

# A DIGNIDADE DO SER HUMANO E O ATIVISMO JUDICIAL

*Thiago Medeiros Caron<sup>1</sup>*

## RESUMO

Com a promulgação da Constituição de 1.988, verifica-se que o Constituinte optou por seguir a ideia de “humanização” do direito constitucional que já à época se verificava em Constituições estrangeiras, fazendo com que a dignidade da pessoa humana, se tornasse pedra fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse passo, estabeleceu ainda direitos sociais (dentre os quais o direito à saúde) que deveriam ser implementados pelo Estado para garantir ao cidadão uma vida mais digna. Tratam-se de normas programáticas que dependem de atuação do poder legislativo para sua implementação. Porém, o que se verifica na atualidade é uma verdadeira ineficácia do Legislativo em chancelar as políticas públicas previstas constitucionalmente, fazendo com que entre em cena o ativismo judicial, que se trata de uma atuação proativa do judiciário destinada a promover a concretização dos valores e fins constitucionais, fazendo com que as demandas sociais sejam atendidas de forma mais efetiva. Partindo do método hipotético-dedutivo, o presente estudo busca analisar referenciada atuação proativa do judiciário na implementação de políticas públicas de saúde, promovendo uma verificação empírica desta atuação como meio de implementar políticas públicas na área da saúde.

## PALAVRAS-CHAVE

Dignidade da pessoa humana – Direitos fundamentais – Normas programáticas – Ativismo judicial – Implementação.

---

<sup>1</sup> Pós-graduando (*latu sensu*) em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Univem, pós-graduado (*latu sensu*) em Obrigações, Contratos e Mecanismos Processuais pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, Unidade de Ensino Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, em parceria com a Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho – UNESP, Campus de Franca-SP, pós-graduado (*latu sensu*) em Penal e Processo Penal pela UEL – Londrina/PR, graduado em Direito pela UNIP – Campus Assis/SP, Conselheiro de Direitos e Prerrogativas da 11ª Região da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

Bem se sabe que o Constituinte inseriu no texto constitucional uma série de normas programáticas, mormente na área de direitos sociais, que dependem da atuação do legislativo para sua devida implementação. Porém, como bem se sabe, hodiernamente o poder legislativo tem atuado muito aquém do que se necessita, deixando por vezes de regulamentar mencionadas normas, inclusive no que tange a implementação de políticas públicas na área da saúde. Nessa senda o presente artigo busca analisar o ativismo judicial como meio de se implementar políticas públicas, principalmente na área da saúde, diante esta ineficácia do legislativo em fazê-lo.

Para tanto, alguns caminhos deverão ser seguidos. No primeiro momento, inicialmente se realizará uma breve análise sobre os direitos humanos fundamentais, analisando nesta perspectiva, o papel fundamental dos fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial como divisor de águas para a evolução da matéria no âmbito internacional, alçando a dignidade a um patamar superior.

No segundo momento, se tratará da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro e corolário de direitos fundamentais sociais como saúde, educação, moradia etc., analisando de forma mais aprofundada, neste estudo, o direito à saúde como valor de ordem pública.

No terceiro momento, se analisará o ativismo judicial, apresentando suas origens (ainda que na doutrina não haja consenso sobre o assunto), buscando conceituá-lo, apontando ainda como esta conduta proativa do judiciário vem influenciando na implementação de políticas sociais, principalmente na área da saúde, sendo, nesse aspecto, o direito de ação, um importante instrumento do qual o jurisdicionado pode lançar mão, a fim de suprir as lacunas deixadas pelo agente estatal.

Vê-se portanto o objetivo do artigo é claro, sendo que para elaboração do mesmo se utilizará do método hipotético-dedutivo, de modo que dentro da problemática alinhavada (o ativismo judicial como meio implementador de políticas públicas na área da saúde) promova-se a comprovação empírica das hipóteses que serão aventadas, para que sejam corroboradas ou rechaçadas; promovendo-se a pesquisa por meio de consulta de obras doutrinárias, artigos de renomados doutrinadores e pesquisadores, pela consulta da legislação nacional e internacional a fim de auxiliar no processo de corroboração ou falseamento das hipóteses aventadas.

Por fim, apresentar-se-á as conclusões do autor sobre a matéria em enfoque.

## 2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS - BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS

Conforme nos ensina Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 522), os direitos fundamentais,

[...] são conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Porém, não se trata de conceito unívoco em nosso ordenamento. Notória distinção sobre os rótulos (expressão utilizada por Bulos 2012, p. 522) atribuídos ao tema é realizada pelo doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 35-37). De acordo com este, Direitos Fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados na esfera constitucional de determinado estado; Direitos Humanos referem-se aos direitos enunciados em documentos de direito internacional, referindo-se ao tratamento a ser despendido ao ser humano, independente de sua vinculação ou não a determinado Estado, podendo-se dizer, desta feita, que possuem caráter universal; já o rótulo de Direito do Homem, de acordo com referido doutrinador, possui conteúdo jus naturalista, ou seja, o direito do próprio homem, independente de qualquer positivação.

Didaticamente, a fim de distinguir direitos humanos dos fundamentais, vinculam-se o primeiro à Declaração Universal de Direitos Humanos, por possuir caráter supranacional, e o segundo, por sua vez, os positivados em determinado Estado (LEITE, 2014, p. 33).

Insta salientar que os direitos humanos fundamentais possuem a finalidade de “direito de defesa”, eis que permitem ao jurisdicionado exercer seu direito de petição ao Juiz-Estado, a fim de que este impeça ao Estado leviatã de exercer qualquer tipo de ingerência sobre a “esfera privada” da pessoa e também de “Direitos instrumentais”, uma vez que fornecem ao jurisdicionado mecanismos processuais para tutelar seus direitos (BULOS, 2012, p. 523).

Não podemos deixar de citar, ainda, que os direitos fundamentais, para atingirem sua atual conjectura, passaram por várias etapas; etapas estas denominadas de “gerações”, já que de acordo com os ensinamentos de Bulos (2012, p. 525), tal denominação é a que melhor descreve esta evolução, acentuando a ideia de conexão entre as etapas existentes, não havendo a exclusão por sucessão.

O direito à saúde como corolário da dignidade da pessoa humana, trata-

se de direito de segunda geração (direitos sociais, e econômicos e culturais), etapa esta iniciada logo após a Primeira Guerra Mundial, com a premissa de assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo prestação positiva ao Estado, consubstanciada na obrigação de implementar tais direitos em favor do homem (BULOS, 2012, p. 525).

Inequivocamente, além da evolução das gerações de direito, contribuem (ainda que de forma negativa) para o desenvolvimento de mecanismos para proteção dos direitos humanos fundamentais, as tragédias ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Extermínios em massa, experiências utilizando humanos como cobaias e demais atos praticados por militares do Reich e aliados do eixo, foram verdadeiro marco de afronta à dignidade da pessoa humana levando, ao fim da guerra, no ano de 1945, à formação da Organização das Nações Unidas - ONU.

Nessa senda, diante da necessidade de regulamentar a proteção da dignidade da pessoa humana, em 1948 promulgou a ONU a resolução de número 217 A (III) - Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo a dignidade da pessoa humana especial influência na edição de mencionado documento; o que pode ser facilmente visualizado no preâmbulo de referido documento, que estabelece o reconhecimento da dignidade dos "membros da família humana" como fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, sendo assim, inegavelmente, considerado como pedra fundamental na estruturação da proteção e valorização do ser humano.

Assim, saiu a dignidade de um verdadeiro limbo jurídico para passar a ser considerada pedra fundamental do ordenamento jurídico internacional, passando em razão disso, a se dar relevante assento a dignidade da pessoa humana nos ordenamentos constitucionais dos Estados membros. Cite-se, a exemplo, a República Federativa Brasileira, que além de elencar no texto de sua Carta Constitucional, praticamente em todos os dispositivos constantes da DUDH (especialmente em seu artigo 5º) estabeleceu no inciso III do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Tendo realizado estes breves apontamentos sobre os Direitos Humanos Fundamentais, passaremos à análise da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional e principal fundamento do direito à saúde, como direito social de segunda geração.

### 3. A DIGNIDADE DO SER HUMANO

Antes de adentrarmos especificamente no tema ora proposto, diante da divergência de definições doutrinárias utilizadas para tratá-lo, é necessário esclarecer a expressão adotada pelo presente estudo, ou seja, a dignidade do "Ser Humano".

Bem se sabe que o preâmbulo da DUDH, bem como dos Pactos Internacionais dos Direitos adotam a expressão “dignidade da família humana”, expressão esta demasiadamente ampla. Como bem explanado por Complak (2008, p. 111), os textos internacionais vinculam a dignidade ao homem de modo indeterminado dificultando a compreensão do momento a partir do qual o indivíduo lhe terá garantida sua dignidade. Adotar a expressão “ser”, por sua vez, traz uma expressão mais clara e lógica, eis que nos remete “[...] a todas as gentes do globo terráqueo” (COMPLACK, 2008, p. 111). Sem embargo a outras expressões utilizadas, ao menos neste estudo, ao tratamos de dignidade, iremos utilizar a expressão “Ser Humano” por ser a que melhor se amolda ao presente estudo.

A premissa da dignidade, após os aviltamentos sofridos pelo Ser Humano durante a Segunda Guerra, assentou-se em firmes bases internacionais como a DUDH e os Pactos Internacionais de Direitos. Porém, as premissas da dignidade (v.g. liberdade, igualdade, fraternidade) e suas decorrências lógicas (saúde, direito de ir e vir, direito de expressão, moradia etc.) têm origem em uma etapa histórica anterior. Citem-se, a exemplo, as diretrizes que já vinham sendo traçadas desde a Magna Carta (1.215), passando pela *Petition of Rights* (1.269), *Habeas Corpus Act* (1.679), *Bill of Rights* (1.689), estando tal tema em franco desenvolvimento desde então, sendo ainda verificado na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1.776), Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa (1.789), Constituição mexicana (1.917), Constituição Russa (1.918) etc. Quanto às origens da dignidade do homem, citamos Caro (2002, p. 21-23), que nos ensina:

*Los primeros testimonios referidos a la dignidad del hombre se encuentran ya en el pensamiento estoico, si bien no llegan a constituir un referente válido en lo que a la fundamentación de la titularidad de los derechos se refiere, por cuanto que se trata de una dignidad basada en la virtud, en a autarquía o independencia humana, y no una dignidad ontológica, como señala M<sup>a</sup> Encarnación Fernández ... Hay que esperar al pensamiento cristiano para que esta noción se desarrolle. Desde Boecio, la noción de persona como algo valioso impregna los textos jurídicos medievales y, tal u como recoge F. Carpintero al hilo de las explicaciones sobre la libertad humana, éstos entendían que el hombre es dignísima creaturarum. También Tomás de Aquino, ... definía a la persona como lo más perfecto de toda la naturaleza racional que sólo posee el hombre. En su Summa contra Gentiles consideraba la dignidad del hombre como un rasgo ontológico, puesto que no venía dada por sus conocimientos lo hacen digno precisamente porque es hombre. ... Cuando los juristas medievales se plantearon el concepto del Derecho, lo vincularon a la dignidad del hombre, por cuanto que partieron de la definición clásica de éste como el objeto de la justicia. En la medida*

*en que a justicia es una virtud (la más perfecta, como diría Aristóteles), o Derecho, como realidad, sólo es posible desde la dignidad humana, y, más concretamente, en el ámbito de las relaciones sociales, porque la exterioridad y la alteridad (además de la igualdad) constituyen esta especialidad de la justicia en relación al resto de las virtudes. En general, todos ellos parten de la consideración aristotélica de la justicia, como virtud general y como virtud particular, y se muestran más interesados por la segunda ya que ésta es la que permite realmente un desarrollo prudencial del Derecho. Y, también en general, admiten que la justicia, vinculada a la dignidad, sólo puede existir en la comunidad humana y, por lo tanto, el Derecho habrá de desarrollar-se a través de las relaciones e intercambios sociales.*

Mesmo que se considere que “a dignidade do homem” já tenha sido aventada desde o estoicismo (escola de filosofia helenista, fundada por Zenão de Cítio), já no início do século III a.C., a atual concepção do termo “dignidade do ser” fora, sem dúvida, forjada em razão das atrocidades da Segunda Guerra Mundial.

E peço vênia, neste momento, para abrir um rápido parêntese visando esclarecer que o estado trata tão enfaticamente da “dignidade do ser humano” a fim de limitar o campo de discussão do estudo, uma vez que hodiernamente surgem, com uma força considerável, adeptos da teoria denominada “ecologismo personalista”, que traça suas bases definindo o homem como ser dominante da natureza; porém, domínio esse que deve ser precedido de cuidados, sendo realizado de forma diligente, eis que a natureza e o homem são interdependentes (BALLESTEROS, 1995).

Continuando, de acordo com posicionamento filosófico kantiano, o “ser humano” é dotado de dignidade, uma vez que a pessoa diferencia-se das demais criaturas por sua natureza racional, tratando-se de ser dotado de liberdade e autonomia, possuidor, portanto, de dignidade (capacidade de entender-se e determinar-se de acordo com seu entendimento), sendo o fim em si mesmo (CARO, 2002). A ideia kantiana fica clara nos ensinamentos de Spaemann (1987, p. 86), de onde extraímos:

*La ley natural según la cual una piedra cae de arriba abajo es, por así decirlo, exterior a la piedra misma, que no sabe nada de esa ley. Quienes la observamos consideramos su caída como ejemplo de una ley general. Tampoco el pájaro que hace un nido tiene la intención de hacer algo para la conservación de su especie, ni de tomar medida para el bien de sus futuras crías. Un impulso interior, un instinto, le lleva a hacer algo cuyo sentido se le oculta... Los hombres, por el contrario, pueden saber la razón de lo que hacen. Actúan expresamente y con libertad con respecto al sentido de su acción.*

Millán Puelles (apud CARO, 2002, p. 34) deixa claro que *“la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta”*.

Nessa senda, sem embargo aos adeptos da teoria do filósofo de Königsberg, entende-se que, principalmente após a Segunda Guerra, a concepção kantiana de dignidade caiu por terra, não sendo mais o homem considerado digno simplesmente pelo fato de ser racional, mas sim pelo valor intrínseco a ele atribuído. Até por isto, mereceu papel de destaque em inúmeras Constituições a partir do pós-guerra. Nesse sentido, são os ensinamentos do Ministro do Tribunal Constitucional brasileiro, Luis Roberto Barroso (2010, pp. 05-06):

Antes de viver sua apoteose como símbolo humanista, esteve presente em textos com pouco *pedigree* democrático [...] Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais [...] [inclusive] No âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos. [...] A partir daí, as cortes constitucionais de diferentes países iniciaram um diálogo transnacional, pelo qual se valem de precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, compartilhando um sentido comum para a dignidade. Trata-se de uma integração em que os atores nacionais, internacionais e estrangeiros se somam.

Assim, define-se a *“dignidade do ser humano”* como sendo uma qualidade intrínseca do homem, uma vez que independe de qualquer outro elemento externo, por pertencer a sua própria natureza, tendo sua origem na nidação e encerrando-se com seu falecimento.

Diante desta mudança de paradigma ocorrida no pós-guerra, a dignidade tomou roupagem de *“[...] comando jurídico indissolavelmente ligado ao conceito de direitos humanos como fonte de justificação destes e como princípio orientador da atuação estatal”* (CORDEIRO, 2012, p. 77), sendo que em decorrência lógica, pode-se afirmar que o estado existe para o indivíduo e não o inverso (BARROSO, 2010).

Não se pode olvidar o fato de que, mesmo sendo a *“dignidade”* um comando jurídico com conteúdo superabstrato, é substrato *“capaz de legitimar soluções contraditórias para problemas complexos”* (BARROSO, 2010, p. 03).

Não se pode olvidar que a dignidade, além de ser pedra angular sob a qual se assenta o Estado Democrático Brasileiro, deve ser o princípio orientador da atividade do ente estatal, o que justificaria uma intervenção proativa do judiciário objetivando implementar as normas programáticas previstas na Constituição, mor-

mente quanto à saúde (Cf. Constituição Federal, arts. 196 a 200).

Passa-se, então, à análise desta intervenção proativa do judiciário, denominada de ativismo judicial.

#### 4 O ATIVISMO JUDICIAL

Inicialmente, devemos consignar que até mesmo buscando limitar o assunto, diante de sua ampla extensão, analisaremos o ativismo judicial como forma de implementação da dignidade do ser humano, quando verificado na efetivação de políticas públicas, especificamente na área da saúde. Porém, necessário distinguir, inicialmente, a judicialização das políticas públicas do ativismo judicial, termos que por vezes utilizados de forma equivocada como sinônimos.

De acordo com o magistério de Luís Roberto Barroso (2012, p. 03-06), ocorre a judicialização quando questões de cunho eminentemente político ou social são objetos de decisão do Poder Judiciário, e não pelas instâncias competentes para tanto “[...] o Congresso Nacional, e o Poder Executivo [...]”, havendo assim uma transferência de competência na tomada de decisões na esfera política. Já o ativismo, por sua vez, associa-se à ideia de “[...] uma 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”.

Demonstra-se, portanto, que os termos “judicialização das políticas públicas” e “ativismo judicial” não se tratam de sinônimos.

A judicialização em nosso país, inequivocamente, decorre de três fatores básicos verificados em nosso ordenamento: a redemocratização, a constitucionalização abrangente e a adoção de sistema de controle de constitucionalidade misto (entre o sistema americano – difuso, e europeu – concentrado) (BARROSO, 2012, p. 03-04), decorrendo, assim, da própria vontade do Constituinte. Já o ativismo, por sua vez, decorre da inércia dos órgãos competentes em implementar direitos fundamentais como a saúde.

No entanto, para que se possa melhor compreender o ativismo judicial, deve-se ter em mente a teoria da Separação dos Poderes, bem como a Teoria da Democracia.

A primeira, cunhada por Montesquieu, dividiu a administração do Estado em três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Convém citar que no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a separação de poderes vem inserida na Carta Magna como cláusula pétrea (CRFB, art. 60, § 4º, III), e isto, pois, adotando o Estado Democrático brasileiro esta divisão, verifica-se que cada ente estatal tem sua



esfera de atuação, não podendo haver qualquer ingerência entre os mesmos (dentro de suas respectivas esferas).

Por sua vez, a Teoria da Democracia estabelece que os representantes do Poder Legislativo e o chefe do Executivo (municipal, estadual e federal) são eleitos por meio de sufrágio universal (CRFB, art. 60, § 4º, II) e a partir disto, responsáveis por tomar as decisões coletivas envolvendo questões relativas à esfera de atuação de seus poderes (especialmente a tomada de decisões relativas às políticas públicas); observando, no entanto, os preceitos constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CRFB, art. 37, caput) (BOBBIO, 2000, p. 427).

Inequivocamente, além do texto Constitucional promulgado em 1988 ter instituído a democracia no país, acabou por dar novo ânimo aos direitos fundamentais sociais em nosso ordenamento, passando a exigir do Estado prestações positivas para a implementação de tais direitos.

Ainda, buscando uma melhor compreensão do assunto, necessário traçar, mesmo que de forma breve, algumas linhas sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. A aplicabilidade das normas de cunho constitucional deve ser precedida pela necessária análise de sua vigência, bem como eficácia jurídica para produzir seus efeitos, que variam “em grau e profundidade” (BULOS, 2012, p. 474).

No plano da eficácia, deve-se considerar a eficácia normativa que reflete na aplicabilidade da norma constitucional, ou seja, sua “[...] aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios [...]” (NOVELINO, 2011, p. 122.), e a eficácia social, que é a verificação de sua concretização “[...] correspondendo aos fatores reais do poder que regem a sociedade. [...]” (BULOS, 2012, p. 475).

Ao dizer que existe um gradualismo eficaz das normas constitucionais (Liet Veaux apud Bulos, 2012, p. 47), pressupõe-se que estas (normas constitucionais) não possuem idêntica eficácia, premissa esta que em nosso país foi (e muito) bem observada pelo constitucionalista José Afonso da Silva (2004, p. 63-163), que já nos idos de 1968 lançou obra tratando sobre o tema, em que promoveu a divisão da gradação de eficácia normativa constitucional em três critérios distintos: (a) norma de eficácia plena, que possui aplicação imediata não dependendo de qualquer regularização posterior; (b) norma de eficácia contida, que, em que pese sua aplicabilidade imediata, lei posterior pode restringir seu alcance; e (c) norma de eficácia limitada, sendo assim definidas aquelas que necessitam de atos normativos (lei) posteriores para sua regulamentação.

Ainda, tal doutrinador promoveu a subdivisão da norma de eficácia limitada em (a) normas de princípio institutivo, também chamadas de normas de estruturação, que são as que dependem de regulamentação por lei complementar

ou ordinária, destinadas a estruturar entidades, órgãos ou instituições previstas na constituição e (b) norma de princípio programático (que são as que interessam ao presente estudo), como sendo aquelas que apenas traçam parâmetros a serem observados e em vez de regular determinado assunto “[...] transferem para o legislador tal encargo, estipulando o que ele poderá, ou não, fazer” (BULOS, 2012, p. 481).

As normas programáticas não transferem somente ao Poder Legislativo a elaboração da lei, mas também ao Executivo, a concretização das políticas públicas definidas na norma, por meio de obrigação prestacional positiva. A partir da edição de normas constitucionais de eficácia limitada programáticas é que observamos a incidência do fenômeno chamado ativismo judicial.

A origem do “ativismo judicial” é atribuída a uma atuação proativa da Suprema Corte estadunidense, primeiramente de forma conservadora; porém, em um segundo momento (a partir da década de 50), de forma mais liberal-progressista (BARROSO, 2012, p. 07). Em nosso ordenamento, há estudiosos (SOLIANO, 2012, p. 203) que atribuem a existência do ativismo à “[...] adoção do neoconstitucionalismo [...]” que teria contribuído de forma inequívoca para a concretização das premissas constitucionais delineadas pela Constituição.

Sem embargo ao posicionamento apresentado que vem lastreado na corrente de outros doutrinadores, entendemos que não houve em nosso ordenamento a adoção de qualquer “movimento neoconstitucionalista” (expressão utilizada pelos que assim se denominam). Filia-se ao posicionamento de Uadi Lamêgo Bulos (2012, p. 76-90), no sentido de que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma nova definição atribuída ao constitucionalismo contemporâneo, onde se observa a edição de textos analíticos e extensos. Partindo de tal premissa, entende-se que o movimento ativista em nosso país iniciou-se com a edição da Constituição Cidadã, que redemocratizou o ordenamento jurídico nacional, resgatando a ideia de dignidade do ser após anos de ditadura, sendo criticada, eis que com texto analítico e extenso,

[...] consagrou [...] uma espécie de totalitarismo constitucional, muito próximo à ideia de constituição programática [...] os textos constitucionais contemporâneos deixaram de impor relações coativas de convivência e passaram a consagrar princípios socioeconômicos, vertidos em normas dependentes de regulamentação legislativa, no intuito de celebrarem compromissos e promessas genéricas, difíceis de serem realizadas na prática (concretizadas). [...] Ao promover benefícios futuros, deixando a implementação deles a cargo da chancela legislativa, que não se sabe quando será acionada [...] dado que ela implica que se confie à concretização do ‘programa’ a instâncias políticas, fixando largamente dependente da ‘vontade

constitucional' dos detentores do poder. [...] (BULOS, 2012, p. 77-78)

O ativismo calca-se na ineficácia do Poder Legislativo em “chancelar” as políticas públicas previstas constitucionalmente, principalmente na área de saúde. Visto o surgimento do ativismo em nosso país, necessário conceituá-lo. De acordo com Barroso (2012, p. 06), “a ideia de 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 outros dois Poderes”, conceituando o ativismo judicial como

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição expandindo seu 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. (grifo nosso).

Elival da Silva Ramos (2010, p. 129), ao tratar do ativismo judicial, dispõe que

[...] deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias judiciais de natureza objetiva (conflito normativo).

Negrelly (2010), por sua vez, trazendo à baila ensinamento de Alexandre Garrido da Silva, que cita C. Neal Tate, constata que o ativismo seria um comportamento judicial externado pelos magistrados destinado à elaboração de políticas públicas que são de competência de outras instituições realizarem, substituindo suas decisões políticas.

Barroso (2012), buscando esclarecer como o fenômeno ativista pode ser verificado, aponta algumas condutas que podem ser consideradas como ativistas. Dentre estas, cite-se (a) a aplicação direta da constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário, (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição e, por fim, (c) pela imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas.

Em caso de políticas públicas na área da saúde, o fenômeno ativista decorre de inequívoca atuação insatisfatória dos demais poderes em sua área de atuação – Legislativo na elaboração das leis que regulamentam as normas programáticas, e o administrador (Executivo) em efetivá-las, implantando as políticas previamente definidas.

Diante da impossibilidade dos cidadãos de usufruir dos direitos positivados constitucionalmente, ainda que em normas programáticas, passou-se a buscar o Judiciário de forma mais recorrente a fim de se efetivarem tais direitos sociais, quando passou-se a observar uma conduta proativa do Poder Judiciário (ativismo), no claro intuito de conferir a eficácia necessária a tais direitos. Por isso, alguns autores apontam que o ativismo seria sinônimo de judicialização.

E tal conduta proativa do Judiciário decorre do princípio da máxima efetividade que impõe “[...] uma interpretação que confira maior eficácia ‘possível’ ao direito em jogo, de modo a fazê-lo cumprir a finalidade para a qual foi criado” (NOVELINO, 2011, p. 529). Nessa senda, passamos a verificar de forma mais recorrente, decisões interpretativas com eficácia aditiva, destinadas a evitar que, por exemplo, em uma ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade –, seja o texto inteiro da lei questionado declarado inconstitucional, criando desta forma uma nebulosidade sobre o tema, e por consequência, insegurança jurídica nas relações por esta reguladas.

Nesse sentido, extraímos de trecho de voto proferido pelo Ministro do Supremo, Gilmar Ferreira Mendes, na ADIn nº 3510/DF que questionava dispositivos da Lei de Biossegurança, onde observamos materialização da afirmação realizada:

A declaração de sua inconstitucionalidade, com a consequente pronúncia de sua nulidade total, por outro lado, pode causar um indexado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. Não seria o caso de declaração total de inconstitucionalidade, ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo. [...] Portanto é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alinhe a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. [...] O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declara-

ção de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”.

É possível concluir, tendo como marco de partida o trecho do acórdão acima transcrito, que as decisões judiciais permeadas pelo fenômeno ativista exercem fundamental papel de restauração corretiva da ordem jurídica, afetada pela inércia dos Poderes responsáveis pela regulamentação e efetivação das normas programáticas, principalmente na implementação de políticas públicas na área de saúde.

Porém, tal fenômeno não vem sendo aceito de forma uníssona em nosso ordenamento. Os opositoristas argumentam que o ativismo judicial fere de morte o princípio do Estado Democrático e da Separação de Poderes instituídos, e de nossa Constituição, como cláusula pétreia. Argumenta-se que o Judiciário venha assumindo funções anômalas a que constitucionalmente lhe foram atribuídas; eis que, diante da omissão institucional dos demais Poderes, o Judiciário estaria atuando como verdadeiro produtor de leis (legislador positivo) ocasionando, com esta conduta, insegurança jurídica (MARTINS, 2011).

Para a corrente doutrinária opositorista, deveria o Judiciário adotar o princípio da autolimitação judicial (CANOTILHO, 2003) ou autocontenção judicial (BARROSO, 2012), pelo qual o judiciário deve-se autolimitar à apreciação de questões judiciais, eximindo-se de adentrar ao campo das questões políticas, reduzindo sua interferência na esfera de atuação de outros poderes, limitando-se a atuar, quando houver efetiva afronta à lei ou à Constituição, exercendo assim sua função constitucional.

Ocorre que a ausência de implementação de políticas públicas na área da saúde, refletem clara afronta a Constituição, uma vez que o Constituinte inseriu a saúde como direito social, no art. 6º do texto constitucional, justificando assim a intervenção do judiciário para implementá-la.

Não bastasse, outro argumento muito utilizado é a afronta ao princípio da reserva do possível, que são as limitações orçamentárias com que se depara o administrador na execução de políticas públicas.

Porém, a reserva do possível deve ser analisada sob duas vertentes: (a) a existência da disponibilidade fática, que é a efetiva existência de recursos nos cofres para implementação das políticas, e (b) a disponibilidade jurídica, que é a existência de autorização orçamentária para que as despesas impostas pelo Estado nas ações que têm por objeto a implementação de políticas públicas possam ser realizadas

(legalidade da despesa) (NOVELINO, 2011, p. 529-531).

Ocorre que não basta uma mera alegação desta impossibilidade. Esta deve ser efetivamente comprovada, ou seja, deve o administrador demonstrar ao Estado-Juiz que não há recursos nos cofres para cumprir a decisão proferida.

Salienta-se que há uma corrente doutrinária contrária a tal princípio para o descumprimento da decisão, sob o argumento de que os direitos sociais não podem ficar reféns da alegada reserva do possível, uma vez que o Judiciário, ao exercer controle sobre matérias de polícias públicas (saúde, educação etc.), poderia alocar recursos de outras áreas para atendimento de tais decisões, que refletem a necessidade primordial do ser humano (saúde, educação, moradia etc.) (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Sem embargo daqueles que adotam referido posicionamento, sua efetivação prática é um tanto quanto complexa. O Estado-Juiz, ao proferir uma decisão que determina uma ação positiva ao Estado-Administração na esfera da implementação da saúde como direito social, não possui em mãos os elementos necessários para promover esta realocação de verbas nos programas administrativos. O ativismo deve ser exercido; porém, com cautela, para que não se torne meio de gerir a máquina pública por poder que não possui primordial função constitucional, sob o risco de colocar em xeque outros programas sociais a serem desempenhados pelo administrador.

Cite-se, a exemplo, caso ocorrido no interior do Estado de São Paulo, em que um juiz, em determinado caso individual, determinou o bloqueio dos bens do orçamento do município na área da saúde. Após o Prefeito Municipal cumprir a determinação judicial, entregou a chave da prefeitura ao juiz dizendo-lhe que não tinha mais um centavo para gastar na área da saúde, eis que todo seu orçamento fora destinado a um único indivíduo, conforme citou o Ministro Dias Toffoli, quando ainda desempenhava a função de Advogado Geral da União, na audiência pública da saúde (BRASIL, 2009).

Não se pode olvidar o fato de que a implementação e efetivação da saúde como direito social é obrigação do estado. Assim, diante de sua inércia, outra saída não resta ao jurisdicionado, senão socorrer-se ao Judiciário, quando então, torna-se o ativismo, como é descrito por Barroso (2012), um antibiótico poderoso, para cura dos males oriundos da inércia estatal, se aplicado na dose certa.

E esta dose certa busca evitar situações semelhantes à narrada pelo Ministro Toffoli, uma vez que a implementação deste direito social para um jurisdicionado, não pode em nenhuma hipótese, comprometer a universalização do acesso aos demais, surgindo com isso a obrigação de pautar-se esta atuação proativa pelos

princípios da razoabilidade e universalidade de acesso à saúde, não podendo ficar adstrito ao livre convencimento do juiz.

Portanto, e principalmente na efetivação do acesso à saúde, é o ativismo um mal necessário que deve ser ministrado em doses precisas, para que seja a solução do problema verificado, e não um meio de proporcionar uma violação ainda maior de normas constitucionais.

## CONCLUSÃO

Levando em consideração a importância da dignidade do ser humano, entendemos que condutas ativistas destinadas à implementação de políticas públicas na área da saúde, em que pese haver posicionamentos contrários, é um mal necessário; pois, há um déficit em nosso país na implementação de tais políticas, ficando os brasileiros à mercê da vontade do legislador e administrador em efetivar tais políticas.

Observe-se que, aliado ao princípio da reserva do possível, deve ser verificada a exaustão orçamentária como motivo para descumprimento de determinação judicial nesta área. Também, não se pode olvidar que a autoridade judicante, ao analisar caso que envolva prestação de políticas públicas na área da saúde, necessita ter em mãos informações técnicas, médicas e econômicas necessárias para condenar ou não um ente público à prestação obrigacional, eis que a saúde deve ser norteadada pelo princípio da universalidade de acesso, não podendo demandas individuais cercear direitos de uma coletividade.

Porém, entendemos que, diante do elevado grau de inércia dos Poderes competentes que se observa em nosso país, principalmente na implementação de políticas públicas na área da saúde, o ativismo judicial é um mal necessário, que deve ser ministrado em doses precisas, limitando-se a suprir lacunas ocasionadas pela omissão estatal em efetivar normas programáticas.

---

## REFERÊNCIAS

BALESTEROS, Jesús. **Ecologismo personalista**. Madrid: Tecnos, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público – Mimeografado, Dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.luis->



robertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010q12/Dignidade\_texto-base\_11dez2010.pdf>, acesso em 26 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Disponível em <<http://conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>, acesso em 26 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]thesis - Caderno do Centro de Ciência Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, nº 1, 2012. Disponível em <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>, acesso em 26 dez. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 26 dez. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>, Acesso em 26 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, relator Ministro Marco Aurélio, DJE 19.04.2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>, Acesso em 26 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 71.373 RS, relator Ministro Francisco Rezek, DJ 22.11.1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>, Acesso em 26 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Petição nº 3388 RR, relator Ministro Carlos Britto, DJ 25.09.2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>, Acesso em 26 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Audiência pública:** Saúde / Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARO, Letícia Cabrera. Autonomia y dignidad: la titularidad de los derechos. **Anuario de Derechos Humanos**, Madrid, v. 3, p. 11-41, 2002. Disponível em <<http://www.revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0202110011A/20951>>, acesso em 26 dez. 2014.

COMPLAK, Kristian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. **Revista da EMESC**, v. 15, nº 21, 2008, p. 107-120.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais:** dignidade da pessoa humana e



mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

FERNANDEZ, Atahualpa. La herencia de Darwin y el problema de la justificación filosófica-jurídica de la dignidad humana. **NÓMADAS – Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas**, v. 31, n° 3, 2011. Disponível em <<http://www.pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/31/atahualpafernandez.pdf>>, acesso em 26 dez. 2014.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública: Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas: o princípio da sujeição da administração as decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n° 2, p. 130-148, 1993.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n° 18, p. 23-38, jul-dez 2011. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>, acesso em 26 dez. 2014.

NEGRELLY, Leonardo Araújo. O ativismo judicial e seus limites frente ao estado democrático. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza/CE. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 1.415-1.428, 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/anais.php>>, acesso em 26 dez. 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em <<http://www.dudh.org.br>>, acesso em 26 dez. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. in PIOVESAN, Flávia (coord.), **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, v. 1.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Leandro José da. Controle judicial das políticas públicas. **Revista Brasileira de Políti-**

**cas Públicas**, Brasília, v. 1, nº 1, p. 191-218, jan/jun 2011. Disponível em <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>, acesso em 26 dez. 2014.

SIMIONI, Rafael. Ativismo ou passivismo judicial? O problema da legitimidade democrática das decisões jurídicas em Ronal Dworkin. Revista Jurídica - **Revista de Estudos Jurídicos da Unesp Campus de Franca**, v. 15, nº 21, 2011. Disponível em <<http://periodicos.franca.unesp.br/ojs/index.php/estudosjuridicosunesp/article/download/335/332>>, acesso em 26 dez. 2014.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, nº 7, p. 182-221, jul/dez 2012. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista8/ativismoVitor.pdf>> acesso em 26 dez. 2014.

SPAEMANN, Robert. Ética: cuestiones fundamentales. Trad. de J. Yanguas. Pamplona: EUNSA, 1987.