

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE x ATIVISMO JUDICIAL

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH X JUDICIAL ACTIVISM

Aparecida Pedrosa de Figueiredo

Aluna do Curso de Direito das Faculdades Integradas Icesp-Promove de Brasília

Resumo: O presente artigo parte de uma análise teórico-constitucional dos direitos sociais, tratando especificamente do direito à saúde, sua evolução histórica no contexto das constituições até o momento da Carta Magna de 1988, consagrando-o como direito fundamental. Como consequência desta garantia, surge o instituto da judicialização. O foco principal deste artigo consiste em distinguir ativismo judicial de judicialização do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito a saúde; Judicialização; Ativismo judicial; Democracia; Jurisdição constitucional.

Abstract: This article is an analysis of two social rights theoretically constitutional, specifically in rights of health, your historical context evolution evolución not give Constitutions tied or time given 1988 Constitution, enshrining fundamental the law of consequence the law of consequence warranty arises or institute gives judicialization. This has the main focus to distinguish in activism of judicialization court.

Keywords: Law to health; Legalization; Judicial activism; Democracy; Constitutional jurisdiction.

Sumário: 1. Introdução. 2. Das dimensões do direito. 3. A construção dos direitos sociais na história das constituições brasileiras. 4. A constituição de 1988 e o direito fundamental à saúde. 5. Reserva do possível e o mínimo existencial. 6. Ativismo judicial e judicialização. 7. Principais diferenças entre judicialização e ativismo judicial. 8. Jurisdição do direito à saúde: judicialização ou ativismo judicial 9. Contexto jurisprudencial do STF na judicialização do direito à saúde. Considerações finais. Referências.

Introdução

Com o advento da Constituição de 1988, a conjuntura política do Brasil sofre uma considerável mudança; o judiciário passa a ter mais liberdade de atuar no Estado Democrático de direito. O Brasil nas últimas décadas também tem experimentado um Judiciário menos legalista e mais participativo, no tocante às demandas que envolvem políticas públicas e atuação direta do Poder Executivo e Legislativo, ensejando assim a jurisdição Constitucional.

Destacaremos a figura do Supremo Tribunal Federal no papel de uma nova construção jurisprudencial na garantia da efetivação do direito á saúde, utilizando-se de novos métodos interpretativos, princípios e demais ferramentas que possibilite decisões que expressem uma

guarda efetiva das normas Constitucionais, isto porque a constituição não deve ser uma norma utópica, totalmente distante da realidade e da vontade expressiva da norma, devendo, portanto o Poder Público ter como meta e prioridade a efetivação das normas constitucionais.

Para decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que envolve políticas públicas para a efetivação de tal direito, o Judiciário tem sido alvo de férreas críticas, instituto conhecido na doutrina como ativismo judicial, com uma conduta proativa dos magistrados, explica-se por razões exclusivamente jurídicas, pois com o advento da Constituição de 88 ampliou-se a competência do Poder Judiciário, cabendo ao Supremo Tribunal Federal à guarda, assim como a observância da efetividade dos direitos previstos e garantidos.

Enquanto a judicialização se explica por razões sociais, históricas, e políticas, pois expressa a vontade da sociedade que deposita no Poder Judiciário, sua esperança e anseio de ver se cumprirem as promessas constitucionais, cabendo, portanto ao judiciário, por sua vez, deve cumprir seu papel institucional, decidindo assim questões, ou seja, aplicar as normas de garantia fundamentais, devendo, portanto, ter aplicação imediata, conforme artigo 5º, § 1º da CF/88:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2. Das dimensões do direito

As divisões das gerações dos direitos são criações doutrinárias, para alguns não se deve tratar como geração, pois daria uma ideia de um momento que passa e não se leva consigo este direito, para o constitucionalista Canotilho o mais apropriado “são dimensões de direito, tratando, portanto da valorização de certo direito em determinado momento da história, constituindo um processo evolutivo, grupo religioso ou nação pode afirmar ser superior aos demais”.¹

De acordo com Sarlet:

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...].²

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49-50.

A primeira dimensão tem a finalidade de proteger a pessoa, tendo como marco a revolução francesa, pois havia uma necessidade de libertação de um estado opressor, a força da monarquia oprimia o povo com sua vontade absoluta, sobre “o terceiro estado deu força a revolução”, escrito por Band Saier, explicou o direito natural e atrelou ao direito de uma rebelião colocando o povo no terceiro poder. Em 14 de julho de 1789 houve a queda da Bastilha, composta por as autoridades presas contrárias a vontade do rei.

Após a queda da Bastilha, foi aprovado pelo o parlamento francês a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789. Este documento tinha a ideia de viger na França, por conter matéria tão relevante se expande pelo o mundo, tendo previsão que um país para existir tem que ter uma constituição escrita, dando início ao poder constituinte originário, meio de limitar os poderes, separação dos poderes inspirado por Montesquieu. O povo passou a eleger uma assembleia nacional constituinte para fazer uma constituição escrita, devendo conter a estrutura do Estado, a divisão de poderes e os direitos e garantias individuais, exigindo do Estado o não fazer a abstenção de aplicação imediata.

O objetivo principal nesta dimensão é proteger o indivíduo, assegurando o direito à vida, à liberdade, entendidos como direitos fundamentais escritos na constituição, limitando o poder do Estado, pois o povo neste momento estava sendo liberto de um sistema opressor e absolutista, documento este aprovado pelo o parlamento Francês. Servindo posteriormente como parâmetro para os tratados, fazendo menção à primeira dimensão, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 cita nos seus primeiros artigos a primeira dimensão, qual seja a proteção do indivíduo. Outro documento que também faz menção é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, dos quais o nosso país é aderiu desde 1992.

A segunda dimensão tem como foco cuidar de grupos de pessoas trabalhadores e aposentados, tendo como acontecimentos históricos a atuação abusiva do Estado Liberal e a revolução industrial. O primeiro referia-se a não importância pelo o ser humano, enquanto o segundo refere-se à produção excessiva e acúmulo de riquezas sem proteção do trabalhador, estes dois culminaram com a ruptura do sistema e busca por proteção dos trabalhadores e aposentados, como consequência desta reforma tem as principais Constituições, Constituição Mexicana de 1917 e Constituição alemã de Weimar de 1919 ambas com previsão de proteção dos trabalhadores e aposentados do início do século XX, conhecidos como direitos fundamentais por estarem escritos em uma Constituição.

Vale ressaltar nas palavras de Daniel Sarmento: “As Constituições do México” (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência, á saúde etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho³.

O direito a saúde está previsto no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento este criado no momento histórico da segunda dimensão, mas se encontra tanto na primeira geração, pois nesta se tutela a vida sendo este o núcleo essencial de todos os direitos, inserido na segunda dimensão dos direitos, por depender de efetivação progressiva por meio de políticas públicas, dependendo de prestações positivas. Este direito exige atuação efetiva por parte do Estado. A saúde também pertence à terceira dimensão, pois os sujeitos são indeterminados, pertencente a toda a coletividade, a Organização Mundial da Saúde, define saúde como um “estado de bem-estar físico e mental.”

Sarlet⁴ explica que os referidos direitos sociais vinculam duas dimensões distintas: uma à prestação, e outra negativa. Assim, um mesmo direito fundamental social pode desembocar obrigações negativas e positivas, como, v.g., o direito fundamental social à saúde, que vincula o poder público a se abster de praticar determinados atos tendentes a violar a saúde, bem como, ao mesmo tempo, obriga o ente público a prestar políticas públicas voltadas à prevenção e proteção da saúde humana.

Direito do Trabalho, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações *jus laborais*. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. De modo que após este momento histórico, as atenções são voltadas ao ser humano e suas necessidades, consagrando assim o princípio da dignidade humana, logo devendo ser observado em toda a construção do ordenamento do jurídico.

Outro documento criado neste momento histórico foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT), de conteúdo organizacional e protetivo ao trabalhador, momento histórico

³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49-50.

que inaugurou no mundo jurídico os direitos sociais, culturais e econômicos, têm suas características a coletividade com focos diferenciados, neste momento exige do Estado o fazer, não mais se exige do Estado uma abstenção, mas, ao contrário, impõe-se a sua intervenção, para a concretização dos direitos. Outros documentos como resultado deste progresso foi o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1988, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

Para a doutrina esta dimensão compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice. Direitos de aplicação progressiva ou aplicação diferida, não impedindo que sua aplicação aconteça de imediato por intervenção judiciária.

Ainda conforme prelecionado por Sarlet:

(...) os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.⁵

A terceira dimensão é a proteção indeterminada de pessoas, com o fim da segunda guerra mundial, se constatou violências indiscriminadas utilizaram bombas atômicas contra populações civis, Hiroshima e Nagasaki, ainda se constatou também os campos de concentração nazistas onde pessoas que nada tinham a ver com os conflitos, por razões de raça, cor, sexualidade eram segregadas e testadas e mortas. Após este momento histórico criou-se a organização das Nações Unidas (ONU), para proteger todo o mundo, por meio da carta da ONU em 1945, no sistema global, tivemos a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Temos outro documento deste marco histórico o estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, que tem como finalidade coibir crimes contra a humanidade, para proteção de uma coletividade indeterminada de pessoas, estritamente relacionado ao valor da

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 50.

fraternidade ou solidariedade, diz respeito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, a autodeterminação dos povos, bem como direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação; são direitos transindividuais.

Prelecionando sobre o tema Bonavides afirma:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.⁶

A quarta dimensão defendida principalmente pelo o doutrinador Paulo Bonavides, defende ter como núcleos os direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo. Para a doutrina tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo, os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturas, forma a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia. Da matéria das dimensões dos direitos a nossa Suprema Corte fez uma relação dos direitos surgidos e os princípios que deu o seu valor axiológico.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem em momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF, Pleno, MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 17-11-1995, p. 39206).

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

O direito de quinta dimensão veio tutelar o bem-estar, a garantia de um viver em harmonia com os semelhantes, encontrando-se neste rol o direito a paz, por ser o celebre aclamado por todas as nações, por isso passou a ser conhecido na doutrina como direito de quinta dimensão. Como dito anteriormente as dimensões dos direitos se comunicam e dão um sentido lógico e ordenado aos direitos existentes, a paz neste contexto deve ser conhecida não apenas como ausência de guerras, mas compreendida como bem-estar ético, tendo por base o respeito e aceitação do próximo, libertação de um sistema opressor culminou com o direito à paz.

A paz sempre foi o grande ideal almejado por todas as gentes, isto porque na história da humanidade sempre houve muitas divergências e como consequências muitas guerras, geradas por razões religiosas, políticas, sexo, raça e tantos outros fatores, por isso a paz veio rotulado o direito natural caracterizador dos anseios de todos os povos, tendo como foco principal e condutor das relações em âmbito internacional.

Assim a carta magna o consagrou, depois de contextos históricos de guerras civis, de poderes, de forças opressoras do homem sendo objeto de satisfações capitalistas, o valor humano era baseado com força no capital, processo de “coisificação”. A preservação da espécie humana neste momento é tutelada, com o auxílio mútuo das nações em resguardar os direitos das gentes.

3. A construção dos direitos sociais na história das constituições brasileiras

A história constitucional nos revela o reconhecimento progressivo dos direitos sociais, como resultado de lutas e avanços, ao observador fatores que ensejaram nas constituições. Vimos que em cada momento houve uma necessidade diversa, movimento jurídico e político, na busca de edição de uma lei maior com a intenção principal de limitar o poder dos governantes, o principal marco foi com revolução francesa 1789 e as primeiras constituições americanas. Algumas constituições serviram de paradigma para a proteção dos direitos sociais no cenário constitucional do Brasil, a Constituição de Weimar, em 1919, e a mexicana, 1917, que influenciaram na construção dos direitos sociais no Brasil.

Em 1824, Dom Pedro outorgou a primeira constituição. Os fatos marcantes foram, a monarquia e a divisão em quatro poderes, o Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, o último poder era exercido pelo o imperador, como forma de controlar e manipular as vontades dos demais poderes, outro aspecto que caracteriza a personalidade e o autoritarismo,

Ao iniciar o sistema republicano, com o advento da proclamação iniciou uma libertação do sistema autoritário e ausente da vontade do povo, com todas estas mudanças se fez necessário uma nova ordem constitucional, iniciando-se uma nova constituição. Em 1891 originou-se a nova constituição, também conhecida como constituição de Ruy Barbosa, inspirado pela constituição norte americana, o país passou a ser uma República, o governante passou a ser escolhido pelo o povo, para um mandato determinado, com voto aberto e não sigiloso.

Outra mudança importante foi permissão do livre culto a todas as crenças, assim tornando-se laico, visto que o cristianismo obtinha a maior parte do poder conferida a classe dominante, tendo, sobretudo, papel políticas públicas. O Brasil passa adotar a tripartição de poderes, teoria do Frances Montesquieu. Havendo a ampliação dos direitos individuais, com a inclusão do Habeas Corpus entre os direitos constitucionais do cidadão.

Com todas estas mudanças ocorridas pela segunda constituição, geradas principalmente por revoltas políticas, por causa do novo modelo de governo, devido à ausência da transparência e segurança do sistema eleitoral, houve manifestações na cidade de São Paulo, intitulada revolução constitucionalista, gerando uma nova ordem constitucional.

A constituição de 1934 trouxe um viés social, pela a primeira vez na história, houve previsões sobre a ordem econômica e social, acompanhada de uma intensa produção legislativa em matéria trabalhista e previdenciária, trazendo um novo conceito de intervenção estatal, chamado na doutrina de direitos positivos, ou prestacionais, iniciou-se neste período o direito á saúde, no âmbito do trabalho, de modo que iniciou um novo sistema de prestação de saúde, mas limitado ao ambiente de trabalho.

No entanto, a Constituição Polaca, de 1937, o Brasil vivia a ditadura, como consequência foi editada uma constituição rígida, muito poder concentrado na União, houve uma diminuição dos direitos e garantias fundamentais, acabou o direito de greve, acabou o direito de impetrar mandado de segurança, acabou a ação popular. Houve também a diminuição do controle difuso de constitucionalidade, as previsões acerca da intervenção, houve uma preservação das disposições dos textos que previam a ordem econômica e social.

No pós-guerra, no cenário internacional, surgiu à organização mundial da saúde, com 193 Estados membros, entre eles o Brasil, junto com governos instituições das nações parceiras, a OMS presta assistência ao redor do mundo, exemplo desta assistência foi à participação no monitoramento e coordenação de campanhas que erradicaram doenças, como a poliomielite

nos países da Américas, a partir de 1885 as nações continente, se uniram para eliminar a pólio, realizando programas intensivos de vacinação. O esforço conjunto com a OMS atingiu a meta quase uma década depois.

Em um segundo momento consagra-se o Estado Social, com conceitos como isonomia material, o foco agora é com as desigualdades sociais, o Estado deve por meio de prestações positivas, promoverem a igualdade, a expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos, na circunstâncias de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial à classe operária, a título de recompensa, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico.

4. A Constituição de 1988 e o direito fundamental à saúde

No Brasil, os Direitos Sociais foram positivados no Capítulo II do Título II, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o qual é destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais. Consiste em um capítulo próprio dos direitos sociais (Capítulo II do Título II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a ordem social (Título VIII).

Dentre os direitos sociais, o direito à saúde foi eleito pelo constituinte como de grande importância. A forma como foi tratada, em capítulo próprio, demonstra o cuidado que se teve com esse bem jurídico. Com efeito, este direito, por estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

O Brasil apresenta um diferencial no quadro internacional no que tange o Sistema Único de Saúde, enquanto que os demais países visam prestar serviços de saúde, aqui o bem protegido é o direito à saúde. Não obstante, em matéria de serviços e ações de saúde, dada a natureza, complexidade e magnitude de uma execução em todo o território nacional, suas atribuições e responsabilidades foram atribuídas e repartidas, pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS.

Segundo o artigo 4º e 6º, VI da Lei supramencionada, o SUS é concebido como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e Instituições Públicas Federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta” que possui como principais

atribuições a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e participação na sua produção”.

Cabe enfatizar, neste aspecto, que a Lei nº 8.080/90 estabeleceu competências diferenciadas aos diversos entes da federação, pautado no princípio da descentralização, destacado por José Afonso da Silva⁷ e que completa a rebuscada organização do sistema de saúde em nosso país: O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

O sistema único de saúde implica ações serviços federal, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro.

Diante de um ordenamento repleto de garantias nos esforços para a efetivação, o Poder Público viu-se limitado, portanto com a ausência de tais efetivações surge neste momento o fenômeno da Judicialização, em se tratando da judicialização da Saúde teve seu início no fim da década de 90 a partir de demandas de pacientes soropositivos, cresceu durante toda a década entre 2000 e 2010 com milhares de demandas por todos os tipos de serviços de saúde prestados pelo o Sistema Único de Saúde.

Em consequência a maior atuação da Corte Suprema nos casos ligados ao direito à saúde, existem argumentos distintos para analisar as implicações da judicialização desse direito no país: de um lado, se anuncia a possibilidade de efetivação do direito, mas, por outro, há o risco de a judicialização ser uma interferência indevida do Judiciário nas políticas públicas caso a decisão judicial não adote critérios objetivos e uniformes ou não seja munida de informações suficientes para uma correta avaliação quanto à viabilidade e adequação técnica e orçamentária do bem demandado.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 2009, p. 831.

5. Reserva do possível e o mínimo existencial

A expressão reserva do possível teve sua origem no direito alemão, resultado de uma decisão da Corte Constitucional, decisão esta que teve como escopo a restrição na prestação do direito a educação, sujeito ao limite orçamentário estatal. O caso ficou conhecido como Numerus Clausus que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidade pública, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos, embora o direito à educação não estivesse previsto constitucionalmente neste contexto.

A liberdade de escolha profissional exigia em alguma medida o direito de acesso ao ensino universitário, nesta ocasião a suprema corte concluiu ser válida a limitação do número de vagas na universidade pública, tendo em vista que o fator limitador seria o possível financeiramente, função atribuída ao legislador que deve atender na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências de harmonização econômica geral.

A reserva do possível pode ser concebida sob duas perspectivas, a fática e a jurídica, a primeira diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, já o componente jurídico relaciona-se a existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos, com esta compreensão fica evidenciado que não basta a simples alegação da reserva do possível, deve haver a comprovação da impossibilidade financeira da não execução. Em se tratando de demandas relacionadas à prestação do direito a saúde por vezes o estado tem se socorrido desta defesa, que não há orçamento suficiente para tal efetivação.

Em casos em que se pleiteia uteis, medicamentos, tratamentos, e outros envolvendo a garantia da efetivação do direito a saúde, os entes públicos podem aclamar a reserva do possível em suas defesas desde que atendam ao binômio, a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, mas nesta mesma conclusão o Ministro Celso Mello consignou que:

a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo o Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações

constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade.⁸

Neste ponto faz jus tratar do mínimo existencial criação filosófica, que posteriormente ganhou espaço na esfera jurídica, a doutrina denomina mínimo existencial sendo, portanto, um conjunto de ações que garantam o mínimo para uma vida com dignidade, de modo que deve o Estado prestar os serviços básicos aos indivíduos. E estas prestações são as basilares para a sobrevivência humana, implicando em deveres fundamentais com o fim de atender necessidades coletivas e individuais de seus membros.

Em se tratando da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é possível afirmar a existência de uma construção dogmática e sólida acerca do tema. Algumas decisões mencionam este direito, afirmou-se ter este direito sido acolhido pela ordem constitucional brasileira como direito fundamental e que isso se dá por decorrência do “direito universal a vida com dignidade, a liberdade e a segurança, havendo uma sintonia com os demais direitos fundamentais. A ministra Carmen Lúcia refere ser a garantia do mínimo existencial “o conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente”.

Em outra ocasião a Suprema Corte anuiu com a tese de que a garantia do mínimo existencial não é meramente instrumental, mas, ao mesmo tempo, é fim em si mesmo, isto se deu quando o Ministro Celso de Mello referiu, amparado na doutrina de Ana Paula de Barcellos, que “a meta central das constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida (...) na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”.

A doutrina chaga a estabelecer um rol das necessidades básicas, que deve ser atendida em nome do mínimo existencial, neste se encontra a prestação do direito à saúde, na prática a efetivação ainda é tanto quanto distante, é no judiciário que muitas vezes ver-se concluso este direito, para tanto muitos magistrados têm se socorrido dos princípios com o fim de fundamentarem suas sentenças, para tanto o princípio da proporcionalidade e razoabilidade anda junta, para resoluções destas demandas, tendo como principal fundamento, o princípio da dignidade humana, sustentáculo principal do ordenamento jurídico.

⁸ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*, p. 97-106.

6. Ativismo judicial e judicialização

O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1947, pelo historiador Arthur Schlesinger, para se referir a atual conjuntura da Corte Americana, momento em que a jurisprudência da corte começou a decidir questões constitucionais que também eram de importância política. A jurisprudência norte-americana estava dando um grande passo sobre as questões de direitos fundamentais, voltando seu olhar para as minorias.

De acordo com o historiador os juízes da corte eram classificados da seguinte forma: a) Juízes ativistas com ênfase da defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – Justices Black e Douglas; b) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – Justices Murphy e Rutledge; c) juízes campeões do autor restrição – Justice Frankfurter, Jackson e Burton; e d) juízes que representariam o equilíbrio de forças (balance of powers) – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed.

Em decorrência do momento histórico vivido pelos Estados Unidos, a corte possuía um novo papel político institucional, que ia além da proteção econômica do país, mas, sobretudo a proteção dos direitos e liberdades civis, principalmente dos mais desprotegidos e menos favorecidos. O ativismo judicial teve uma conotação negativa nos EUA, devido ao caráter conservador que adquiriu no final do mandato do presidente Roosevelt, com a entrada de novos juízes na Suprema Corte.

Todavia, apesar das críticas ideológicas, o ativismo judicial se refere a uma participação mais ampla do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, chegando até mesmo a ocupar espaços dos outros poderes, no entanto há quem entenda que não há uma tomada de poder, mas a ocupação de espaços vazios.

Com o advento da constituição de 1988, o Brasil passou a ter uma intensa interferência do judiciário nas questões de ordem política. É possível perceber que o Supremo Tribunal Federal em muitos momentos vem tomando decisões que ultrapassam os limites estabelecidos constitucionalmente, no entanto, percebe-se que a constituição deu muita liberdade ao judiciário.

Há quem entenda que ocorre uma nítida usurpação de poder, outros concordam apesar de achar inevitável, pois existem muitas falhas. No legislativo e até mesmo no executivo, no que se refere à celeridade e efetividade de algumas questões, principalmente aos direitos

fundamentais. Entende-se que o judiciário abstrai o máximo de poder que a constituição permite, e até mesmo se arrisca a ter liberdade para criar normas, por meio de Jurisprudência e súmulas de caráter vinculante.

A busca político-jurídica por garantias na constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de Direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal. A concretização do Estado Democrático de Direito depende da efetiva atuação da constituição e, sobretudo da defesa dos direitos fundamentais.

O ativismo judicial se mostra com diferentes dimensões, como as diversas formas de interpretação da norma aplicada ao caso concreto, por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo”. Assim há de considerar a própria evolução histórica dos direitos, que possibilitou um rol extenso de direitos fundamentais previstos na Magna Carta, em que o Supremo Tribunal é considerado o guardião.

Quando os representantes da teoria constitucional do Século XIX, orientados pelo princípio monárquico, defendiam a tese de que o natural guardião da Constituição seria o monarca, esta não passava de uma ideologia muito evidente, chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procurava mascarar sua tendência básica de compensar a perda que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para o constitucionalismo.

Ao passo que há outros que considerem que o ativismo consiste no transpor de limites atribuídos aos poderes, desenvolvendo um poder Judiciário com ênfase política, logo descaracterizando sua função de guardião da Constituição, materializada pelo crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal, assim como as consequências deste contexto institucional para Teoria do Processo. Por último, ao examinar as relações entre postura garantista e ativismo judicial, são analisados alguns casos emblemáticos no Supremo Tribunal e em instâncias inferiores.

A segunda metade do século passado foi marcada por um intenso processo de internacionalização dos Direitos Humanos, com os seus respectivos sistemas institucionais protetivos. Mesmo de maneira controversa, pode-se dizer que, no Brasil, a judicialização da Política, especificamente da concessão de medicamentos, é um fenômeno possibilitado pela

Constituição Federal de 1988 e que se intensifica a partir da década de 1990, em um contexto de mobilização social pelo acesso gratuito a medicamentos antirretrovirais.

Enquanto o fenômeno da judicialização encontra razão de existência na sociedade, por força da ampliação constitucional das atribuições do Poder Judiciário, tem gerado nos legitimados dos direitos fundamentais uma esperança de ver efetivada a promessa constitucional, razão pela qual se instrumentaliza questões envolvendo direitos fundamentais que para tal, se efetiva por meio de políticas públicas, direito como a saúde que se concretiza por meio de ações constantes do executivo e legislativo.

No contexto fático ocorre que, não há uma real efetivação, quando diante de doenças em que o paciente se encontra em risco de morrer e não há leito nos hospitais públicos para tal tratamento, ou ausência de medicamentos para cuidados, são as mais diversas situações, circunstâncias que geram nos usuários dos serviços sentimentos de confiança e anseio por uma medida justa de verem suas necessidades basilares serem supridas por meio de decisões judiciais consagrando assim a judicialização da política.

Há, por assim dizer, quem considere a Judicialização como remédio necessário a ser utilizado no ordenamento brasileiro, por se tratar de um meio eficaz para efetivação de direitos individuais e coletivos quando o Judiciário faz valer o pedido de um interessado.

Parte dos direitos fundamentais é pacífico principalmente no Supremo Tribunal Federal, que tem entendido e julgado que tal direito deve ter eficácia imediata, como se procede com os direitos fundamentais, entendimento que ganhou força na interpretação axiológica, pois a hermenêutica utilizada tem sido do valor supremo do direito à saúde, pois esta ligada diretamente ao direito à vida. “O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.”

A carta Magna consagrou o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa, sendo, portanto, o sustentáculo do ordenamento jurídico, de modo que as Leis infraconstitucionais devem atender a tal vontade, passamos por toda uma revolução histórica, o ser humano tomou-se prioridade nos interesses e atuação Estatal, logo os demais direitos que se seguem são consequências de tal previsão.

7. Principais diferenças entre judicialização e ativismo judicial

A judicialização da política diz respeito à atividade jurisdicional, modo pelo o qual se interpreta as normas constitucionais também conhecidas pela doutrina como jurisdição constitucional, uma nova hermenêutica constitucional, norteadas pela força normativa dos princípios, evento conhecido como pós-positivismo, de modo que o julgador se encontra neste contexto liberto da legalidade extrema, podendo julgar com base interpretativa na dignidade humana, princípio tal de força soberana na ordem jurídica tanto em âmbito nacional como internacional.

O ativismo é concebido para pesquisadores da jurisdição constitucional como “processo político-institucional” pelo qual se assume “um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia”. Para Streck, o ativismo judicial pode ser concebido como “um juiz ou tribunal decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou um conjunto de magistrados) ”.

É bem verdade que a atividade jurisdicional teve um crescente com Carta Magna de 1988, a sociedade vem no judiciário o caminho para se obter a medida justa da efetivação dos direitos positivados na Constituição, com isso originando a jurisdição Constitucional.

É por esta razão que se origina o fenômeno da Judicialização definida por o docente Streck⁹, sendo o “fenômeno que insurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional)”. A judicialização encontra fundamento de existência por força política, do direito e da própria atividade jurisdicional, pois o direito constitucional é um direito político que como consequência inclui o judiciário na atividade política.

A democratização social e a nova institucionalidade da democracia política, à luz de constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.

Portanto a judicialização apresenta-se como um evento que social, pois a dimensão deste fenômeno não depende da vontade do órgão judicante, ao contrário deriva de fatores alheios à jurisdição, que possui seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (NEO) constitucionalismo. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. ____; ROCHA, Leonel Severo (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

direitos, passam pela ineficiência do Estado juntamente com a má gestão dos recursos orçamentários, e muitas vezes na ausência de prioridade das políticas públicas de efetivação, que gera como consequência aumenta de demandas envolvendo direitos fundamentais, em especial o direito a saúde, por isso a diminuição da judicialização não depende, apenas de medidas realizadas pelo o Poder Judiciário, mas, sim, de um conjunto de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.

Por isso, a judicialização e o ativismo não se confundem, enquanto este é uma conduta, um modo de interpretação de cada magistrado no momento de proferir sua decisão em que envolve direito fundamental, de lavra constitucional a exemplo do direito à saúde, aquele é um fenômeno, uma realidade dos atos na sociedade, ou nas palavras de Luiz Roberto Barroso:

(...) 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.

8. Jurisdição do direito à saúde: judicialização da política ou ativismo judicial?

É fundamental para o estudo a diferenciação dos dois institutos, Portanto relevante se faz trabalhar os fundamentos que origina a judicialização, isto porque a constituição de 1988 definiu a República Federativa do Brasil, como um Estado Democrático de Direito, organizando seu território e sua população, garantindo a soberania do Brasil perante a comunidade internacional e a manutenção da ordem social e política, além da forma de governo – republicana (o que significa que os poderes Legislativo e Executivo serão compostos por representantes eleitos pelo povo).

Como já compreendido anteriormente a quarta geração de direito baseia-se entre outros direitos na democracia, direito este garantido no texto constitucional, ou seja, o fato de o Brasil ser um Estado Democrático significa que está fundado em valores e princípios maiores, pautados no ideal de soberania popular e da participação efetiva da população nos interesses e decisões públicas, ou seja, no fato de que “todo poder emana do povo”. Portanto tem-se, assim, um Estado interessado com a justiça social e com o atendimento da vontade do povo, o qual influencia diretamente as decisões e a formação política e social e jurisprudencial na nação.

Os interesses do povo estão inseridos na forma de fundamento do Estado democrático, assim como a vontade popular (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político), são delimitados e protegidos pelo direito, que é formado e definido democraticamente para ordenar todo o Estado. O direito, portanto, compõe o Estado democrático porque estabelece a ordem social, política e jurídica, sendo o modo como o próprio povo garante seus direitos fundamentais e o cumprimento dos princípios, fundamentos e objetivos do Estado.

Diante dessa incessante luta pela segurança no que se refere às garantias fundamentais houve uma transferência de poder das instituições representativas para as judiciárias, denominando-se "juristocracia", que é uma tendência hoje crescente no mundo globalizado, estendendo-se do Leste Europeu à América Latina e incluindo sistemas de clara tradição institucional fundada na soberania parlamentar, como Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul.

A atividade jurisdicional na área do direito a saúde nestes últimos anos ganhou muita força, o que se explica devido à jurisdição constitucional, mesmo dependendo de políticas públicas para sua efetivação, quando judicializado ganha força de aplicação imediata e direta.

A segunda metade do século passado foi marcada por um intenso processo de internacionalização dos Direitos Humanos com os seus respectivos sistemas institucionais protetivos. Mesmo de maneira controversa, pode-se dizer que, no Brasil, a judicialização, especificamente da concessão de medicamentos, é um fenômeno possibilitado pela Constituição Federal de 1988 e que se intensifica a partir da década de 1990, em um contexto de mobilização social pelo acesso gratuito a medicamentos antirretrovirais.

Para o professor Paulo Paiva, ativismo judicial é um “instrumento retorico de crítica ao comportamento dos juízes, na atuação da jurisdição constitucional” isto porque estas decisões ocorrem sem supervisão e controle de outros agentes públicos. O fundamento destas críticas não deve prosperar, porque o Judiciário não cria Políticas Públicas, mas apenas determina o seu cumprimento¹⁰.

A causa principal para as constantes demandas envolvendo o direito a saúde, se dá por várias razões, o que seria inconcebível, a omissão do judiciário, pois deve guardar e garantir a aplicabilidade das normas constitucionais, como prelecionado por Frank Micheiman:

¹⁰ PAIVA, Paulo. *Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino, p. 499-528.

A ponderação segundo a qual a constituição manifesta uma ideia sobre como as pessoas devem ser tratadas, e não uma ideia sobre como decidir publicamente como as pessoas devem ser tratadas.¹¹

No estado constitucional não deve haver Soberania interna, popular ou judicial, deve nos direcionar e garantir nossas liberdades e direitos básicos é um conjunto de competência estabelecidas na Constituição, dentre estas, uma foi consagrada e confiada ao Supremo Tribunal Federal como a mais importante, qual seja, de “garantir a rigidez dos direitos fundamentais contra o experimentalismo democrático” palavras de Paulo Paiva.

9. Contexto jurisprudencial do STF na judicialização do direito à saúde

As primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal que afirmam o direito fundamental a saúde como direito subjetivo datam do ano de 1999. Neste momento histórico, houve o julgamento do RE 271.286, que constitui o acórdão paradigma sobre a matéria, nesta ocasião foi afirmada a justiciabilidade do direito fundamental a saúde.

Momentos posteriores o tema ganhou maior atenção na Corte, o presidente na época Ministro Gilmar Mendes, convocou audiência pública com profissionais da saúde e usuários do SUS e demais interessados, as informações colhidas na ocasião serviram de parâmetros para fundamentos mais objetivos envolvendo esta seara.

Registra-se com isto que a judicialização deixou um legado, maior atenção quanto à efetivação do direito à saúde, como consequência desta maior atenção foram concebidos novos métodos hermenêuticos, outro fator contributivo foi à força normativa dos princípios assim como a ponderação.

O atual contexto deste tema no judiciário não somente na Suprema Corte como nos tribunais de todos os demais estados, tem sido de um constante diálogo entre os participantes do executivo e do legislativo. A tentativa atualmente tem sido de conciliação e quando se trata de medicamentos, o magistrado estabelece um diálogo com o médico, pois muitas vezes preceitua medicamentos que podem ser substituídos por um que tenha disponibilizado no SUS.

¹¹ PAIVA, Paulo. *Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino, p. 499-528.

O tema tem sido discutido e estabelecido meios práticos e objetivos para resoluções de demandas que envolva o direito a saúde, assim como meios de mediação para que se evite a judicialização, tem feito parte da pauta de metas do CNJ, o mesmo tem realizado jornadas da saúde, com o fim de reunir magistrados, profissionais da saúde, ministério público, defensoria e demais interessados. Todos estes projetos tem o fim de encontrar o equilíbrio entre a prestação jurisdicional e a não desestruturação do orçamento público.

O RE 271.286 trata de uma ação em que o Município de Porto Alegre foi condenado, em segunda instância, ao fornecimento de medicamentos para soropositivo HIV, nas razões do Recurso o Ente Público argumentou pela não previsão de despesa em Lei orçamentária e por sua ilegitimidade passiva para a causa.

Razão pela qual foi desprovido pelo o STF. O Ministro relator acolheu a justificação do tribunal recorrido, pela aplicação analógica da norma legal que dispensa licitação nos casos de calamidade pública ou emergencial, quando caracterizar prejuízo ou possa comprometer a segurança das pessoas.

Quanto à ilegitimidade passiva restou reconhecida a responsabilidade solidaria entre os Entes. Neste contexto prevaleceu a tutela do direito a saúde ligada diretamente pelo o liame da preservação da vida.

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO Á VIDA E Á SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO Á SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO Á VIDA. – O direito público subjetivo á saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada á generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário á assistência farmacêutica e médico – hospitalar. O direito á saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito á vida. O Poder Público, qualquer seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos

os Entes Políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional incoerentes, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadores do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário à vida e à saúde das pessoas, especialmente daqueles que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.¹²

Considerações finais

O instituto da judicialização do direito à saúde tem servido de referência de justiciabilidade, ou seja, meio de garantir a efetivação, a instrumentalidade de demandas envolvendo o direito fundamental à saúde. Reflete o anseio de pacientes, que esperam ver cumprir a promessa constitucional. Na maioria das vezes por não terem recursos econômicos, para o acesso dos serviços privados, depositam no Poder Judiciário a esperança de receber uma efetivação, garantindo desta forma sua subsistência.

A jurisdição constitucional tem sido o elemento legítimo de concretização dos direitos fundamentais, em se tratando do direito à saúde, é perceptível uma tutela garantista, razão pela qual na ponderação de valores, a vida humana deve ser preservada em detrimento de interesse econômico estatal.

Portanto, a Constituição não se resume apenas a uma carta de intenções utópicas, todos os entes estatais devem perseguir as ideias propostas na Carta Magna. Com esta concepção, os esforços governamentais serão em torno de efetivação dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, por ter ligação direta com a subsistência humana.

Logo, depreende-se de todo o exposto, ser a judicialização do direito à saúde um fenômeno contributivo para a construção jurisprudencial consolidada na consecução da vontade normativa, sendo portanto a perseguição prioritária da efetivação dos direitos fundamentais, o ativismo judicial propriamente reconhecido pela doutrina entendemos não

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*/Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 635-636.

esta presente nestas demandas, uma vez que os juízes e tribunais envolvidos nestas demandas não estão criando direitos, antes participando de um processo valorativo e ponderativo de interesses, utilizando-se da ferramenta de alocação de recursos.

Como consequência da judicialização do direito a saúde, surgiu um olhar mais democrático na efetivação deste. No atual contexto, tem-se uma participação mais direta da comunidade em audiências públicas, pois saúde se executa com a participação de todos, atendendo assim ao princípio da solidariedade do sistema, incluindo os poderes por não se tratar apenas do custeio, mas da prioridade e importância do tema.

O foco não deve ser para a conduta do Judiciário em decidir questões que envolvam para tal efetivação políticas públicas, ou seja, conjunto de ações do Executivo e Legislativo, mas, antes, para o que deve ser feito no cenário político e social que cause o aumento da efetivação do direito à saúde, como linha tênue do direito à vida, na atenção em especial aos hipossuficientes.

Referências

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, nº 11 (Jan/Mar 2003). Belo Horizonte; Fórum, 2003; Ed. Juruá, em Curitiba

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. Rio de Janeiro, 2009.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*, p. 97-106.

CUNHA, Sérgio Sérula. *Dos fundamentos de direito Constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Estado social de direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005, v. 8. N. 42.

GOMES, Dinaura Godinho Pimente. *Direitos fundamentais sociais: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. 2005, n. 53. Revista dos Tribunais.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional (2002-2010)*. São Paulo: Saraiva 2011.

PAIVA, Paulo. *Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino, p. 499-528.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da organização do Estado, dos poderes e histórico das Constituições*. V. 18. Saraiva: São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*.

STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. ____; ROCHA, Leonel Severo (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Páginas da internet consultadas:

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 16 de junho de 2015. Aprovado em 8 de agosto de 2017. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade do autor.