



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Ativismo Judicial como garantia fundamental na Saúde Pública

Juliana Furtado Cardoso de Moraes

Rio de Janeiro  
2011

JULIANA FURTADO CARDOSO DE MORAES

O Ativismo Judicial como garantia fundamental na Saúde Pública

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Guilherme Sandoval

Rafael Iorio

Rio de Janeiro  
2011

## O ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA SAÚDE PÚBLICA

Juliana Furtado Cardoso de Moraes

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada. Pós-Graduada em Direito Penal e  
Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá.  
Pós-Graduada em Direito Constitucional pela  
Universidade Estácio de Sá.

**Resumo:** O presente artigo abordará o contexto do ativismo judicial no Brasil, a saúde pública como dever constitucional a ser cumprido pelo Estado, a ineficácia das ações políticas na área da saúde e a defesa da aplicação do ativismo judicial na área da saúde. E tem como enfoque principal analisar a mudança da concepção do Estado de Direito na Modernidade, o Ativismo Judicial, inclusive a Decisão Judicial como meio de eficácia de tais direitos, bem como verificar os Princípios atinentes e as controvérsias da jurisprudência e doutrina acerca da Decisão Judicial ser meio de efetividade do Estado de Direito.

**Palavras chaves:** Saúde Pública. Garantias. Separação de Poderes. Ativismo Judicial.

**Sumário:** Introdução. 1. A Saúde Pública no Brasil como Direito Fundamental. 2. A CRFB diante da mudança da concepção do Estado de Direito na Modernidade. 3. O Ativismo Judicial. 4. A Decisão Judicial como meio de eficácia dos Direitos. e análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo circunscreve pesquisas relativas à área do constitucional, cujo tema se refere ao Ativismo Judicial como garantia fundamental na área da Saúde Pública.

Deste modo, buscar-se-á analisar a o Direito à Saúde como Direito fundamental, etapas da evolução do Estado de Direito, de modo a destacar o ativismo judicial como garantia fundamental na concretização do direito à Saúde, bem como às possíveis medidas a serem aplicadas, sob o posicionamento da doutrina e jurisprudência.

Serão destacadas, ainda, as garantias fundamentais, sua concretização na CRFB/ e sua nova concepção, bem como o Ativismo Judicial, destacando as teorias: Substancialista e Procedimentalista, a fim de definir o papel do poder judiciário no Estado.

Insta salientar que o tema é original e polêmico, suscitando grandes controvérsias no universo jurídico pelo campo social que atinge.

O presente artigo realizar se à através de pesquisa do tipo bibliográfica e qualitativa, histórica e documental, assim como a coleta e análise da doutrina e jurisprudências dos Tribunais Superiores que sejam pertinentes ao assunto, frente à necessidade de maior aprofundamento ao tema.

Não se pode negar que os tempos são outros, de modo que se faz necessária a atuação direta do Poder Judiciário no cumprimento de suas decisões a fim de concretizar o próprio Estado Democrático de Direito, pelas várias vantagens que possui como a celeridade, imparcialidade, confidencialidade e compatibilidades com suas finalidades, essencialmente, na área da Saúde.

Diante do mundo globalizado, capitalismo e seus efeitos - como as desigualdades econômicas – evidente a importância do Estado Liberal que antes era amparado apenas pela característica da legalidade estritamente formal, o que trazia malefícios para a sociedade, que precisa estar protegida por todos os direitos garantidos pela Constituição.

Nesse contexto, há uma nova concepção do Estado de Direito na modernidade, em decorrência da decadência do Estado Absoluto na busca pelo equilíbrio, segurança jurídica e a justiça.

Para tanto, importante a verificação de um dos pilares do Estado de Direito, que é a separação de poderes, para compreender o controle judicial nas medidas públicas, principalmente, na saúde pública, em virtude da inação do poder executivo.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana começa a participar da dinamicidade do sistema de interpretação, até mesmo porque com a Declaração Universal da ONU em 1948, tal ficou caracterizado como qualidade inerente a todo ser humano, de modo que diante de um caso concreto, verificam-se a regra jurídica a ser aplicada, os valores morais, a dignidade da pessoa humana, os princípios jurídicos para a solução da lide.

Conclui-se que as interpretações no pós neoconstitucionalismo devem estar baseadas no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de limitador dos abusos e supressões dos direitos fundamentais, e também, como atuante na solução de conflitos por meio de ponderação de interesses.

Por isso, faz-se necessário o presente estudo a fim de proporcionar às pessoas conhecimento sobre a matéria, de modo a esclarecer o que é o instituto, suas vantagens e os principais aspectos.

## **1. A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

O direito à Saúde, conforme se verifica na norma preconizada no artigo 196 da CRFB/88, é um direito e dever de toda sociedade, de modo que há preocupação com redução de risco de doença e acesso igualitário aos serviços para sua concretização.

Destaca-se que tais medidas podem ser executadas pelo Estado ou por terceiros, pela saúde privada ou pela saúde pública por entidades privadas, o que perfeitamente permitido pela CRFB/88.

Com a evolução da CRFB/88 em 1990 por meio da Lei n.8080/90, materializou-se o SUS – Sistema Único de Saúde – que segue as diretrizes destacadas no artigo 198 da Carta Magna, como descentralização, atendimento integral, participação em comunidades, gratuidade e universalidade.

Verifica-se, assim, que a prestação ao direito da saúde é gratuita e de responsabilidade primeira do Estado e complementar das instituições privadas. A própria CRFB/88 ressalta o estímulo de leis para efetivar a melhor prestação de serviços para saúde dos indivíduos.

Com a evolução do Estado de Direito e a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana<sup>1</sup> foram exemplificadamente enumerados no artigo 5º e demais do texto constitucional, de modo a serem subdivididos em 5 (cinco) subespécies: direitos individuais e coletivos, sociais, nacionalidade, políticos e existência, participação e organização dos partidos políticos, todos a depender de legislação ulterior para aplicabilidade.

Nesse sentido, conforme a definição de Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>2</sup>, “ Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana.”

As ideias dos direitos fundamentais nascem com a modernidade, destaca-se que antes de tal etapa havia concepções que na verdade se referiam a ele, hoje há, mas com a ausência da característica da universalidade.

Desse modo, a normatividade dos direitos fundamentais ainda nos dias de hoje não se acha consolidada. Tal fato faz a normatividade flutuar em função do legislador ordinário em regulamentar aqueles direitos dependentes de legislação supervenientes e da interpretação

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26-27.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271.

dos juízes progressistas que fazem o direito avançar em direção à plena efetividade dos princípios e não apenas regras.

Destaca-se que há 3 (três) grandes dimensões dos direitos fundamentais: a primeira se refere à liberdade – pautada na intervenção estatal, direitos negativos de defesa, direitos civis e políticos, liberdade perante o Estado e hegemonia axiológica da autonomia privada – a segunda a igualdade – em que há os direitos estatais positivos, sociais, econômicos, liberdade por intermédio do Estado e o anseio de realizar o princípio da dignidade da pessoa humana – a terceira solidariedade - direitos de titularidade transindividual, coletivos e difusos e igualdade da humanidade.

Percebe-se, portanto, que os direitos sociais ganharam destaque na segunda dimensão, etapa na qual o direito hoje fundamental à saúde, dentre outros, se destacou.

A partir do século XX com surgimento da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, a saúde foi definida como o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, independentemente da condição social ou crença.

Diante disso, conforme defende Howerston Humenhuk<sup>3</sup>, pode-se dizer que a saúde é uma incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e vários outros componentes.

Com a CRFB/88, houve a inserção do direito à saúde como direito fundamental, protegido constitucionalmente, conforme se verifica da leitura dos artigos 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220,

---

<sup>3</sup> HUMENHUK, Howerston. *O Direito à Saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais/2.>>. Acesso em: 20 ago.2011.

225, 227 e 230<sup>4</sup>. Logo, afirma-se que a saúde correlacionada com o direito designa um direito social, ou seja, o direito à saúde.

A saúde é, portanto, direito constitucional, social e fundamental para a sociedade brasileira, direito de todos, sendo dever do Estado garantir por meio de políticas públicas a sua concretização. De modo que a União, Estado, Distrito Federal e Municípios possuem competência para regulamentar, fiscalizar e controlar sua execução, para que todos os cidadãos possam acesso a tratamentos médicos, remédios, cirurgias, enfim, aos meios permitidos por ações públicas para alcançar a saúde, e, conseqüentemente a vida.

Corroboram os artigos 169, 197 e 198 da CRFB:

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade. [...]

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

O direito à saúde deve ser entendido em sentido amplo, não se restringindo apenas aos casos de risco à vida ou de grave lesão à higidez física ou mental, mas deve abranger também a hipótese de se assegurar um mínimo de dignidade e bem-estar ao paciente.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 18 ago.2011.



Dessa forma, incluem-se no direito fundamental à saúde até mesmo aqueles medicamentos ou tratamentos médicos não contemplados administrativamente pelo SUS, visto que a norma constitucional do art. 196 tem natureza elástica e caráter imperativo sobre as normas regulamentares administrativas baixadas pelo Poder Executivo.

Logo, conforme André da Silva Ordacgy<sup>5</sup>, “Estado deve desenvolver as atividades de saúde dos níveis mais básicos de cuidado até os mais complexos.”

Em razão da evolução dos conflitos sociais, muitas vezes há litígios entre direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, de modo que caberá ao julgador diante do caso concreto, por meio dos princípios constitucionais e critérios de razoabilidade e proporcionalidade, decidir qual deles prevalecerá.

Assim, nessa colisão de direitos fundamentais, não haverá a resolução pelos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas (hierárquico, temporal, especialização), mas sim, conforme sustenta Luis Roberto Barroso<sup>6</sup>, “deverá o interprete socorre-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma.”

Desse modo, na hipótese, por exemplo, no confronto entre o direito da personalidade (intimidade) e o direito de expressão, ambos tutelados pela constituição nos artigos 5º, incisos IX e X e 220 respectivamente, uma linha de raciocínio deverá ser verificada.

Isso porque, no exemplo em análise, trata-se de um crime, que é fato noticiável por natureza, isto é, não pode ser tratado por questão estritamente privada. Além disso, há imenso interesse público na divulgação de qualquer crime, inclusive como fator inibidor de transgressões futuras.

---

<sup>5</sup> ORDACGY, André da Silva. *A Tutela de Saúde como um direito Fundamental do cidadão*. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_saude\\_andre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf)>. Acesso em: 20 ago.2011.

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Os Princípios da Constituição de 1988 – Manoel Peixinho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 287.

Tal raciocínio se justifica, também, por ser a finalidade das notícias é informar fatos ao conhecimento da população. Desse modo, pretender que matérias jornalísticas possam fazer referência às pessoas mediante autorização dos interessados é o mesmo que inviabilizar a liberdade de expressão.

Ademais, se fosse necessária a autorização do interessado, na hipótese de cometimento de um crime, como é o caso, bastaria ao indivíduo que está sendo alvo de críticas ou investigações negar a autorização, o que tonaria impossível ao jornalista exercer o seu ofício.

Corroborando o aresto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que em diversos julgados<sup>7</sup> decidiu que na colisão entre direitos fundamentais a resolução se dá a cada caso, por meio de ponderação de valores, de modo que pode um direito fundamental prevaleça diante do outro.

Verifica-se, também, a proteção à Saúde quando da aplicação do princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, incluído no âmbito da seguridade social, com *status* fundamental nos termos do artigo 6º e 196 da CRFB/88.

Nas lições de Inocêncio Mártires Coelho<sup>8</sup>, o direito social à saúde “configura de um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo.”

Entretanto, o Estado não está preparado para atender os cidadãos que dependem de tratamento médico como única possibilidade de manutenção da vida, o que gera decisões pelo Poder Judiciário - guardião da Carta Maior – a fim de proteger os direitos individuais e sociais, que determinam o fornecimento de medicamentos e o atendimento especializado.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 2695 MC / RS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mai.2011.

<sup>8</sup> COELHO, Inocêncio Mártires et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1421.

A cada dia, os operadores do direito se coadunam com tal posicionamento, pois o direito à saúde é indiscutível, liminares são concedidas às pacientes de risco, para obtenção do tratamento de que necessitam, sob advertência no caso de descumprimento da decisão, a pena pecuniária diária de valor bem significativo ao Poder Público. Nesse sentido, Andre Marques de Oliveira Costa<sup>9</sup>:

[...] A medida judicial tem se mostrado eficiente. O Estado, receoso de ser condenado ao pagamento de multa diária pelo não-cumprimento da obrigação, além de indenização por danos supervenientes, vem atendendo de pronto às determinações do Judiciário, permitindo, assim, ao cidadão usufruir de seus direitos assegurados na Carta Maior. Nada obstante, e de modo particular, ficaria bem mais satisfeito se o cidadão carente e doente não precisasse bater às portas do Judiciário para fazer valer seus direitos assegurados na Carta Cidadã. [...]

Toda a problemática do sistema de saúde pública no Brasil se dá pela a má gestão de recursos públicos, corrupção e preço oneroso da medicação e tratamentos.

Ressalta-se que o sistema de saúde no Brasil teria como base de orçamentária apenas os recursos oriundos dos Entes, porém, em razão da incapacidade de verbas torna-se necessária a complementação pelo sistema privado. Tal situação acarreta o caos que a sociedade brasileira vivencia.

Logo, em razão da constante evolução da sociedade e seus conflitos, muitos casos concretos chegarão ao Poder Judiciário sobre colisão de direitos fundamentais, principalmente quando se tratar do direito fundamental à saúde, caberá ao magistrado decidir não nos critérios tradicionais de solução de conflito, mas sim pautado nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como nos objetivos centrais da CRFB/88, dentre eles, a proteção a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>9</sup> COSTA, Andre Marques de Oliveira. *A Saúde é direito de todos e dever do Estado*. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-saude-e-direito-de-todos-e-dever-do-estado-784758.html>> Acesso em: 19 set. 2011.

## **2. A CRFB DIANTE DA MUDANÇA DA CONCEPÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA MODERNIDADE**

O grande paradigma estatal do século XVIII é o Estado de Direito, pois seu conceito atravessou várias etapas, como o Estado Liberal, Estado Social e o Pós Social, que em breve serão analisados.

Numa análise breve, destaca-se que o Estado Liberal decorreu de um movimento contra o absolutismo - momento político-histórico, em que o Rei era o soberano, concentrando todos os poderes emanados por Deus para representar o povo, sem qualquer tipo de liberdade, igualdade ou manifestações de vontade popular - cujo objetivo foi conceber o Estado como garantidor de segurança, garantir a propriedade e praticar os atos dos três poderes.

Contudo, tal concepção sofreu crise, pois não proporcionou ao trabalhador condições para exercer esses direitos, o que caracterizou sua incapacidade de se concretizar.

Surge o Estado Social, com objetivo de superar tais dificuldades, por meio de intervenção nas relações sociais, para garantir de fato os direitos sociais, por meio de instrumentos políticos e jurídicos. Tal etapa, porém, foi alvo de crise pela falta de recursos na economia e área social, o que acarretou num caos social maior ainda.

Evoluíram nesse contexto os direitos, que antes visavam apenas a proteção do indivíduo e certas categorias – o menor, a mulher, o idoso, o deficiente físico etc – e agora visam também proteger genericamente a sociedade em si mesma, difusamente, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, o direito à saúde, o direito à educação etc.

Surge, assim, o Estado Pós Social, em que não se desconsidera a regulação pela intervenção do Estado na economia, mas tenta resgatar os direitos assegurados antes do Estado Social. Trata-se do momento atual, em que, ainda, há problemas e ineficácias, mas também muitos acertos e evoluções no Brasil e no mundo.

Com a evolução do Estado, no Brasil foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que tem como um dos princípios fundamentais a soberania, nos termos do artigo 1º, I e como princípio norteador de suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos, com base no artigo 4º, II.<sup>10</sup>

Há, na Carta Magna, uma série de princípios, como o da constitucionalidade, o democrático, o da igualdade, o da legalidade, o da segurança jurídica, o do devido processo legal, o da justiça social, dentre tantos outros, passou a ser considerada como Constituição Cidadã.

Nesse contexto, com a evolução do Estado de Direito e a promulgação da CRFB/88, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana<sup>11</sup> foram enumerados a título de exemplos no artigo 5º e demais do texto constitucional, de modo a serem subdivididos em 5 (cinco) subespécies: direitos individuais e coletivos, sociais, nacionalidade, políticos e existência, participação e organização dos partidos políticos, todos a depender de legislação ulterior para aplicabilidade.

Assim, nos casos de conflitos sociais, em que existam litígios entre direitos fundamentais consagradas no texto constitucional, caberá ao julgador diante do caso concreto, por meio dos princípios constitucionais e critérios de razoabilidade e proporcionalidade, decidir qual prevalecerá no caso concreto, por meio do critério de ponderação de interesses.

---

<sup>10</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 191.

<sup>11</sup> MORAES, op cit., p. 26 -27.

Logo, na colisão entre o direito fundamental da saúde e outro também fundamental, em razão de sua importância, não haverá a resolução pelos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas (hierárquico, temporal, especialização).

Deverá, contudo, conforme Luis Roberto Barroso<sup>12</sup> “o interprete socorre-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o Maximo possível do conteúdo de cada uma.”

Ressalta-se que o Estado de Direito tem como base a separação de poderes, em que compete resumidamente ao poder legislativo a elaboração das leis, ao executivo a execução do direito por meio de ações governamentais e ao judiciário dirimir os conflitos.

Em suma, em razão do capitalismo e seus efeitos, como as desigualdades econômicas e sociais, o Estado Liberal agora não pode mais ter como característica a legalidade formal, mas sim a sociedade deve ter em prática todos os direitos garantidos pela Constituição, por meio de ações do poder executivo, e quando ausente pela intervenção do Poder Judiciário, por meio de suas decisões.

### **3. O ATIVISMO JUDICIAL**

No atual estado social-democrático de direito, o Poder Judiciário vem se utilizando de diversos instrumentos jurídico-processuais com a finalidade de propor medidas políticas governamentais, ou seja, em prol do interesse público, sob a ótica do contexto social e financeiro para dar eficácia e aplicabilidade concreta aos direitos sociais e fundamentais.

---

<sup>12</sup> BARROSO, *op cit.*, p. 287.

Trata-se do fenômeno da judicialização das políticas públicas que resulta na prática do ativismo judicial pela Suprema Corte frente à inércia estatal, respeitando-se, contudo, a discricionariedade política e o princípio da reserva do possível. Conforme Andréa Elias da Costa<sup>13</sup> conceitua-se o Ativismo Judicial como “ uma maneira ativa de interpretação da Constituição.”

Tal instituto foi de fato valorizado e aplicado com a Constituição Social pós 45, diante da ineficácia ou até mesmo da omissão dos demais poderes, por meio das decisões dos Tribunais.

No Brasil, em síntese, o magistrado tem sido ativista, pois fundamenta suas sentenças com inovação, criatividade em prol da sociedade, como por exemplo, na reforma política, fidelidade partidária, dentre outros. Isto porque, não se pode aceitar um Estado moroso, burocrático, ineficaz e indeciso.

De fato, o ativismo desenfreado sofre críticas que merecem o total acolhimento, pelo fato de o Poder Judiciário estar assumindo a competência do Poder Executivo e Legislativo, conseqüências prejudiciais no orçamento público e inexistir capacidade técnica do juiz.

Com efeito, não há como negar a impossibilidade financeira de arcar com todos os serviços sociais no Brasil, seja por questões orçamentárias, porém o magistrado tem o dever de atuar para a garantia do mínimo existencial. Fundamenta-se tal raciocínio por meio da aplicação da Teoria Relativa dos Direitos Fundamentais, em que diante do caso concreto busca-se a ponderação de valores.

Destaca-se, ainda, que o ativismo desenfreado tem como aspectos negativos justamente a Judicialização da Política, ou seja, a transferência de poderes decisórios do eixo legislativo-executivo para o judiciário, bem como a Jurisdicização das relações sociais, isto é,

---

<sup>13</sup> COSTA, Andréa Elias *et AL.* *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quarter Latin, 2010, p. 53.

o crescimento da tutela judiciária na resolução dos conflitos sociais, ambos que acarretam a perda da soberania popular.

Verifica-se, portanto, que deve existir limitadores para evitar a atuação abusiva do Poder Judiciário, sob pena de ensejar a responsabilidade diante do indivíduo lesado ou até mesmo a supressão de sua independência.

Destaca-se que há legitimidade do magistrado no ativismo judicial, pois apesar de sua atividade não decorrer do voto, decorre da própria Constituição, de modo que não exerce judicatura eminentemente política. Ademais, há incidência da responsabilidade política, no momento em que o Poder Judiciário passa a atuar suplantando a ação dos demais poderes.

Ressalta-se, também, a aplicação da responsabilidade administrativa, por meio de sanções emanadas pelos regramentos próprios administrativos, no caso a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

Trata-se, portanto, de uma das medidas trazidas por Mauro Cappelletti<sup>14</sup> na terceira onda do acesso a justiça, na medida em que determina a busca por uma concepção mais ampla do acesso a justiça, para obter resposta rápida e eficiente do Poder Judiciário.

De acordo com Alexandre Freitas Câmara,<sup>15</sup> o acesso à justiça é a garantia de que todos terão uma tutela jurisdicional justa e eficaz, ou seja, uma ordem jurídica justa. Entretanto, não se pode entender o acesso à justiça apenas quanto ao seu aspecto formal, em que as pessoas têm a possibilidade de ingressar com uma ação no judiciário.

Deve, portanto, ser compreendido também como garantia substancial de que todos os indivíduos, mesmo com obstáculos sociais e econômicos, possam ver prestada a tutela jurisdicional de forma efetiva.

---

<sup>14</sup> CAPPELLETTE, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 31.

<sup>15</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I, 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 34.



#### **4 A DECISÃO JUDICIAL COMO MEIO DE EFICÁCIA DE DIREITOS**

A tripartição de poderes concebeu Legislativo, Executivo e Judiciário independentes e harmônicos entre si, reservando-se ao Poder Judiciário a tarefa de solucionar os conflitos levados à sua apreciação.

A CRFB/88 atribuiu ao Poder Judiciário legitimidade para controlar o arbítrio dos demais poderes. Nesse sentido, cabe aos juízes: o poder e o dever de anular atos administrativos ilegais; invalidar atos praticados com abuso de poder; declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Visualizada crescente politização do Estado de Direito, observa-se que a teoria da tripartição de poderes está se descaracterizando cada vez mais, já que há uma nova tendência em dividir os poderes em 2: político (executivo e legislativo) e o judiciário (e as instituições integrantes da administração da justiça).

No que tange, em especial, ao Poder Judiciário, surgem duas concepções a fim de definir o papel do poder judiciário no Estado, as Teorias Substancialista e Procedimentalista.

A primeira, em síntese, sustenta o espaço ampliado do poder judiciário, a defesa dos benefícios fundamentais das minorias, interpretação e construção dos direitos fundamentais, fiscalização e controle dos demais poderes e complementação das instâncias representativas.

A segunda tem como base o papel alargado da sociedade democrática, a prevalência do comunicativo, controle judicial como fiscalização ao respeito dos direitos democráticos, mitigação na interferência do poder judiciário na esfera pública e a cessão de espaço às instâncias representativas pelo voto popular.

Verifica-se que o Brasil adota majoritariamente a concepção substancialista e justamente nesse ponto que se encontra um dos grandes paradigmas do Estado de Direito

atual: o controle judicial nas medidas públicas, em virtude a inação do poder executivo, isto é, da lei meramente formal sem aplicação e eficácia material.

Essa intervenção como um dos grandes paradigmas do Estado de Direito é plenamente justificável e legítima, uma vez que o poder judiciário é oriundo do Estado Democrático, pois decorre de concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a complexidade e natureza do cargo ou emprego.<sup>16</sup>

Corroborando o raciocínio exposto acima, é o aresto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup>:

[...] Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem se reveste de índole constitucional. Destaco que a suspensão da execução de ato judicial constitui medida excepcional, a ser deferida, caso a caso, somente quando atendidos os requisitos autorizadores (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas). Nesse sentido: “ (...) os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a antecipação da tutela ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual” (STA n.º 138/RN, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 19.9.2007 ). Nesses termos, a Corte tem entendido, com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela, não ser vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, caracterizado pela probabilidade de a decisão contra a qual se pede a suspensão ser contrária às normas existentes na ordem jurídica.

É assim que a dignidade da pessoa humana começa a participar da dinamicidade do sistema de interpretação, de modo que diante de um caso concreto se verifica a regra jurídica a ser aplicada, os valores morais, a dignidade da pessoa humana, os princípios jurídicos para a solução.

A dignidade da pessoa humana passou também a servir como conteúdo mínimo, ou seja, limite a restrição de direitos fundamentais, de modo a vedar abusos, esvaziamento ou

---

<sup>16</sup> MORAES, *op.cit.*, p.313.

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 846-AgR, Relator: Min. Sepulveda Pertence. Publicado no DJ de 01 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10.mai. 2011.

supressão de direitos fundamentais, proibição ao retrocesso, a servir como fundamentação para o estado democrático de direito.

Nos tribunais, inúmeras são as decisões que concretizam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como se vê abaixo do aresto da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup> (STJ) assim também se posiciona, de modo que o Estado deve proporcionar aos necessitados tratamentos, remédios, enfim, assistência capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

Verifica-se, assim, que as regras de interpretação constitucional fundadas na Supremacia e Unidade da Constituição devem ser efetuadas, portanto, com base a dar efetividade aos ditames constitucionais, visando consagrar o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, toda e qualquer interpretação no atual Estado Democrático de Direito, pós neoconstitucionalismo deve estar baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, como limitador dos abusos e supressões dos direitos fundamentais, como atuante na solução de conflitos por meio de ponderação de interesses.

Isso porque, conforme Gilmar Ferreira Mendes<sup>19</sup>, não pode a administração pública deixar de observar os limites impostos pelos princípios fundamentais, que devem ser considerados na interpretação e aplicação pelo administrador público.

Com base nas lições de Luís Roberto Barroso<sup>20</sup>, na solução de lides deve o Poder Judiciário atuar em prol da democracia, valendo-se dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico, é claro, com técnica e respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil para contribuir com a segurança jurídica, isonomia e justiça, sem prestigiar mais a forma que a essência.

---

<sup>18</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 433. Primeira Turma. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 mai. 2011.

<sup>19</sup> MENDES, *op.cit.*, p. 281.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

Logo, diante da omissão do poder executivo, por exemplo, o fornecimento de remédios, tratamentos médicos – ações que regem a área da saúde – não apenas pode, mas deve o poder judiciário intervir obrigando o a fornecê-lo, a fim de tutelar os direitos e garantias fundamentais consagrados na CRFB, por meio da utilização de princípios, regras constitucionais e a ponderação de interesses.

## **CONCLUSÃO**

Observa-se que o neoconstitucionalismo significa entender a CRFB/88 como verdadeiro direito, que obriga comportamento ativo dos poderes, em especial do Poder Judiciário, por meio da aplicação de princípios para garantir solução efetiva ao caso concreto, bem como dar efetividade ao acesso a justiça, desde que respeitados seus limites constitucionais.

O Princípio constitucional do acesso à justiça, que garante a todos os cidadãos a apreciação do Poder Judiciário quando há lesão ou ameaça de um direito, está assegurado no artigo 5º, XXXV, da Magna Carta.

Desse modo, o Poder Judiciário é o guardião da CRFB/88 e em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes, ainda mais no que tange ao direito à saúde.

Pensar o contrário seria justamente tornar o representante do povo imune á responsabilização pela omissão ou ação ineficaz dos direitos e garantias constitucionais, o que violaria texto da CRFB/88 que dá aplicabilidade imediata a tais no artigo 5º, §1.

Em suma, o magistrado não pode ser mero aplicador de leis, sendo os princípios ainda que não escritos, são maiores que muitas leis positivadas, pois neles se baseiam a Constituição.

Todavia, tal atuação não pode ocorrer sem limites, devem estar pautados na própria CRFB/88 que define as competências e protege os direitos fundamentais, a fim de concretizar a essência do atual Estado de Direito pós constitucionalista que a sociedade brasileira vive.

No Estado do Rio de Janeiro o Tribunal de Justiça, por exemplo, no Aviso n. 83/2009 regulamentou enunciados que auxiliam o juiz a encontrar a melhor solução em prol do ser humano em caso de conflitos, o que caracteriza a atividade da Justiça em prol da concretização da CRFB/88.

Conclui-se, portanto, que não significa inconstitucionalidade a atuação do Poder Judiciário, por meio de decisões fundamentadas em atos omissivos ou ineficazes dos Poderes Executivo e Legislativo, mas sim demonstra a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, que são obrigações estatais, isto é, o Ativismo Judicial, que deve ser realizado com limitadores, a fim de não gerar abuso de poder.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto, *in Os Princípios da Constituição de 1988 – Manoel Peixinho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 18 ago.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 433. Primeira Turma. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 2695 MC / RS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em:10 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 846-AgR, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Publicado no DJ de primeiro de julho de dois mil e dez. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 .mai.2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V.I. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPPELLETTE, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Andréa Elias et al. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quarter Latin, 2010.

COSTA, Andre Marques de Oliveira. *A Saúde é direito de todos e dever do Estado*. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-saude-e-direito-de-todos-e-dever-do-estado-784758.html>>. Acesso em: 19 set. 2011.

HUMENHUK, Hewerstton. *O Direito à Saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais/2>>. Acesso em: 20 ago. 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed.São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Altas, 2005.

ORDACGY, André da Silva. *A Tutela de Saúde como um direito Fundamental do cidadão*. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_saude\\_andre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.