

11

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Diego Coelho Antunes Ribeiro¹

RESUMO

Em decorrência da morosidade e da omissão dos demais poderes, o Judiciário está, cada vez mais, sendo invocado como mecanismo de garantia e efetivação dos direitos omissos. Essa atitude é um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e o seu alcance, de modo que ele possa defender os direitos dos cidadãos, não raras vezes tendo seus direitos omitidos por parte da administração pública. Desse modo, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. O ativismo judicial tem um papel ainda mais importante no tocante a um dos principais direitos dos cidadãos: o direito à saúde visto que o mesmo é negligenciado, na maioria das vezes, pela administração pública.

Palavras-Chave: Ativismo judicial, direito, saúde.

ABSTRACT

Due to the length and omission of other powers, the judiciary is increasingly being invoked as a mechanism for ensuring and enforcing rights omitted. This attitude is a specific and proactive interpret the Constitution, expanding its meaning and scope, so that the

¹ Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pela UFF.

judiciary can defend the rights of citizens, often having their rights omitted by the public administration. Thus, the idea of judicial activism is associated with broader participation and intense the judiciary in achieving the constitutional values and purposes, with greater interference in the performance space of the other two branches. The judicial activism has an even more important role in respect to one of the main rights of citizens: the right to health because it is neglected, most often by the public administration.

Keywords: Judicial Activism, law, health.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ativismo judicial como forma de garantia do direito à saúde. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A CRFB/88 assegura a todos os cidadãos uma grande diversidade de direitos, que devem ser prestados inteiramente pelo ordenamento. Porém, devido ao descaso da administração pública, a prestação efetiva dos referidos direitos de maneira racional não passa de mera ilusão, visto a administração pública, agindo, com pura negligência, afasta os cidadãos de seus direitos. Nessa esteira, em busca de direitos efetivos, os cidadãos são forçados a clamar ao Poder Judiciário a preservação e aplicação dos mesmos. Desse modo, ocorre o fenômeno do ativismo judicial, onde o Judiciário age proativamente para a garantia dos direitos constitucionais.

Schlesinger *apud* Gomes (2009) lembra que há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.

No mesmo prumo, Verbicaro (2012, p. 17) leciona que

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

É mister ressaltarmos o papel do ativismo judicial no direito à saúde, visto a administração pública não cumprir seu dever de garantir o referido direito.

Ressalte-se, pois, que o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra, a democracia.

2. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

O nosso ordenamento jurídico atual é constituído por um regime o Presidencialista, por meio do qual vigora um principio basilar, qual seja, o da separação de poderes, de modo que estes Legislativo, Executivo e Judiciário, sejam independentes e harmônicos entre si.

Dessa forma, cada um tem sua autonomia e autoridade para atuar de maneira soberana, de modo que não haja intervenção de um sobre o outro.

Moraes (2009, p. 407) leciona que

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, devido a uma negligência por parte do Executivo, do Legislativo e da própria administração pública, o Poder Judiciário tem, cada vez mais, sido chamado para fazer garantir e aplicar direitos de competência daqueles.

Essa atuação ferrenha do Judiciário em fazer cumprir o que está disposto na Constituição Federal de 1988 é o que chamamos de ativismo judicial.

Barroso entende que o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração dos demais Poderes.

Schlesinger *apud* Gomes (2009) lembra que há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.

Torna-se, pois, uma ideia associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Segundo Streck *et al* (2007, p. 6),

após a Segunda Guerra Mundial, observa-se uma terceira forma de Estado de Direito. A preocupação com os direitos fundamentais e com a democracia – pilares do novo modelo de Direito Constitucional – proporcionou um grande avanço aos Textos Maiores, que, até então, eram voltados ao bem-estar de um estado intervencionista.

É inegável que, após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a ter um papel de destaque na sociedade brasileira. O poder constituinte originário atribuiu ao Poder Judiciário a importante missão de ser o guardião dos valores constantes no texto constitucional.

A Constituição promulgada em 1988 elevou a *status* constitucionais vários direitos fundamentais e, por via de consequência, ampliou sobremaneira os mecanismos de defesa desses direitos, incluindo os institutos específicos para defesa dos direitos individuais e coletivos como o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção e o controle concentrado de constitucionalidade, a ampliação dos legitimados a propor ações de inconstitucionalidades e, ainda, com a ampliação dos poderes do Poder Judiciário.

Com esses direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional e a ampliação e a facilitação do acesso à justiça, a população que, até então, era excluída de qualquer mecanismo de poder, e ante a omissão dos poderes para efetivá-los, passou a exigir que o Judiciário se manifestasse a fim de ver garantido aqueles direitos assegurados pelo poder constituinte. É nesse cenário que começam a surgir as primeiras manifestações do novo neoconstitucionalismo, surgindo, no Brasil, a denominada judicialização da política e o ativismo judicial.

Com efeito, dentre os direitos fundamentais assegurados ao cidadão, o artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça ao direito; de igual forma o artigo 4º da lei de introdução ao Código Civil diz que, sempre que a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Nesse diapasão, se conclui que, mesmo nos casos em que o legislador não regulamentou determinado direito, se houver lesão ou ameaça a direitos, o Poder Judiciário ao ser chamado tem de se manifestar, porém, agora, os princípios, que antes eram utilizados somente na ausência de norma aplicável ao caso concreto, passam a ser o centro do ordenamento jurídico, como atores principais, e, na maioria das vezes, limitando o poder do legislador e vinculando todo o ordenamento jurídico.

Capelletti (2002, p. 32) leciona que

a promulgação da Constituição de 1988 trouxe mudanças valorativas ao direito brasileiro, atribuindo crescente importância aos princípios constitucionais e consagrou a universalização do acesso à justiça e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento de diversos direitos individuais e sociais e garantias à sua efetiva proteção jurídica, representou verdadeiro marco paradigmático à inserção do Judiciário na arena política (jurisdicionalização dos conflitos sociais e políticos) a fim de proteger os núcleos substanciais do texto constitucional.

Assim, uma Constituição rica em direitos individuais, sociais e coletivos e uma *práxis* política que, reiteradamente, nega a efetivação de tais direitos, exige uma instância julgadora capaz de assegurar a Constituição como norma diretiva fundamental realizadora dos valores substanciais presentes em seu texto e capaz de garantir o elo contudístico entre política (pública governamental do Estado) ao núcleo valorativo do contrato social expresso na Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social e realização dos direitos fundamentais e cujo sentido só pode ser alterado a partir de uma ruptura institucional.

Verbicaro (2012, p. 6) nos remete a ideia de que

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações

não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

No Brasil, o processo de elaboração da Constituição favoreceu de modo significativo o ativismo judicial, especialmente ao inserir normas com textura aberta em detrimento das categorias e definições precisas e unívocas cultivadas tradicionalmente pela dogmática jurídica.

Faria (2003) lembra que tal processo teve seu maior realce na Assembleia Constituinte, momento em que os representantes do povo elaboraram uma Carta Constitucional com diversos fatores de indeterminação do direito nas matérias mais palpitantes.

O mesmo autor ainda complementa lembrando que como consequência, o Judiciário teve sua discricionariedade e seu protagonismo ampliados, sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político.

É nesse cenário de maiores atribuições, liberdade e responsabilidade que se situa o principal desafio do Poder Judiciário: ter uma atuação capaz de garantir a plena realização aos direitos fundamentais dos indivíduos; de conferir eficácia aos programas de ação do Estado (políticas públicas) e, fundamentalmente, de promover a igualdade e a inclusão social.

A fim de garantir essa missão, o constituinte assegurou formas e mecanismos para proteger o próprio texto constitucional da ambição da sociedade e limitar os poderes atribuídos ao Executivo, Legislativo e ao próprio Poder Judiciário.

Note-se, pois, que o presente fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelos demais Poderes.

Verbicaro (2012, p. 19) lembra que

o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimen-

tos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

De tal modo, ressalte-se que a atuação proativa do Judiciário é plenamente constitucional, sendo uma realidade inafastável e coerente, afinal, uma vez que cabe a esse evitar os abusos e omissões de direitos, tudo aquilo que se suspeitar ser inconstitucional passará pelo crivo desse tribunal, logo, observa-se que seja o Judiciário em suas instâncias inferiores, ou mesmo, o STF, quando provocados, nada mais estão fazendo que conceder à tutela jurisdicional àqueles que se valem do contrato social em busca de soluções para seus conflitos, configurando amplo exercício da democracia.

Verbicaro (2012, p. 17) leciona que

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

Dessa maneira, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito.

Faria (1997, p. 56) lembra que

o Judiciário é concebido como portador de um considerável poder de criação do direito através dos precedentes, como guardião dos direitos fundamentais e como ator consciente das implicações ético-morais de suas funções profissionais e, acima de tudo, sensível ao seu meio ambiente, onde encontra as bases históricas para definir e fundamentar seus critérios de interpretação e justiça.

No mesmo sentido, Rosário (2010) assevera que a expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário, bem como sua politização, não são contrárias à Democracia, mas estão em consonância com ela, com o seu conteúdo e com os seus princípios.

Dessa forma, as relações entre direito e política na dimensão constitucional criam um novo espaço aberto ao ativismo positivo de agentes sociais e judiciais na produção da cidadania.

O ativismo cumpre um papel de extrema relevância para a preservação de um dos direitos mais pertinentes em nossas vidas: o direito à saúde.

O direito à saúde está tutelado na Constituição Federal em seus artigos 6º e 196 e deve ser efetivado por meio da integralidade de assistência: diretriz prevista no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal e o princípio expresso no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.080 de 1990.

O direito à saúde pública encontra-se positivado na Constituição Federal expressamente nos artigos 6º e 196, sendo um direito social, fundamental e um dever do Estado. A saúde é inerente aos seres humanos, bem como à sua vida com dignidade, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, expresso na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, apresenta expressamente a busca por uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, promoção do bem de todos.

Lenza (2008) ressalta que o direito à saúde é um dever do Estado, sendo inerente o direito à vida com dignidade, concretizando assim o direito fundamental e social.

No mesmo prumo, Schwartz (2001) afirma que a respeito do direito à saúde e por consequência à vida com dignidade está tutelado pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento jurídico, que devem orientar o intérprete e operador do Direito.

A saúde é um direito social previsto constitucionalmente, sendo norma de ordem pública, imperativa e inviolável, cabendo ao Estado concretizar tal direito, conforme escreve Moraes (2008, p. 198)

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades potestativas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

A saúde é um direito de todo o cidadão cabendo ao Estado o dever de garantir e efetivar por meio de políticas públicas, sociais e econômicas, com o intuito de minimizar doenças, agravos e principalmente prevenindo a sociedade por meio tanto da informação quanto da educação, neste sentido escreve Silva (2001, p. 808)

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.

Faria (2003, p. 15) ainda lembra que

como a ordem jurídica não consegue oferecer parâmetros ‘constantes e precisos de interpretação’ os juízes são chamados a decidir as questões que lhes são apresentadas, tornando-se um poder com atribuições, em parte, legislativas. Isso porque, como o sentido definitivo da norma só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática, os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja: ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus co-autores.

Ocorre que o lindo texto sobre a saúde não passa de mera ilusão, isso porque a administração pública se omite do dever de garantir e efetivar o referido direito, fazendo com que o mesmo seja reduzido à condição de mero conceito.

O setor administrativo, agindo de maneira omissa, não raras vezes, cria dificuldades para a prestação do serviço à saúde, impedindo os cidadãos de terem acesso a um direito fundamental. A par dessa atitude da administração pública, o Judiciário há de ser invocado para intervir e garantir a aplicabilidade do referido direito fundamental.

Verbicaro (2012, p. 9) ressalta que

nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Ressalte-se que, ao longo das últimas décadas a sociedade contemporânea tem acompanhado a situação da saúde pública no Brasil. A realidade demonstra milhares de pessoas por todo o Brasil abandonadas pelo Estado, espalhadas pelos corredores dos hospitais, no chão, sem tratamento médico, óbitos ocorrem devido à ausência de medicamentos, infecções, falta de recursos, carência de profissionais especializados, equipamentos obsoletos ou abandonados e inexistência de ambulâncias.

Nesse contexto, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal violam a dignidade da pessoa humana, fundamento expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, positivada no artigo 1º, inciso III, deixam de cumprir os objetivos fundamentais expressos em seu artigo 3º, pertinentes à sociedade livre, justa e solidária, não erradicam a pobreza e a marginalização, não reduzem as desigualdades sociais e regionais e, por fim, não promovem o bem de todos.

3. CONCLUSÃO

Nesse sentido, o papel do Judiciário se faz imprescindível para garantia do direito à saúde, visto que a administração pública não cumpre esse papel. Ressalte-se que o direito à saúde é um bem indispensável para o exercício da vida, portanto, o ativismo judicial realizado no presente campo tem um papel fundamental para a democratização universal.

Finalizando, torna-se imprescindível ressaltar que o ativismo judicial faz valer o texto constitucional no tocante aos direitos e garantias fundamentais, haja visto a falta de interesse da administração pública no tocante ao direito à saúde.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acessado em: 15 de novembro de 2012.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010. Brasília: Senado Fe-

deral. Disponível em: <[tp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acessado em: 23 de maio de 2010.

CAPPELLETTI; Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FARIA; José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: A crise na justiça no Brasil 2003*. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria>>. Acessado em: 1 de outubro de 2006.

FARIA; José Eduardo. *Qual o futuro do Brasil?* Jornal da Tarde. Caderno 1. 16 de abril de 1988.

GOMES; Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>.

LENZA; Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES; Alexandre. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSÁRIO; Luana Paixão Dantas do. *Politização e legitimidade discursiva do judiciário na democracia brasileira*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/13_62.pdf>. acesso em 01/05/2010>. Acessado em: 01/05/2010.

SCHWARTZ; Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA; José Afonso da. *Curso de Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK; Lenio Luiz. BARRETTO; Vicente de Paulo. TOMAZ DE OLIVEIRA; Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, n. 2, jul./dez. São Leopoldo: Unisinos, 2009, v. I.

VERBICARO; Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, n. 101 out. 2011/Jan. 2012, p. 445-488, v. 13.

VERBICARO; Loiane Prado. As transformações do poder judiciário nas democracias contemporâneas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*. Belém, n. 18, jan./jun., 2008.