública, ativismo judicial e direito fundamental à saúde: considerações** gerias. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b20fa060328b0cdf>>. Acesso em: 15/12/2017.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos estudos jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 417-450. Itajaí: jul./dez. 2005.

GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas consequências para a teoria contemporânea dos Direitos Humanos. Diálogo entre Marcos Leite Garcia e Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2006.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e a questão da sustentabilidade: reflexões sobre direito à saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano. **Revista FSA**, Teresina, v.10, n.4, art.8, p.133-163, Out./Dez. 2013.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, v. 13, n. 28. México: Jul./Dez. 2006.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. Título original: The consequences of modernity.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998. Título original: Politics, Sociology and Social Theory.

GONDIM, Yuri. O caso Marbury vs. Madison e a contribuição de John Marshall. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://yurigondim.jusbrasil.com.br/artigos/118688828/o-caso-marbury-vs-madison-e-a-contribuicao-de-john-marshall>>. Acesso em 10/03/2017.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navegandi, Teresina, 04/06/2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 24/12/2017.

GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais.** Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Juízes que fazem as suas próprias leis.** Disponível em: <<http://www.puggina.org/artigo/outrosAutores/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis/9272>>. Acesso em: 20/12/2016.

GRAU, Eros Roberto. Disponível em: < <https://www4.tce.sp.gov.br/6524-eros-grau-profere-palestra-inaugural-ii-congresso-politicas-publicas>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

GUASQUE, Bárbara; OLIVIERO, Maurizio. Separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo.** Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017.

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. In: ROJAS, Mariano (Org.). **La medición del progreso y del bienestar. Propuestas desde América Latina.** Propuestas desde América Latina.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição.** 2. ed. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris

Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2001.

JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**. Traducción Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004, p. 1441-1477.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, n. 144, ano 36. Brasília: out./dez. 1999, p. 239-260.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte interamericana de direitos humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, v.1, n.3, p.123-140. Curitiba: set/dez. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito Sanitário**, v.9, n.1. São Paulo: Mar./Jun. 2008.

LEMOS, Junia Coelho. A judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no poder executivo. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde**: a visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do poder judiciário na era dos

direitos. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 30/12/2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v.19, n.1, jan/abr. 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

MARQUES, Rosa Maria. O direito à saúde no mundo. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016.

MARQUES, Silvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do

direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica – CCJ**, v. 21, n. 44, p. 5-24. Blumenau: FURB, 2017.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais**: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores? Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/9952/hermeneutica-principiologica-e-ponderacao-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01/01/2018.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. **O estado de risco: o estado constitucional de direito no paradigma social do risco**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002/2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A judicialização da saúde. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Orgs.). **Direitos fundamentais da pessoa humana**: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta; NEVES, Rodrigo Santos; BESSA, Silvana Mara de Queiroz; RUDIO, Aleksandro Broeto. **Judicialização da política de proteção ambiental na expansão da exploração do petróleo no Espírito Santo**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, v. 3, n. 1, p. 79-105. Curitiba: jan./jun. 2012.

MOURA, Elisangela Santos de. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na>

constituicao-federal-de-1988/3>. Acesso em: 29/12/2017.

NISTLER, Regiane. A judicialização da política e a efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v.11, n.1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque**: argumentos pragmáticos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12587/ativismo-e-protagonismo-judicial-em-xeque>>. Acesso em: 01/01/2018.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Sistema judicial precisa de infra-estrutura e técnica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-abr-11/necessidade-promover-melhoria-qualitativa-sistema-judicial>> Acesso em: 24/12/2017.

NUNES, Everaldo Duarte. **Sobre a história da saúde pública**: idéias e autores. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 5, n. 2, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “Direito como integridade” e “ativismo judicial”: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPENDI**. p. 5444-5479. Brasília: nov. 2008.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; MARCOS, Rudson. Da formação do estado de direito à concretização da democracia substancial: diálogo com os postulados democráticos idealizados por Luigi Ferrajoli. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis? In: OLIVIERO,

Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Orgs.). **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Coleção principiológica constitucional e política do direito. TOMO 01. p.206-226. Itajaí: UNIVALI, 2016.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Silva Antunes de; JACOBSEN, Gilson (Orgs.). **Direito, desenvolvimento urbano e meio ambiente**. p. 43-62. Itajaí: UNIVALI, 2016.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2011.

ORSATTO, Sílvio Dagoberto; BORGES, Gustavo Silveira. Os direitos fundamentais como direito subjetivo à saúde. In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Sílvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil**: uma abordagem interdisciplinar. Erechim: Editora Deviant, 2017.

ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do planejamento e da execução de políticas públicas pelo estado brasileiro, voltadas ao alcance do bem-comum, no cenário da globalização econômica. IN: PASOLD, Cesar Luis (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

PACHECO, Roberto Carlos dos Santos. (Prefácio da obra) In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Sílvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil**: uma abordagem interdisciplinar. Erechim: Editora Deviant, 2017.

PALLÍN, José Antonio Martín. Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. Direito à saúde. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 8, n. 15. Florianópolis: UFSC, 1987, p. 54.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 13.ed.rev.atual.amp.Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista brasileira de políticas públicas**, v.5, número especial, p. 290-308. Brasília: 2015.

PINHEIRO, Regis Gonçalves. A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil. **Revista CEJ**, Ano XVII, n.59, p.100-108. Brasília: jan/abr. 2013.

PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, p. 210-230. Curitiba: jul./dez. 2013.

POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Traducción de Victoria Roca Pérez. MADRID: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014. Título original: *La haine de la démocratie*.

REALE, Miguel. **Noções preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROA, Alejandra Carrillo; CANTÓN, Geraldo Alfaro; FERREIRA, Mariana Ribeiro

Jansen. Os sistemas de saúde na América do Sul: características e reformas. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016.

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. Separação dos poderes e democracia deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. Coleção Teoria & Direito Público. Malheiros, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. Acesso à justiça: uma proposta de abordagem conforme a análise econômica do direito. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico**. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 02. Itajaí: UNIVALI, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSEN, George. **Da polícia médica à medicina social**. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiza-considera-efeitos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-negativa-de-liminar>>. Acesso em 17/05/2018.

SANTOS, Evaniele Antonia de Oliveira. A subsistência humana: moradia, saúde, trabalho decente, meio ambiente saudável. **Direitos Humanos e Geração da Paz**, v. 8. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2016.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. Entre a técnica e a efetividade: o ativismo judicial como instrumento de garantia dos direitos fundamentais. **AREL FAAR**, v.1,

n.1. p. 76-94. Ariquemes, RO: mai.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n.11. Salvador: set./out./nov. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 20/12/2017.

SAVARIS, José Antonio. **A dignidade de conquista dos direitos sociais: injustiças não nascem em árvores**. Disponível em: < <http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2013/07/artigo-dignidade-de-conquista-dos.html>>. Acesso em: 01/01/2018.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford University Press, 1991.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. Na senda de Härbele: à procura do direito constitucional e do direito administrativo europeus. IN: SILVA, Vasco Pereira da; CALLEJÓN,

Francisco Balaguer. **O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015 (Série temas de interesse do legislativo, n. 32).

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 8, n. 1. Itajaí: UNIVALI, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v.6, n.2, p.119-161.

STRECK, Lenio Luiz. **A frase “faça concurso para juiz” é (e) o que restou do processo penal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-09/senso-incomum-frase-faca-concurso-juiz-restou-processo-penal>>. Acesso em: 10/03/2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Mut(il)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 24/12/2017.

STRECK, Lênio Luiz. **OAB em foco**. Uberlândia, ano IV, n.20, 2009. Disponível em:

<www.oabuberlandia.org.br/Revista_OAB20.pdf>. Acesso em: 20/12/2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3>> Acesso 19/12/2017.

SUNSTEIN, Cass R. **The second Bill of Rights**. New York: Basic Books, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, n.15. São Paulo: jan-jun 2012.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2013. p. 36.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.225.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, n.8, p.389-406. São Paulo: jul-dez. 2008.

VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Rubén. Aspectos generales del nuevo

constitucionalismo latinoamericano. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da; CHALOUB, Jorge de Souza; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; PESSANHA, Daniella dos Santos. Ativismo judicial, judicialização da política e garantismo no Supremo Tribunal Federal. **Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial progressista e a garantia dos direitos humanos no paradigma do estado democrático de direito. **Revista online FADIVALE**, Ano VII, n.7, 2011.

WALLERSTEIN, Immanuel. Análise dos sistemas mundiais. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs.). **Teoria social hoje**. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999. Título original: Social theory today.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** Rev. ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. <<http://www.who.int/about/mission/en>>. Acesso em: 01/01/2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Pachamama y el humano**. Buenos Aires: 2011.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZAVASKI, Teori Albino. Disponível em: < <http://www.oabrij.org.br/noticia/86080-ativismo-judicial-e-o-que-separa-legislativo-do-judiciario-diz-zavascki->>. Acesso em: 01/01/2018.

www.mv.com.br/pt/blog/um-breve-relato-da-história-da-saúde-publica-no-brasil. Acesso em: 01/01/2018.

<http://oab-ce.jusbrasil.com.br/noticias/112071239/ministra-carmen-lucia-do-stf-fala->

sobre-ativismo-judicial-no-congresso-de-direito-administrativo. Acesso em: 20/12/2017.

<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.