

# ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO - A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE ANTE O PRINCIPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

*Maysa Caliman Vicente*<sup>1</sup>  
*Juventino de Castro Aguado*<sup>2</sup>

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer direitos fundamentais, promoveu a redemocratização do Brasil, ampliando o acesso à justiça e ao Poder Judiciário. As garantias individuais essenciais ao ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, passam a ter previsão constitucional. No texto constitucional, o direito à vida ganha destaque, e serve de base para a concretização de todos os demais direitos. Dentre os direitos sociais, o direito à saúde demanda uma atuação positiva do Estado para sua efetivação. O artigo 196 da Constituição Federal estabelece que a universalização do direito à saúde há que ser garantida “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos ...”. Tem-se, pois, que o direito à saúde tornou-se passível de ser tutelado judicialmente e culminou na intervenção do Poder Judiciário, quando devidamente acionado pelos legitimados, no sentido de determinar à Administração Pública a garantia desse direito quando infringido. Contudo, essa efetividade e garantia do direito à saúde vai de encontro à limitação de recursos financeiros do Estado face às demais demandas da sociedade, haja vista que a formulação e implantação de políticas públicas pressupõem a realização de escolhas pelo poder público, que afetarão outras demandas da sociedade. Nosso principal objetivo é trazer análises e reflexões de ordem doutrinária e jurisprudencial acerca da presença do fenômeno da judicialização e do ativismo judicial, destacando especialmente a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de dar efetividade à garantia do direito fundamental à saúde.

## PALAVRAS-CHAVE

Ativismo Judicial. Judicialização. Saúde. Reserva do Possível. Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP, advogada. Bolsita PROSUP/CAPES.

<sup>2</sup> Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor pela Universidade de São Paulo – USP, Mestre pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, docente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Professor aposentado da UNESP.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 1º os fundamentos da República Federativa do Brasil e deixa clara a opção pela adoção de um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a Constituição é documento normativo, elemento principal e norteador do ordenamento jurídico que ultrapassa o conteúdo das normas programáticas.

Os direitos e garantias fundamentais representam a segurança da preservação do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer uma série de direitos fundamentais, culminou em redemocratizar o Brasil, ampliando o acesso à justiça e ao Poder Judiciário. O Poder Judiciário a partir de então, é convocado para decidir acerca de diversas questões ainda não bem definidas no âmbito social e dar concretude aos princípios, direitos e valores presentes na lei maior.

Desse novo modelo constitucional surgem dois fenômenos jurídicos importantes, a saber: a) o ativismo judicial e, b) a judicialização, que continuam temas importantes de investigação, ante sua relevância e abrangência, tanto em âmbito político quanto jurídico.

No texto constitucional, o direito à vida ganha destaque, e serve de base para a concretização de todos os demais direitos. Os direitos sociais previstos no artigo 6º visam concretizar a efetivação da justiça social. Dentre os direitos sociais, o direito à saúde, foco do nosso artigo, demanda uma atuação positiva do Estado para sua efetivação. O artigo 196 da Constituição Federal estabelece que a universalização do direito à saúde há que ser garantida “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos ..”. Tem-se, pois, que o direito à saúde tornou-se passível de ser tutelado judicialmente e autoriza a intervenção do Poder Judiciário, quando devidamente acionado pelos legitimados, no sentido de determinar à Administração Pública a garantia desse direito quando infringido.

Contudo, essa efetividade e garantia do direito à saúde vai de encontro à limitação de recursos financeiros do Estado face às demais demandas da sociedade, haja vista que a formulação e implantação de políticas públicas pressupõem a realização de escolhas pelo poder público, que afetarão outras demandas da sociedade.

O objetivo de nosso artigo é trazer análises e reflexões de ordem doutrinária e jurisprudencial e demonstrar que da atuação do Poder Judiciário decorrem os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, e que ambos são decorrentes

do novo modelo constitucional adotado pelo Brasil, destacando especialmente a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de dar efetividade à garantia do direito fundamental à saúde, considerando-se a reserva do possível.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizada a metodologia analítico-dedutiva, valendo-se de doutrinas, revistas científicas, artigos publicados em sites da internet, legislação ordinária, Constituição Federal e jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal, guardião do texto constitucional.

O artigo começa pela necessária diferenciação do que vem a ser ativismo judicial e judicialização, passa a conceituação de cada um desses conceitos, depois a analisar a complexidade dessa problemática ante o direito à saúde e a reserva do possível, para por fim analisar a atuação do supremo tribunal federal na garantia e efetividade desse direito ante a reserva do possível.

## 2 A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO DOS CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

É grande a confusão existente entre o significado efetivo do que vem a ser o denominado “ativismo judicial” e a “judicialização”. Por mais parecidos que possam e pareçam ser, os conceitos divergem substancialmente.

A distinção entre ativismo judicial e judicialização reside na origem da atuação judicial para aquém dos limites da interpretação: enquanto no ativismo o fenômeno deriva da vontade do intérprete proativo, na judicialização ele provém da vontade do legislador constituinte tal qual exercida em macro condições jurídicas (PAGANELLI, 2011, p. 133).

Para Lênio Streck (ZARDO, 2014)

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 6) assim se refere à judicialização e ao ativismo judicial:

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

Assim, nesse contexto, tanto o ativismo judicial como a judicialização decorrem do movimento constitucionalista, que tem na Constituição a base de todo o ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, guardiã dos direitos e valores a serem tutelados de forma efetiva.

Não se pode negar que tanto uma quanto a outra são empregadas no sentido de demonstrar a ideia do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura. E mesmo afirmando a necessidade de se realizar uma diferenciação entre ambas, não seria equivocados estabelecer tal característica como um ponto de partida comum à abordagem destes dois temas (TASSINARI, 2013, p. 27).

### 1.1 Ativismo judicial

O ativismo judicial pode ser descrito como uma decisão ou comportamento dos magistrados/Tribunais no sentido de revisar temas e questões que, a princípio, são de competência do poder Legislativo ou Executivo. Nesse sentido pode ser considerado como uma invasão injustificada do Poder Judiciário no domínio dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo por esse motivo considerado por muitos como uma prática antidemocrática.

Nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes (2009, p. A2), o ativismo judicial surgiu pela primeira vez em janeiro de 1947, através de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger.

Sobre este surgimento, destaca que:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos.

Muitos do que são contrários ao ativismo judicial utilizam-se dos ensinamentos de Montesquieu (1689-1755), para justificar sua contrariedade ao referido fenômeno, pois entendem que o governo deve se basear em leis e não na vontade arbitrária dos homens, razão pela qual deve ser mantida e respeitada a “separação dos poderes”.

A teoria dos três poderes foi consagrada por Montesquieu e rapidamente divulgada pela filosofia iluminista. A sua obra “O Espírito das Leis” (1748), baseada na obra “Política” de Aristóteles (384 a.C - 322 a.C) e no “Segundo tratado do Governo Civil” de John Locke (1632-1704) traça os parâmetros fundamentais da organização política do Estado liberal na busca de afugentar o absolutismo e a tirania.

Nesse contexto específico, subsumir seria a função do Poder Judiciário. É a visão clássica do Barão de Montesquieu (1748, p. 181), para quem “tudo estaria perdido se o homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.

Konrad Hesse (1998, p. 368) insiste que a separação dos Poderes deve ser considerada um princípio constitucional:

Para tal consideração não decide um dogma abstrato sobre isto, se, e até que ponto, a divisão de poderes na Constituição é ‘realizada completamente’. Critério de realização é, antes, a organização concreta pela Constituição, à qual é importante aqui, como em toda parte, uma ordem material determinada atividade de forças históricas reais.

No debate norte-americano, o termo ativismo judicial é utilizado em

diversas situações para qualificar “uma decisão com a qual não concordamos”. William P. Marshall (2002) identificou sete dimensões do ativismo judicial, quais sejam: “o ativismo majoritário, não originalista, jurisdicional ou formal, de precedentes, material ou criativos, remediador e partisan.”

O ativismo judicial não é exclusividade do Judiciário brasileiro. São diversas as Cortes, em diversos países, que têm atuado ou já atuaram decidindo questões de implementação de políticas públicas. Luís Roberto Barroso (2009, p. 1-2) cita atuações do Poder Judiciário neste sentido

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

De todo o até agora exposto resta claro que existe certa dificuldade em identificar o ativismo judicial, porquanto conforme enuncia Vanice Valle (2009, p. 21):

[...] o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis.

Assim, ativista é o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos poderes Executivo ou Legislativo com suas decisões, acabando por acarretar em uma ampliação da competência do Poder Judiciário por meio de suas próprias decisões.

Contudo, o ativismo judicial pode trazer bons frutos, mas deve ser pontual, uma vez que a democracia precisa de uma atividade política intensa, que por natureza é de competência do Poder Legislativo.

Nesse sentido são os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2009, p. 2-3) quando afirma que:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo - e isso não se passa apenas no Brasil - na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.

## 1.2 Judicialização

A judicialização da política representa um conjunto de coisas sobre as quais o Judiciário, simplesmente, não possui controle. São fatores preexistentes em relação à sua atividade e atuação. São, na verdade, *razões de ordem político-sociais* que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo, ao *aumento da litigiosidade* e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, nos mais diversos países, das mais diversas origens, da Alemanha aos países do leste europeu (OLIVEIRA, 2012).

Para Luís Roberto Barroso (2009, p. 3), judicialização

significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam

uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Barroso (2009, p. 3-4) ainda destaca seu posicionamento quanto às causas que levaram ao fenômeno da judicialização:

Dentre as causas que levaram ao fenômeno da judicialização podemos destacar: a) **a redemocratização do país** que ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que deixa claro e estabelece que o Brasil optou por ser um Estado Democrático de Direito. Com essa redemocratização **o Judiciário se transformou em um verdadeiro poder político**, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. O maior acesso à informação e a consciência dos novos direitos estabelecidos na Constituição fez com que a população passasse a buscar a proteção de seus interesses perante os juízes e tribunais; b) **a constitucionalização abrangente**, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias (direitos fundamentais como saúde, educação, moradia, meio ambiente, dentre outros) que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; c) **o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade** - referido como híbrido ou eclético, combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas - as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais - podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Assim, a judicialização decorre do modelo constitucional que se adotou e da própria força normativa presente na Constituição Federal.



### 3 A COMPLEXIDADE DESTA PROBLEMÁTICA

Embora concordemos com um ativismo judicial e com uma judicialização racionais e controlados dentro das normas e do espírito da Constituição, importa

destacar que não se está a defender um “messianismo judiciário” desarrazoado e inconsequente, mas sim a possibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se no trato da coisa pública, autorizado a isso não só pela densidade normativa e centralidade dos direitos fundamentais sociais (...) mas também pela ausência de meios efetivos de “confrontação” entre o que é feito e o que é almejado pela população, notadamente a mais carente (MASSON, 2015, p. 45).

O que se busca é a efetiva transparência na gestão do bem público e ai não se justificam barreiras e obstáculos a essa função.

Nesse contexto, a “reserva do possível”, ou a limitação orçamentária, como justificativas para estabelecer uma crítica à atuação do Poder Judiciário na matéria de fazer valer a garantia e efetividade dos direitos fundamentais como um todo e particularmente no que se refere ao direito à saúde, não se sustenta.

Isso porque a “reserva do possível” se confronta com as opções políticas do Estado e com um estabelecimento de políticas públicas que devem ser o ponto de partida e o ponto de referência das ações governamentais. As necessidades da população, a mais carente de maneira especial, não podem ser deslocadas a um segundo momento em nome de outras preferências, frequentemente imbuídas de interesses políticos e/ou particulares.

Nesse sentido é o posicionamento de Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 287), quando assevera que:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um mesmo sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível.

Robert Alexy (2001, p. 482-483), com a maneira que lhe é costumeira, é enfático nesta questão:

os direitos ligados ao mínimo existencial são aqueles que implicam deveres “definitivos” do Estado, contra os quais já não caberá invocar a reserva do possível, pois a ponderação terá revelado não existirem razões suficientemente fortes, tampouco aquelas de ordem orçamentária, que justifique a recusa em cumpri-los.

É evidente que o direito de acesso à saúde, apresenta grandes dificuldades quando se tenta resolver uma determinada situação em concreto. Dos respaldos mais amplos aos mais concretos, colocaríamos, inicialmente, que dentro de um contexto dos direitos fundamentais e de cidadania, a questão da judicialização da saúde se manifesta atualmente no conjunto da legislação internacional (tratados, convenções, etc) e na legislação nacional, especialmente, no texto constitucional. Ambas legislações, estão direcionadas à garantia e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos e dos direitos das coletividades com a implantação da cidadania de todos e para todos.

Embora o direito à saúde seja algo juridicamente inquestionável por ter sustentação constitucional, a conjuntura social, econômica, cultural e política de um determinado país num determinado momento com suas instituições referentes à organização dos sistemas de saúde, poderiam colocar em conflito certos direitos quando se pretendesse leva-los a cabo.

Quando se faz necessária a demanda judicial, evidenciando a judicialização referente ao direito à saúde, não atendido, instala-se uma tensão nas relações do Estado com seus cidadãos e também nas relações do Estado-executivo com o Estado-judicial, e, os poderes se confrontam.

A prerrogativa de formular políticas públicas de saúde e efetivá-las inicialmente cabe ao Poder Legislativo e ao Executivo. Contudo, o Poder Judiciário não pode quedar-se inerte, quando acionado, a decidir sobre esta matéria, visto que direito fundamental constitucional. Nesse sentido, fundamentamos nossa posição com as palavras do Ministro Celso de Mello que afirma:

Embora resida, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda, que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam elas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos jurídico- políticos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a cometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais e culturais impregnados na estatuta Constitucional. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental

no Recurso Extraordinário nº. 410.715-SP. Relator Ministro Celso de Melo. Julgado em 22 nov. 2005).

Portanto, quando o Poder Judiciário decide sobre o direito à saúde e determina à Administração Pública a sua efetiva realização, ocorre o fenômeno da judicialização das políticas públicas, não por iniciativa do Poder Judiciário, mas por decorrência direta do seu múnus de julgar as ações que lhes são interpostas.

#### **4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE E A EFETIVIDADE DESSE DIREITO ANTE A RESERVA DO POSSÍVEL**

A interpretação final da Constituição Federal em nosso ordenamento jurídico é de competência do Supremo Tribunal Federal e vem materializada no comando do artigo 102 da Constituição Federal.

Em relação ao Direito Constitucional, é o Supremo Tribunal Federal que interpreta e “diz o direito”, sendo, pois, a última palavra nessa seara.

Compete ao Supremo a proteção da Constituição e o controle da constitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo a fim de promover a sua correção e até mesmo a suspensão da execução de leis que violar qualquer preceito constitucional.

Mas essa interpretação do texto constitucional não pode distorcer o sentido das palavras nem modificar a intenção do legislador.

Nesse sentido os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes (2002, p. 76-78) na sua obra “Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais”, traz ensinamento lapidar quanto à liberdade de interpretação ao aplicador do direito.

[...] ao aplicador do direito, por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação, não é dado, subjetivamente, atribuir significado arbitrário aos enunciados normativos, indo além do sentido linguisticamente possível, que é conhecido e/ou fixado pela comunidade e, assim, deve funcionar como limite objetivo da interpretação [...] Nessa perspectiva, em que o respeito à autonomia do texto é indispensável à objetividade e controlabilidade da interpretação, a letra da lei possui uma dupla finalidade, funcionando, por um lado, como ponto de partida da elucidação do sentido pelo intérprete e, por outro, definindo os limites postos à sua atividade interpretativa.

São diversos os instrumentos previstos no texto constitucional a legitimar a

tomada de decisões pelo Supremo Tribunal Federal. Podemos citar a título de exemplos a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta de inconstitucionalidade; a argüição de descumprimento de preceito fundamental e o Mandado de Injunção.

Nos últimos anos tem crescido a atuação dos Tribunais Estaduais e, em especial a do Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir uma proteção efetiva aos direitos e garantias consagrados no texto constitucional, especialmente o direito à saúde e o conjunto dos direitos sociais de caráter fundamental.

Tal dilema desencadeou o fenômeno consagrado e conhecido como a judicialização da saúde. Nesse contexto, o Ministro Luiz Fux cita:

Comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia, necessitando de certo medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna – e que tem como direito-meio o direito à saúde. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 1028835-DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 02 dez. 2008)

Contudo, essa atuação do Poder Judiciário no deferimento de pedidos judiciais que visam obrigar o Poder Público a custear prestação de saúde não abrangida pelas políticas públicas tem afetado, de forma direta, a programação orçamentária e financeira do Estado, e, via de consequência, prejudica o provimento de bens e serviços em outras áreas demandadas pela sociedade. Mas por tratar-se de um direito fundamental que preserva o bem maior que o homem tem, que é a vida, o Estado não pode alegar a tão decantada “reserva do possível”, tendo sido isto já comentado anteriormente.

Defendemos aqui que a intervenção do Poder Judiciário é justificada para garantir efetividade ao direito à saúde que constitui um bem essencial à vida e a integridade humana, e como tal é tutelado, pois direito fundamental. Por sua vez, a saúde também é dever fundamental, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, que impõe ao Estado a obrigação de proteção e promoção desse direito.

Na esteira desse entendimento Andreas J. Krell (2002, p.17), destaca que:

Constitui-se um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, (...) hoje, mais do que 75 milhões de pessoas não encontra um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome.

Dai que o entendimento do STF, consubstanciado na ADPF 45/DF, é o de que quando da inércia ou comportamento abusivo do Estado puder resultar lesão ou ameaça a direitos constitucionais fundamentais, sem motivo claro e evidente, a cláusula da Reserva do Possível não poderá ser invocada.

Nesse sentido é o entendimento do Ministro Celso de Mello (2004):

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Assim, se os Poderes Legislativo e Executivo forem incapazes de cumprir as normas constitucionais destinadas a preservar as condições materiais mínimas de existência dos cidadãos, caberá a intervenção do Judiciário a fim de assegurar o cumprimento do mandamento constitucional pelo Poder Público, de forma a garantir a todos o acesso aos bens e direitos negados, especialmente o direito à saúde.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de Andreas J. Krell (2002, p. 22-23):

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções

legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Cumpra ressaltar, por fim, as palavras mestras de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (2013, p. 137):

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização das regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador, o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciado, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público.

Nesse sentido, ao magistrado, em suas funções, cabe somente determinar o cumprimento das normas estabelecidas pela Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

Ativismo judicial e judicialização são as denominações dadas à atuação mais ampla do Judiciário, que vem se verificando ao julgar determinadas matérias disciplinadas pela Constituição, de forma explícita ou não, e, muitas vezes, até mesmo, em contrariedade ao texto expresso da lei ordinária. Enquanto os poderes Executivo e Legislativo se mantiverem passivos ou inertes, faz-se necessária essa atuação a fim de se dar a máxima efetividade à Constituição Federal, especialmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, especialmente ao direito à saúde.

O ativismo judicial não deve se perpetuar por muito tempo sob o risco de se politizar o Poder Judiciário, e causar um desgaste desnecessário entre os três poderes.

Com a ampliação de direitos e garantias na Constituição Federal e em leis ordinárias, a vida se judicializou, razão pela qual podemos afirmar que a judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário.

Assim, temos que a postura ativista do Judiciário só encontra espaço e legitimidade na inércia ou na insuficiência dos atos normativos ordinariamente criados para efetivar ao máximo os valores constitucionais, e não para desconstituir o conjunto normativo criado e aplicado pelos outros poderes republicanos.

A ampliação do poder e/ou deveres judiciais não pode ser analisada a não ser dentro do contexto histórico da construção e consolidação da democracia e da cidade de todos. Por isso que a demanda judicial reflete disputas, conquistas e as vezes, também retrocessos que estão fora dos contornos propriamente jurídicos.

É imprescindível, contudo, que o Judiciário se situe com cautela a fim de manter o equilíbrio tendo como ponto de partida o bem-estar social, coletivo e individual e a segurança jurídica, materializados nos direitos e valores que a Lei Maior procurou tutelar e o respeito à distribuição de tarefas que ela própria estabeleceu aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo como ponto de referência primeira a Teoria dos Três Poderes, plasmada por Montesquieu.

É necessário também que haja a mesma cautela de quem tem legitimidade para pleitear a reparação do eventual direito lesado (Ministério Público, Defensoria Pública, dentre outros legitimados), ou dos direitos não implementados.

As oportunidades que se abrem aos julgadores no momento social vivenciado são várias, e as reações humanas ao acúmulo de poder tendem ao abuso, portanto, merecem um acompanhamento atento por parte de quem o exerce e também por parte da sociedade.

Para a extinção do ativismo e da judicialização da saúde basta a realização

das tão esperadas, debatidas e adiadas reformas políticas, além da implementação efetiva de políticas públicas capazes de promover o verdadeiro acesso à saúde, e isto é função primeira do Executivo estatal.

---

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

Aristóteles. **Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira, 2ª ed. Martins Fontes, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009. Disponível em <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 1028835-DF. Agravante: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 02 dez. 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200800277342&dt\\_publicacao=15/12/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800277342&dt_publicacao=15/12/2008). Acesso em: 24 mar. 2015.

FLEURY, Sônia. **Judicialização pode salvar o SUS**. Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 36, n. 93. abr./jun. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

HESSE. Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20. ed. Alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. Leituras Complementares de Direito



Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARSHALL, William. **Conservatism and the seven sins of judicial activism**. University of Colorado Law Review, 2002. Disponível em: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=330266](http://ssrn.com/abstract_id=330266)>. Acesso em: 24 ago. 2014.

MASSON, Luciano Dal Sasso. **A Judicialização do acesso à Educação Infantil como forma de inclusão social**. Dissertação de Mestrado. Ribeirão Preto: UNAERP, 2015.

MELLO, Celso de. Discurso do Senhor Ministro Celso de Mello. **Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal**. 23 abr. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_de\\_Posse\\_do\\_Min.\\_Gilmar\\_Mendes\\_na\\_Presidencia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2014

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **John Locke e o individualismo liberal**. In Weffort, Francisco (org.). Os clássicos da política. v I, São Paulo, Ed. Ática, 1998, pp.81-110.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes. 1993.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. **Revista Consultor Jurídico**. 1 dez. 2012. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial#\\_ftn3](http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial#_ftn3)>. Acesso em: 24 ago. 2014.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNÁCIO JUNIOR, José Antônio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo judicial: paradigmas atuais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMAM, Luciano Benetti (orgs.) **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

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

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

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZARDO, Cláudia. **OAB Entrevista Dr. Lênio Luiz Streck**. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Informativo STF. **Min. Relator da ADPF MC/DF nº 45**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2015.