

ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO ATIVA PROFERIDA NO STA 175-AGR/CE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O PODER JUDICIÁRIO COMO CONSOLIDADOR DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE¹

Matheus Polese²

RESUMO

No presente mister científico-jurídico analisa-se o papel imprescindível do Poder Judiciário no que se refere à materialização do Texto Constitucional, mais especificamente do direito fundamental social à saúde, a partir da análise da decisão ativa do STA 175-AgR/CE pelo Supremo Tribunal Federal e de sua legitimidade democrática, examinando a atuação em questão conjuntamente ao estudo do chamado ativismo judicial. A partir da abordagem dedutiva, na maior parte, e dialética, ao contrapor argumentos doutrinários opostos no que se refere à compreensão do tema e o analisando dentro de um contexto institucional complexo, o trabalho tem como objetivo averiguar o que se entende por ativismo judicial e analisar como tal fenômeno se manifesta no âmbito do direito à saúde, bem como ele dialoga com específicos princípios do regime democrático constitucional. Por derradeiro, examina-se a decisão ativa proferida no STA 175-AgR/CE pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de averiguar se a decisão – considerada ativa – foi democraticamente legítima. Destarte, concluiu-se que a atuação jurisdicional ativa (ou ativismo judicial), ao impor condutas positivas aos demais Poderes no tocante ao direito à saúde, está – tão somente e de forma legítima – a cumprir mandamentos constitucionais, no afã de realizar materialmente a Lei Maior.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Legitimidade Democrática. Regime Democrático Constitucional. Direito à Saúde. Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho analisa-se o papel (atual) imprescindível do Poder Judiciário no que se refere à materialização do Texto Constitucional, mais especificamente do direito fundamental social à saúde, a partir da análise do julgamento do STA 175-AgR/CE pelo Supremo Tribunal Federal e de sua legitimidade democrática, examinando a atuação em questão conjuntamente ao estudo do chamado ativismo judicial. A pesquisa foi elaborada, na maior parte, a partir do método dedutivo, ao partir de aspectos gerais do direito constitucional para confluir em resultados específicos, no afã de criar uma base sólida para compreensão e – em certa parte – legitimação teórica da atividade jurisdicional concretizadora dos ditames constitucionais. Em determinados subitens – mais especificamente nos que tratam do ativismo judicial – a partir do método dialético, ao contrapor argumentos doutrinários opostos no que se refere à compreensão do tema e o analisando dentro de um contexto institucional

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e, aprovado, com grau máximo pela banca examinadora composta pelas professoras Liane Tabarelli (orientadora), Daniela Courtes Lutzky e Marcia Andrea Bühring, em 24 de junho de 2019.

² Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. E-mail: m.polese@edu.pucrs.br.

complexo. Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo averiguar o que se entende por ativismo judicial e analisar como tal fenômeno se manifesta no âmbito do direito à saúde, bem como ele dialoga com específicos princípios do regime democrático constitucional.

No primeiro capítulo, concentra-se este mister na análise da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais e, por conseguinte, analisa-se os elementos do direito à saúde. No referido capítulo, fracionado em cinco subitens, faz-se, de forma inicial, análise histórica da eficácia (e da efetividade) dos textos constitucionais, e, aot contínuo, examina-se princípio fundante do constitucionalismo, no caso, o princípio da separação dos Poderes e como tal preceito vem aparentemente se desenvolvendo de forma a harmonizar-se com a necessidade de uma *super* eficácia do Texto Constitucional.

Após, faz-se análise do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, bem como de seus elementos e qual o alcance do referido mandamento. Analisando as dimensões do vocábulo “saúde” na experiência constitucional pátria, se assimilará a amplitude do preceito em questão, o entendendo como um direito prestacional e, por conseguinte, passível de “justiciabilidade”. Ao fim do capítulo, após a análise teórica do direito à saúde, passa-se ao exame da chamada “judicialização da saúde”, em que se analisarão o histórico das demandas judiciais por prestações relativas à saúde no Brasil e, que tipo de pretensões são postuladas ante o Poder Judiciário, a partir de exame de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Supremo Tribunal Federal.

No segundo capítulo, analisa-se o chamado “ativismo judicial”. Primeiramente, analisam-se as origens do termos e, após, os diversos entendimentos – por vezes contrastantes – acerca do que se entende por ativismo judicial. Posteriormente, analisam-se as diversas críticas (negativas e positivas) ao ativismo judicial, a partir de ampla análise doutrinária.

Em seguida, a fim de asseverar se há compatibilização entre a dita atuação ativa do Poder Judiciário (ativismo judicial) e o princípio da separação dos Poderes, analisam-se as diversas lições doutrinárias que tratam especificamente da temática, a fim de averiguar se, na visão dos juristas que estudam a matéria, há ou não uma incursão indevida do Poder Judiciário nas funções dos demais Poderes. Após, analisa-se o princípio da vedação ao retrocesso social (ou proibição ao retrocesso social), a fim de averiguar seus fundamentos constitucionais no direito pátrio e, de igual modo, se o preceito em apreço funciona como um estímulo à atuação ativa do Poder Judiciário.

Por derradeiro, em fechamento a este mister, far-se-á análise da decisão ativa proferida no STA 175-AgR/CE pelo Supremo Tribunal Federal, com ênfase na análise do voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes. Analisa-se tal decisão considerando-a como ativa, pois a mesmo reúne circunstâncias comumente identificadas com o ativismo judicial, a saber: em suma, a ação fora ajuizada pelo Ministério Público Federal, a fim de que fosse provido, pelo Estado, medicamento à portadora de doença neurodegenerativa rara, cujo tratamento, de altíssimo custo, não era oferecido por políticas públicas. A União, que junto aos demais entes estatais, figurava no polo passivo alegava que, ao atender a demanda em questão, estaria o Poder Judiciário a violar o princípio da separação dos Poderes e, por tratar-se de tratamento caro o que fora pleiteado, a causar grave lesão às finanças e à saúde públicas, uma vez que a determinação do dispêndio da considerável importância para a aquisição do medicamento precitado, implicaria em deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito

multiplicador. No mesmo subitem, asseverar-se-á a legitimidade democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal no julgado em apreço, em função da imposição ao Estado de prestação material diversa às previstas em políticas públicas formuladas pelos entes estatais, pois o tratamento pleiteado, em que pese pertinente ao direito à saúde, não estava previsto nestas políticas, e, ainda, em vista da aparente transcendência da atividade jurisdicional no que se refere ao seu papel no regime democrático vigente no país.

2 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

No presente capítulo, de antemão, far-se-ão breves revisão histórica do papel das constituições nos sistemas jurídicos e dos descasos no que se refere ao tratamento e eficácia dos direitos fundamentais, com base nas experiências europeia, norte-americana e brasileira, para, posteriormente, se abordar o desenvolvimento de uma percepção do texto constitucional como norma jurídica e os dispositivos definidores de direitos fundamentais como mandamentos dotados de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Em seguida, far-se-á análise dos conceitos de efetividade e eficácia e de que forma o texto constitucional contempla tais aspectos, a partir de exames doutrinários. Da mesma forma, se analisará a questão do diálogo e tensão entre os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) ante a necessidade de realização dos preceitos constitucionais, a partir da ótica do princípio da separação dos Poderes.

Outrossim, far-se-ão análises acerca do direito fundamental (social) à saúde e de seus elementos e, de igual modo, examinar-se-á o seu reconhecimento como um direito público subjetivo com o condão de se fazer exigir perante o Estado. Ao final do capítulo, será estudado o fenômeno da “judicialização do direito à saúde” e as diversas formas pelas quais vem tal temática se manifestando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir da breve análise de julgados com variadas espécies de pretensões relacionadas (ao direito à saúde) que têm sido formuladas perante a Corte e, por conseguinte, acolhidas por ela.

2.1 Eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas constitucionais de direitos fundamentais: dos (des)casos históricos ao artigo 5º, § 1º da Lei Maior

Antes de assentar o que se entende por uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata e, de igual modo, se as normas definidoras de direitos fundamentais comportam tal atributo, cabe revisitar brevemente o histórico no tocante ao reconhecimento da força normativa dos ditames constitucionais.

Tendo o mundo se deparado com o ápice do descaso histórico com os direitos mais básicos do ser humano no século XX, a partir das barbáries perpetradas pelo regime nazista, em que se assistiu à “calamidade” e o extermínio dos que não tinham direitos³, uma revisão teórica do papel das constituições foi desenvolvida. Afirma Luís Roberto Barroso, nesse sentido, que uma das paradigmáticas mudanças sentidas no decorrer do século passado “foi a

³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 402.

atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”⁴. Leciona o jurista precitado que o entendimento preponderante na Europa até certo momento do século XX era o que considerava a Constituição tão somente um documento político, o que, em sede de movimento de constitucionalização pós-Segunda Guerra Mundial, fora superado⁵. Nesse sentido, em lição congênere, assenta o jurista Daniel Sarmiento que, no caso da Europa, no contexto em questão:

Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. [...] A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie como ocorrera no nazismo alemão, levou as constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador⁶.

Complementa, ainda, que, além dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e de normas de substancial carga axiológica, passaram a ser contemplados, nos textos constitucionais europeus do 2º pós-guerra, direitos de natureza prestacional⁷. Neste sentido, Robert Alexy assenta que, com o desenvolvimento do Estado constitucional democrático⁸, a expansão dos “conteúdos jurídico-fundamentais efetuou uma constitucionalização material da ordem jurídica”⁹, vinculando e afetando diretamente os três poderes¹⁰.

Nos Estados Unidos da América, segundo José Afonso da Silva, o constitucionalismo norte-americano, em sua seara teórica clássica, num sentido correlato ao da experiência europeia, advogava a excepcionalidade de autoexecução dos dispositivos constitucionais. Sem embargo, tal concepção não prospera atualmente, uma vez que a moderna doutrina sustenta o reconhecimento da eficácia plena e aplicabilidade imediata à maior parte dos preceitos constitucionais, ainda que tais normas sejam de cunho sócio-ideológico¹¹.

Em sede de direito pátrio, não é (substancialmente) distinto o contexto. As transformações descritas *supra*, em plena ocorrência, se dão em consonância com o processo de redemocratização, impulsionadas com a promulgação da extensa Constituição Federal de 1988, após longo e obscuro período ditatorial. Conforme preleciona Daniel Sarmiento, a novel Carta Magna, repleta de princípios, valores e previsões de direitos e garantias aos cidadãos, trouxe à baila o fenômeno da “constitucionalização do Direito, irradiando normas e valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico”¹², ao passo que, inclusive, fala-se no

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **RDA**, v. 240, pp. 1-42. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>, cit., p. 5.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 5.

⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades, cit., p. 77. In: FELLET, André; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm. 2011. pp. 73-113.

⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 78.

⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33.

⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, cit., p. 74.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 74.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

¹² SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, pp. 73-74.

surgimento de um “sentimento constitucional”¹³ no Brasil. Em suma, hodiernamente, em sede de direito pátrio e no contexto jurídico estrangeiro¹⁴, os textos constitucionais passaram a compreender a importância que lhes era devida e suas normas se fazem sentir.

Visto o breve histórico, faz-se mister, no afã de elucidar a temática sob comento, identificar o que se entende por uma norma constitucional de “eficácia plena”¹⁵ e “aplicabilidade imediata” (ou direta), conforme consignado no subtítulo deste. Desta feita, sem maiores delongas, assenta José Afonso da Silva que é – de eficácia plena – a norma:

[...] que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação à determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se possa saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia [...]¹⁶.

No tangente à aplicabilidade, aduz José Afonso da Silva que esta “exprime uma possibilidade de aplicação”¹⁷. Complementando, entende o autor precitado que uma norma é de aplicabilidade imediata quando “dotada de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade”¹⁸, afirmando, também, que a premissa geral para tal aplicabilidade é tão somente a existência de um aparato jurisdicional¹⁹. Ainda, no que se refere à aplicabilidade, mais especificamente, dos direitos fundamentais, no extenso Título II da Constituição Federal de 1988, em que se encontra amplo rol de Direitos e Garantias Fundamentais – uma das efígies da redemocratização do país – encontra-se, no artigo 5º, § 1º, a seguinte disposição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”²⁰. Consoante Ingo Sarlet, trata-se o preceito de “precioso instrumento colocado à disposição dos

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). p. 4. In: **RDA**, Rio de Janeiro: FGV, v. 240, 2005. pp. 1-42.

¹⁴ Hodiernamente, fazem-se sentir outras teorias do constitucionalismo moderno, como o “neoconstitucionalismo”, v.g., que, mesmo não sendo objeto deste, merece destaque; assim, a fim de brevemente explica-lo, reproduz-se trecho do magistério de um de seus teóricos, o jurista Luis Prieto Sanchís, que assenta que o novel paradigma é marcado pelos seguintes traços – “[...] más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno de un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas” In: SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, cit., pp. 131-132. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, pp. 123-158. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

¹⁵ Conforme a lição de José Afonso da Silva, assim como diversas cartas constitucionais no âmbito do constitucionalismo moderno, a Constituição de 1988 “contém regras de diversos tipos, função e natureza, por postularem finalidades diferentes (cit., p. 47)” e, por conseguinte, a despeito de algumas normas constitucionais serem de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, “outras são de eficácia reduzida, dependem de legislação que lhes integre o sentido e atue sua incidência; não são de aplicabilidade imediata, mas são aplicáveis até onde possam (cit., p. 47)”, In: **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, cit., p. 99.

¹⁷ *Ibidem*, cit., p. 51.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, cit., p. 102.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02.09.2018.

direitos fundamentais pelo Constituinte”²¹. Em perspectiva correlata, aduzem Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco que o referido comando normativo, no afã de evitar que os direitos fundamentais não sucumbam à inação do legislador ou surtam efeitos tão somente a partir da atuação deste, preocupa-se em superar a ideia do “Estado de Direito formal”²², assentando:

O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesma à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles²³.

Assim entende, igualmente, Nelson Nery Costa, consignando que as disposições constitucionais do artigo 5º da Lei Maior são dotadas de autoaplicabilidade, não estando condicionadas à lei que as outorgue vigência e eficácia imediata²⁴, aduzindo, ainda, o referido jurista, que o dispositivo tem o condão de “assegurar que a cidadania civil seja exercida, sem qualquer empecilho ou obstáculo”²⁵. Outrossim, a despeito de estar alocado no artigo 5º, que dispõe sobre os direitos individuais e coletivos, cabe registrar que o dispositivo em apreço se aplica aos direitos fundamentais “em geral”, não se restringindo apenas aos constantes do rol do artigo precitado²⁶. Nesse sentido, aduz Ingo Sarlet que independentemente da metodologia interpretativa a ser empregada pelo intérprete – seja por intermédio de interpretação meramente literal ou pela via sistemática e teleológica – impossibilita-se sustentar que o art. 5º, § 1º, da Lei Maior, se aplica tão somente a uma categoria específica de direitos fundamentais nela positivados, uma vez que todas as categorias de direitos fundamentais se sujeitam a idêntico regime jurídico²⁷. Destarte, *ex vi* do artigo 5º, § 1º, registra o jurista precitado que é viável sustentar a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais que constam do artigo 5º ao 17, assim como dos que se encontram positivados nas demais partes da Constituição e nos que estão presentes nos tratados internacionais²⁸.

Ainda, assenta Ingo Sarlet que o preceito em apreço é uma “espécie de mandado de otimização (ou maximização)”, que impõe aos órgãos estatais o reconhecimento de eficácia (“a maior possível”) aos direitos fundamentais²⁹, e, que se pode atribuir ao dispositivo sob comento, um efeito gerador de “presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”³⁰. Concluindo-se, *ex positus*, que a

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. cit. p. 235.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 151.

²³ MENDES. *Op. cit.*, cit., p. 152.

²⁴ COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal anotada e explicada**. – 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 62-63.

²⁵ COSTA, Nelson Nery. *Op. cit.*, cit., p. 62.

²⁶ Nesse sentido, confira-se MENDES, **Curso de direito constitucional**, p. 152, e, em orientação análoga, o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição [...]”, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, pp. 262-263.

²⁷ SARLET, *Op. cit.*, pp. 262-263.

²⁸ SARLET, *Op. cit.*, p. 263.

²⁹ SARLET, *Op. cit.*, p. 270.

³⁰ *Ibidem*, cit., p. 271.

aplicabilidade imediata e a eficácia plena dos direitos fundamentais se impõem como regra geral³¹. Em sentido congênere, no que se refere à atividade interpretativa no âmbito dos direitos fundamentais, leciona Liane Tabarrelly, *in verbis*:

Constata-se, pois, a importância da tarefa interpretativa e sua complexidade na contemporaneidade. Inúmeros interesses a serem atendidos, compreensões divergentes, prioridades distintas dos mais diversos intérpretes. De qualquer modo, frise-se que o vetor maior para a interpretação constitucional, que envolva direitos fundamentais, deve ser, de modo imperativo, um resultado que produza as menores limitações ou restrições de forma a prestigiar, o quanto possível, sua maior eficácia³².

Visto o breve histórico dos direitos fundamentais em contextos constitucionais diversos e, ainda, assentada a aplicabilidade imediata e eficácia plena das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, passa-se, no próximo subitem, ao exame particular do que se entende por eficácia e efetividade das normas constitucionais, bem como das suas distinções e elementos correlatos.

2.2 Distinção entre efetividade e eficácia das normas constitucionais

“A Constituição de 1988 pode celebrar a elevação de patamar no trato dos direitos constitucionais, bem como a incorporação à prática jurídica brasileira da preocupação com sua efetividade. Percorreu-se, em curto período, um longo caminho, no esforço para superar os ciclos do atraso institucional”. (Luís Roberto Barroso)

Exordialmente, impõe-se registrar que eficácia e efetividade não se confundem, pois, conforme aduz Luís Roberto Barroso, a primeira cuida da capacidade da norma de produzir efeitos, enquanto a segunda, analisa se os efeitos a serem produzidos por determinada norma, produzem-se efetivamente³³. De igual modo, faz-se mister registrar que, o texto constitucional, por se tratar de uma lei, deve ser aplicado³⁴, sob pena de, conforme critica Luís Roberto Barroso, materialização da chamada “insinceridade normativa” ou no mero “uso da Constituição como uma mistificação ideológica”³⁵. Assim, de igual modo, advoga J.J. Gomes Canotilho, ao sustentar que “a constituição é uma lei vinculativa dotada de *efetividade* e aplicabilidade”³⁶.

³¹ SARLET, *Op. cit.* p. 271.

³² TABARELLI, Liane. A sustentabilidade ambiental como direito fundamental e os deveres anexos impostos aos contratantes em pactos agrários. In: BÜHRING, Marcia Andrea; FUHRMANN, Italo Roberto; TABARELLI, Liane (Orgs.). **Direitos fundamentais: direito ambiental e os novos direitos para o desenvolvimento socioeconômico**, pp. 64-85. – Caxias do Sul: Educs, 2018, cit., p. 69.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84.

³⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. – Coimbra: Almedina, 2003, p. 1150; e BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Revista Jurídica UNIJUS/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, vol. 11, n.15, pp. 13-38. – Uberaba: UNIUBE, 2008, p. 15.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2008, cit., p. 15.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, cit., p. 1150.

Vistas as considerações introdutórias, cumpre-se registrar o conceito de eficácia; consoante Barroso, a eficácia de um ato normativo específico “consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias”³⁷. Em concepção congênere, compreende o jurista José A. da Silva que, em se tratando de normas jurídicas, a “eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador”³⁸. Acerca da efetividade, afirma Luís R. Barroso, em outra obra de sua autoria, que a essência da chamada “doutrina da efetividade” condiz com “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”³⁹. Destarte, no que se refere ao conceito de efetividade, evidencia-se pertinente o magistério do referido autor:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social⁴⁰.

Enfrentando o cerne do presente tópico, aduz José Afonso da Silva que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia⁴¹, porém, sustenta que há três categorias de normas constitucionais classificadas quanto à eficácia, ou seja, existem preceitos (constitucionais) de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada (ou reduzida)⁴². No que se refere à eficácia que é devida às normas constitucionais, leciona Konrad Hesse que todas as normas constitucionais possuem “pretensão de eficácia”⁴³. Nada obstante, pondera Hesse:

Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas⁴⁴.

Ex positis, no tocante à efetividade das normas constitucionais, afirma Barroso que, para atingir uma perspectiva constitucional em que os ditames da Lei Maior sejam realmente efetivos, deve-se ter como norte alguns pressupostos, quais sejam, o texto constitucional, a

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001, cit., p. 83.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 6ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2004, cit. p. 66.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Revista Jurídica UNIJUS/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, vol. 11, n.15, pp. 13-38. – Uberaba: UNIUBE, 2008, cit., p. 15.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2001, cit., p. 85.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 81.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 82.

⁴³ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

⁴⁴ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, cit., p. 128.

despeito de seu caráter progressista e transformador, deve observância a “limites de razoabilidade” no que se refere às regras das relações que tutela, a fim de “não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social”⁴⁵. De igual modo, deve-se partir da premissa de que “as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas”⁴⁶, logo, eventuais desacatos deliberados aos ditames da Lei Maior, ensejarão “aplicação coativa”, *pari passu*⁴⁷. Como base a tal cenário, registra Barroso que efetivas serão as normas constitucionais que permitam “a pronta identificação da posição jurídica em que investe o jurisdicionado”⁴⁸ e, por conseguinte, sejam respaldadas por “instrumentos de tutela” dotados de adequação para fins de seu cumprimento⁴⁹.

Nesse mesmo sentido, reconhecendo a efetividade das normas constitucionais, Daniel Sarmento entende que elas já incidem, inclusive, nas relações privadas, de forma direta e imediata, ainda que sem qualquer investida legislativa, podendo gerar obrigações negativas e positivas não só para o Estado, mas, de igual modo, para particulares⁵⁰. Desta feita, compreendidos os conceitos de eficácia e efetividade das normas constitucionais, restando analisado o diálogo de tais conceitos com o plano material, passa-se ao subitem seguinte, em que, no afã de se demonstrar a necessidade de uma *super* eficácia do Texto Constitucional, far-se-á análise de tal anseio em contraponto a um preceito básico do constitucionalismo, a saber: o princípio da separação dos Poderes.

2.3 O princípio da separação dos poderes diante da necessidade de *super* eficácia do texto constitucional no contexto do constitucionalismo democrático

“O poder é uno, quando ele se divide, ele deixa de ser poder”. (Eros Grau)

Base do constitucionalismo, o princípio da separação dos Poderes está positivado no exórdio do texto constitucional pátrio, no artigo 2º, que dispõe – “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” – e, dada a sua significância, restou o preceito como uma cláusula pétrea, *ex vi* do artigo 60, § 4º, III da Lei Básica⁵¹. Em sede de teoria clássica da tripartição dos poderes, Montesquieu assentava que não se poderia admitir um exercício das três funções (*legislar, julgar e administrar*) por um único órgão, afirmando:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2001, cit., p. 89.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2001, cit., p. 89.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2001, p. 89.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, cit., 2001, p. 279.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2001, p. 89 e p. 279.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no brasil: riscos e possibilidades. pp. 73-74. In: FELLET, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**, pp. 73-113. – Salvador: JusPodivm, 2011, p. 110.

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Artigo 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes”.

estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares⁵².

Refinando o ensinamento *supra*, James Madison, na obra intitulada “O Federalista”, de 1787 – que, inclusive, teve grande influência no desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano – no opúsculo de número 47, assentou, nos seguintes termos:

Montesquieu [...] não quis dizer que não haveria *representação parcial* de um poder em outro ou *controle* mútuo dos respectivos atos. A verdadeira interpretação, como se deduz de suas palavras e, ainda mais concludentemente, como ilustrada pelo exemplo ante seus olhos, não pode ser outra senão esta: que onde *todo* o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que enfeixam *todo* o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma Constituição livre estarão subvertidos⁵³.

Em desenvolvimento do princípio da separação dos poderes, consoante Paulo Fernando Silveira, foi concebida a doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*), à vista da Constituição dos EUA⁵⁴. Em suma, conforme o autor, pelo preceito dos freios e contrapesos, proporcionam-se meios de fiscalização e controle de um Poder sobre os outros⁵⁵. Hodiernamente, haja vista as circunstâncias complexas e dinâmicas que se evidenciam no contexto social e a “proliferação de direitos fundamentais presentes nos textos constitucionais contemporâneos”, afirma, inclusive, o jurista Daniel Giotti de Paula, que há necessidade de uma “nova concepção de separação de poderes”⁵⁶. Assim assentam os professores Carlos Alberto Molinaro e Ingo Sarlet, em sentido correlato, que, hodiernamente, deve-se vedar “articulações que promovam uma rígida separação de poderes, funções e competências cometidas ao Estado, aos órgãos estatais ou seus agentes”, devendo vigorar e imperar os preceitos da colaboração e da subsidiariedade⁵⁷. Outrossim, elucidam os referidos professores, acerca da atual concepção acerca de uma “unicidade” do poder estatal, nos seguintes termos:

O Estado-Juiz é o mesmo Estado-Administrador ou Estado-Legislador, também ele incorpora o “poder na sua unicidade” do Estado. Todos os agentes políticos atribuídos por este Estado, no limite de suas funções e competências, exercem os mesmo papéis na produção dos objetivos nacionais (art. 3º da Carta de 1988), objetivos que não são só meros programas políticos, mas estão simetricamente harmonizados com os fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º e incisos). Portando, na busca da plena realização desses mandamentos não pode ser vista nenhuma

⁵² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**, introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. cit. pp. 169-170.

⁵³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**, trad. Ricardo Rodrigues Gama. – Campinas: Russell Editores, 2003. cit. p. 302.

⁵⁴ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (checks and balances)**. – 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 99.

⁵⁵ Ibidem. p. 95.

⁵⁶ DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. cit. p. 273. In: FELLET, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm. 2011. pp. 271-312.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia – separação de poderes e eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro: observatório do direito à saúde**. – Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011, cit., p. 22.

intrusão de uma função sobre outra, nenhuma ampliação de poder ou autoridade, sim o cumprimento dos deveres constitucionais acometidos ao Estado⁵⁸.

Registradas as considerações acerca do histórico e do desenvolvimento do princípio da separação dos Poderes, faz-se mister assentar em que se fundamente a necessidade da (*super*) eficácia das normas constitucionais. Neste sentido, relembra-se: está-se em uma democracia constitucional, é a ordem jurídica do país, na lição de Cláudio Ari Mello, um “projeto ambicioso e complexo”, em que democracia deliberativa, direitos morais e jurisdição constitucional, em intrincada relação, exigem uma aliança entre diferentes filosofias jurídico-políticas⁵⁹. Assim, entende Cláudio Ari Mello que no regime constitucional pátrio, no centro da ordem constitucional assenta-se o (amplo) sistema de direitos fundamentais e, *pari passu*, instituem-se órgãos de jurisdição constitucional no afã de assegurar a plena eficácia jurídica e social dessa gama de direitos, logo, tem-se a necessidade de se fazer valer os ditames da Lei Maior, inclusive, por meio da via jurisdicional⁶⁰.

Nesse sentido, é congênere a jurisprudência do STF⁶¹, elucidando-a, transcreve-se trecho de voto proferido pelo Min. Celso de Mello no ARE 745745 MG, em que ente público foi constrangido pelo Judiciário a prestar serviço de saúde, por conseguinte, adimplindo política pública, a fim de assegurar o exercício do direito constante da Carta Magna, *in verbis*:

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República⁶².

De igual modo, como sói ser, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em consonância com os precedentes do STF, é uníssona quanto à temática sob comento, impondo a observância aos preceitos da Constituição Federal de 1988 nos casos de omissão ou inação da Administração Pública, materializando, por conseguinte, as normas constitucionais⁶³.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Op. cit.*, cit., p. 25.

⁵⁹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, cit., p. 199.

⁶⁰ MELLO, Cláudio Ari. *Op. Cit.*, p. 183.

⁶¹ Nesse sentido, confira-se: STF – ARE 745745 MG, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 02.12.2014, Data de Publicação: 19.12.1994; STF – ARE 926069 PR, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 12.03.2019, Segunda Turma, Data de Publicação: 02.04.2019; STF – RE 592581 RS, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 13.08.2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01.02.2016.

⁶² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão. STF – ARE 745745 MG, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 02.12.2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 19.12.1994. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=290205659&ext=.pdf>>. Acesso em 02.05.2019.

⁶³ Sobre a temática em apreço, confira-se: **Agravo de Instrumento N° 70080976954**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 26/04/2019; **Apelação Cível N° 70079809463**, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kothe

Ainda, sobre a temática da separação dos poderes, Luís R. Barroso constata uma uniformidade nos Estados soberano em que a democracia é o regime eleito no tocante ao sistema tripartite, porém, leciona o autor que os Poderes, em conjunto, promover os preceitos constitucionais⁶⁴.

Outrossim, entende Lenio Streck que este novo modelo constitucional é justamente sustentado pela democracia e pelos direitos fundamentais⁶⁵, em que não se admitem retrocessos⁶⁶, razão pela qual deve-se assimilar a Lei Maior como “algo substantivo”, *in casu*, “passível de realização”⁶⁷, advogando o autor precitado pela eficácia do texto constitucional, ao entender que a justiça constitucional assume – em tal contexto – um lugar de destaque, de característica “intervencionista”, pois, “no sentido de concretizar os direitos fundamentais-sociais” ante a “omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e para evitar o solapamento da materialidade da Constituição”⁶⁸.

Destarte, visto que urge a necessidade da *super* eficácia dos ditames da Lei Maior e, outrossim, examinadas lições doutrinários e teses jurisprudenciais que advogam a harmonização do suprimento da necessidade precitada com a concepção moderna (na experiência brasileira) do princípio da separação dos Poderes, analisa-se, no seguinte subitem, o caso específico do direito fundamental à saúde, bem como suas nuances temáticas, para, no subitem 2.5, asseverar como vem se conferindo a eficácia a tal preceito constitucional a partir de sua judicialização.

2.4 Direito à saúde: considerações temáticas e sua disposição na Constituição Federal de 1988

De antemão, analisa-se, *en passant*, o alcance da “saúde” pretendida pelo constituinte. Nesse sentido, lecionam Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo que, infere-se dos dispositivos da Lei Maior, no tocante à tutela constitucional da saúde, as seguintes dimensões: (a) *dimensão preventiva*, no sentido da efetivação de medidas que visam evitar surgimento e contágio de doenças; (b) *dimensão promocional*, conquanto almeja, através de ações, primar pelas condições de vida e saúde dos cidadãos; e (c) *dimensão curativa*, objetivando garantir os meios necessários ao indivíduo para fins de cura de eventual moléstia ou, então, propiciar no

Werlang, Julgado em 30/04/2019; **Apelação Cível Nº 70076479930**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 12/12/2018; **Agravo de Instrumento Nº 70079953204**, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 30/04/2019; **Apelação Cível Nº 70069353522**, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 24/04/2019. In: **RIO GRANDE DO SUL**. Tribunal de Justiça do Estado. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br> >. Acesso em 01.05.2019.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 29.

⁶⁵ Nesse sentido, assenta Lenio Streck – “*não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia*” – In: **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, cit., p. 104.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 106.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 126.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 661.

mínimo uma melhora no que se refere à qualidade de vida, o que, segundo os autores, sucedesse, geralmente, a partir de um tratamento contínuo⁶⁹. Ainda, assentam os autores precitados que a saúde almejada pela Constituição Federal de 1988 converge com o conceito estabelecido pela OMS⁷⁰.

No que se refere à previsão constitucional do direito à saúde na experiência pátria, conforme aduz André Luiz Bianchi, tão somente houve seu reconhecimento como um direito fundamental a partir de sua positivação na Constituição Federal de 1988, quarenta anos após a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU), precípua carta internacional de direitos, da qual o Brasil era signatário, que previa, em seu artigo 25⁷¹, o direito à saúde⁷². Assim, passou o Texto Constitucional vigente a contemplar o direito à saúde – além de sua previsão como direito social no art. 6º⁷³ – no art. 196, *in verbis*:

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 recuperação⁷⁴.

Sobre a duplicidade de previsões, Gilmar Ferreira Mendes assenta que a Constituição Federal de 1988, em uma das disposições, prevê a existência de direitos fundamentais sociais (*in casu*, no art. 6º da Carta), enquanto na outra (artigos 196 a 200, sobre direito à saúde), dispõe sobre forma e conteúdo de prestação no que se refere a tais direitos⁷⁵, dada a importância da temática. Nada obstante estarem dispostos fora do catálogo dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, é dotado de “fundamentalidade”⁷⁶. Consoante a lição de Alexy, o

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª região, n. 24, 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 10.05.2019.

⁷⁰ “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade (tradução livre)”. Trecho no idioma original: “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da OMS, 1946**. Disponível em: <https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>. Acesso em 02.05.2019.

⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Artigo XXV, 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde (grifou-se) e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 02.05.2019.

⁷² BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. – Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, pp. 88-91.

⁷³ **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde [grifou-se], a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02.09.2018.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 682.

⁷⁶ Sobre tal temática, confira-se, além do que foi assentado no item 2.1 (*supra*) deste trabalho, o que se afirma especificamente sobre a “fundamentalidade” dos direitos sociais em: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos**

direito à saúde se trata de um direito a prestação em sentido estrito⁷⁷ ou, conforme Gilmar F. Mendes e Paulo Gonet Branco, direito a prestação material⁷⁸. Em síntese, consoante a lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, entende-se que os “direitos a prestação⁷⁹ exigem que o Estado aja para atenuar as desigualdades”⁸⁰.

Ingo Sarlet, identificando a categoria dos direitos a prestação em sentido estrito como sendo a dos direitos fundamentais prestacionais⁸¹, explica que, os direitos fundamentais sociais (ou prestacionais em sentido estrito, categoria na qual se insere o direito à saúde) almejam que se assegure, a partir da “compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado”⁸², complementando, ainda, o jurista precitado que os direitos fundamentais sociais/prestacionais em sentido estrito:

[...] têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais⁸³.

Entretanto, em que pese a lição *supra*, consoante o próprio Ingo Sarlet, em obra conjunta com a jurista Mariana Figueiredo, o direito fundamental à saúde, além de sua natureza prestacional, pode remeter o intérprete à noção de um direito de defesa, inclusive⁸⁴. Acerca do conteúdo do direito à saúde, aduzem os autores precitados que tal preceito fundamental se trata de “um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto”⁸⁵, assentando o seguinte:

Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde visa à salvaguarda da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas, por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente considerados. Na condição de direito a prestações (direito positivo), e especificamente como direito a prestações em sentido amplo, o direito à saúde impõe deveres de proteção da saúde

direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 311.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2^a ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 499.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, cit., p. 159.

⁷⁹ *A contrario sensu*, figuram os direitos de defesa (ou abstenção), que não são objeto de estudo no presente, porém, cabe breve definição destes que, conforme Gilmar Ferreira Mendes, têm o condão de preservar o *status quo* do cidadão, impondo um dever de abstenção ao Estado para que não haja intromissão ou ação estatal na esfera de autodeterminação do ser humano. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Op. cit.*, pp. 155-157.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, cit., p. 157.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 198-199.

⁸² SARLET, Ingo, *Op. cit.*, cit., p. 199.

⁸³ SARLET, Ingo, *Op. cit.*, cit., p. 283.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 67, pp. 125-172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 136.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. cit.*, p. 136.

peçoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental (v.g., organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários, etc; bem como a regulação do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS, notadamente pela via dos Conselhos e das Conferências de Saúde). Por sua vez, como direito a prestações em sentido estrito, o direito à saúde fundamenta as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais (como tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, etc.)⁸⁶.

Gilmar Ferreira Mendes observa, no que se refere ao direito à saúde e à forma pela qual foi ele disposto no Texto Constitucional pátrio, na dicção do artigo 196 anteriormente aludido, que se considera (o direito à saúde) “um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional”⁸⁷, reiterando-se, igualmente, o seu caráter prestacional, como um “dever do Estado”, devendo ser desenvolvidas políticas públicas por todos os entes federados⁸⁸, contudo, também “passível de efetivação por meio do Poder Judiciário”⁸⁹. Em sentido correlato, ao firmar-se o direito à saúde como (um direito) público subjetivo, afirmam Litiane Lins e Maria de Almeida Rosa, *in verbis*:

Classificar o direito à saúde como um direito subjetivo público, isto é, um direito conferido a todo o cidadão de reivindicar a conversão da norma constitucional em prestações materiais, é compreender que todo o indivíduo poderia constranger o Poder Público a realizar políticas que efetivem o direito à saúde, do mesmo modo como poderia exigir do Estado as garantias para a realização de tal direito, inclusive por meio de ação endereçada ao Poder Judiciário⁹⁰.

Germano Schwartz, por sua vez, entende que, ao se classificar a saúde como um direito fundamental, restou fundamentada, por conseguinte, a sua autoaplicabilidade⁹¹. Sendo possível, segundo o autor, considerá-la “tanto como um direito fundamental quanto um direito subjetivo e, portanto, oponível ao Estado em caso de descumprimento de seus preceitos”⁹², possibilitando-se a “justiciabilidade” do direito à saúde⁹³, pois, tem-se, desta forma, consoante elucida o jurista em questão, “uma relação obrigacional na qual o cidadão é o credor, e o Estado, o devedor”⁹⁴.

Ex positis, analisada a temática do direito constitucional fundamental e social – de cunho prestacional – à saúde, bem como a ampla gama de pretensões correlatas à saúde que de tal preceito concluem como passíveis de exigir-se do Estado, passa-se, no próximo subitem, à análise do campo prático, no caso, do fenômeno da judicialização da saúde e como se deduzem as pretensões embasadas no referido preceito constitucional.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. cit.*, cit., p. 136.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, cit., p. 696.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 696.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, cit., p. 703.

⁹⁰ LINS, Litiane Cipriano Barbosa; ROSA, Marina de Almeida. **Manual de direito à saúde: para advocacia pública e privada**. – Curitiba: Juruá, 2014, cit., p. 14.

⁹¹ SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 129.

⁹² SCHWARTZ, Germano. *Op. cit.*, cit., pp. 129-130.

⁹³ SCHWARTZ, Germano. *Op. cit.*, p. 130.

⁹⁴ SCHWARTZ, Germano. *Op. cit.*, cit., p. 130.

2.5 Judicialização do direito à saúde

De forma antecedente à análise do fenômeno da judicialização da saúde (ou, simplesmente, judicialização da saúde), tem-se por imprescindível a conceituação do vocábulo “judicialização”. Nesse sentido, precípua é a lição, com certo tom crítico, porém que em nada perde de valia, do professor Lemos Junior e de Dalvaney A. de Araújo, em recente artigo publicado, assentando que a judicialização:

[...] reside em questões relevantes de cunho político, moral e social que são objetos de apreciação judicial em caráter final. Trata-se daquelas atividades tipicamente preponderantes dos Poderes Legislativo e Executivo que são transferidas ao Poder Judiciário. Com isso, os tribunais e magistrados acabam por se tornarem atores políticos, conquanto com singularidades e embasamentos distintos dos demais poderes. Eles se tornam personagens centrais na resolução de relevantes conflitos morais e políticos cujos efeitos de suas decisões acabam por impactar no sistema político. Nesse sentido, ainda que não o integrem, constituem verdadeiros mecanismos de poder e, direta ou indiretamente, participam da formação da vontade política predominante⁹⁵.

Na mesma direção, afirma Luís Roberto Barroso que a judicialização condiz com o fenômeno da transferência de “questões de larga repercussão política ou social” à apreciação do Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionalmente eleitas para tal desiderato, *in casu*, o Congresso Nacional (Poder Legislativo) e a Presidência da República (Poder Executivo, no caso deste, abarcam-se os ministérios e os órgãos da administração pública). Outrossim, afirma o autor que a judicialização, à vista de tal conjuntura, transfere-se poder para juízes e tribunais, alterando-se substancialmente linguagem, argumentação e, inclusive, “modo de participação da sociedade”⁹⁶. Destarte, a judicialização da saúde, segundo o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, trata-se do fenômeno ocasionado pela pretensão resistida do cidadão que, no intento de exercer seu direito à saúde, se vê obstado por motivos diversos (que serão vistos no decorrer deste tópico), logo, não sendo realizada a prestação por parte da Administração Pública, configura-se o direito subjetivo à prestação de saúde, pois, passível de efetivação por intermédio da via jurisdicional⁹⁷.

Observam Júlio César de Souza e Magno Federici Gomes que a judicialização da saúde em terras brasileiras teve origem com reivindicações de cidadãos portadores de HIV/AIDS, que ajuizavam ações individuais e em grupos específicos em face dos entes federados no afã de obter os medicamentos e procedimentos médicos necessários ao tratamento da moléstia⁹⁸. Passados mais de trinta anos pós-promulgação da chamada

⁹⁵ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira Lemos Junior; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Os parâmetros de ativismo judicial na conflituosa concessão de medicamentos de alto custo. In: **Cadernos do programa de pós-graduação em direito PPGDir./UFRGS**, vol. XIII, n. 1, pp. 204-235. – Porto Alegre: UFRGS, 2018, cit., p. 214.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, cit., p. 17.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 703.

⁹⁸ SOUZA, Júlio César de; GOMES, Magno Federici. A judicialização na saúde e a fronteira entre o individual e o coletivo: considerações sobre o acesso ao sistema único de saúde sustentável, In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba: Centro Universitário UniBrasil, v. 24, n. 1, pp. 216-242, 2019, p. 222.

Constituição Cidadã, em busca da concretização dos direitos fundamentais-sociais, com a ascensão institucional do Poder Judiciário, a judicialização ganhou tamanho substancial⁹⁹.

Destaque para o objeto do presente tópico – o direito à saúde – que na seara judicial, a judicialização se manifesta em suas mais variadas facetas. Em consulta ao acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, são inúmeros os julgados, acerca das mais variadas questões relacionadas à saúde, que, em atendimento ao direito constitucional à saúde, foram julgados em favor dos necessitados. Encontram-se julgamentos em favor de requerimentos de: fornecimento de medicamentos e tratamento médico¹⁰⁰; fornecimento de alimento especial a portador de alergia alimentar¹⁰¹; custeio, por parte dos entes públicos, de internação em instituição hospitalar privada em vista da inexistência de leitos na rede pública¹⁰²; realização de procedimento cirúrgico¹⁰³; internação na modalidade *home care*¹⁰⁴; custeio de tratamento a ser realizado no exterior¹⁰⁵ *et cetera*.

Nada obstante, por vezes, as pretensões judiciais referentes ao direito à saúde são contestadas pelos entes públicos, nas trincheiras judiciais, a partir da ótica da teoria da “reserva do possível”. Tal construção teórica foi formulada pelo direito alemão, em decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em que foi estabelecido que pretensões direcionadas a criação de suporte fático necessário a possibilitar o exercício de um direito estariam sujeitas à submissão à reserva do possível¹⁰⁶.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a teoria da “reserva do possível” afirma que a realização de certos direitos (na maioria, de caráter social) depende de recursos econômicos para sua efetivação, devendo a interpretação constitucional, à vista de tal conjuntura, ater-se às circunstâncias econômicas postas. Sendo assim, leciona o autor que a “reserva do possível” condiz com um limite fático à concretização dos direitos sociais, a depender de circunstâncias externas, pois, leva-se em conta a escassez de recursos para o financiamento de políticas públicas, obstando-se a atuação do Poder Judiciário, no sentido de concretizar direitos, sob pena de violação ao “princípio da reserva do financeiramente possível”, uma vez que, ao impor a prestação e efetivação de direitos sociais, estaria o Poder Judiciário agindo de forma contrária às políticas públicas aventadas pelo governo e à possibilidade orçamentária estatal¹⁰⁷.

É congênere o magistério de Ingo Sarlet e C. A. Molinaro, que entendem que a teoria da reserva do possível “condiciona a efetivação dos direitos sociais à capacidade financeira do

⁹⁹ Sobre o tema, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21. – Rio de Janeiro: UERJ, 2012.

¹⁰⁰ Confira-se a jurisprudência do STF: **RE 1075733 SC**, Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, Julgado em 29.04.2019, Public. 07.05.2019; **RE 1021259 AgR PE**, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado em 15.08.2017, Public. em 19.10.2017; **STA 175 AgR CE**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Julgamento: 17.03.2010, Public. em 30.04.2010; **ARE 1119355 AgR MG**, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 28.09.2018, Public. em 09. 10.2018.

¹⁰¹ Cf. **ARE 1049831 AgR PE**, Rel: Edson Fachin, Segunda Turma, J. 27.10.2017, Public. 08.11.2017.

¹⁰² Cf. **ARE 727864 AgR PR**, Rel: Celso de Mello, Segunda Turma, J. 04.11.2014, Public. 13.11.2014.

¹⁰³ Cf. **ARE 876165 AgR SP**, Rel: Rosa Weber, Primeira Turma, J. 30.06.2015, Public. 13.08.2015.

¹⁰⁴ Cf. **ARE 1080833 AgR PE**, Rel: Edson Fachin, Segunda Turma, J. 22.03.2019, Public. 11.04.2019.

¹⁰⁵ Cf. **RE 368564 DF**, Rel: Marco Aurélio, Primeira Turma, J. em 13.04.2011, Public. 10.08.2011.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 676.

¹⁰⁷ *Op.cit.*, pp. 676 - 678.

Estado”¹⁰⁸. Entretanto, contrapõem-se os autores mencionados *supra*, afirmando, no que se refere ao direito à saúde, que, não obstante este não ser considerado um direito absoluto e que eventualmente pode vir a sofrer limitações ante à salvaguarda e proteção de direito fundamental diverso, não seria plausível limitá-lo à capacidade econômica estatal. Ainda, em contraponto à construção teórica da reserva do possível, assentam Sarlet e Molinaro:

Ademais, ainda que admitindo o argumento da escassez de recursos como argumento apto a limitar a fruição dos direitos sociais, pelo disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, caberia ao Poder Público, em última análise, a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, de modo que, o argumento *a priori*, de que o Estado brasileiro não tem meios financeiros para arcar com as demandas sociais, sem comprovação fática para o caso concreto, é de pronto descartada¹⁰⁹.

De igual modo, em sede de pleito judicial do direito à saúde, tem-se contraposto à teoria da reserva do possível com a teoria do mínimo existencial. Em síntese, sem a pretensão de esgotar a teoria, o mínimo existencial, segundo Daniel Sarmento, é consectário do basilar princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁰⁻¹¹¹⁻¹¹² e condiz com o acesso efetivo a bens e direitos essenciais para que o cidadão tenha uma vida digna¹¹³. Nesse sentido, entende Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo que, no tocante à tutela do mínimo existencial, que abarca o direito à saúde, se reconhece um “direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva”, não devendo prosperar argumentos obstativos vinculados à reserva do possível a fim de não se cumprir um ditame constitucional fundamental¹¹⁴.

Em conformidade às lições *supra* evidencia-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹⁵. Ainda, no ARE 745745 AgR/MG, salutar o voto do ministro relator Celso de Mello que assentou, *in verbis*:

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Op. cit.*, cit., p. 37.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Op. cit.*, cit., p. 37.

¹¹⁰ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. In: **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, n. 4, pp. 1644-1689, Rio de Janeiro: UERJ, 2016, p. 1659.

¹¹¹ **Constituição Federal de 1988**, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [grifou-se].

¹¹² Não pretendendo esgotar o tema, porém, como objetivo e fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana merece nota conceitual, nesse sentido, salutar é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “Temos por **dignidade da pessoa humana** [grifou-se] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.” In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. cit. p. 73.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 1647.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre: TRF4, n. 24, 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 10.05.2019.

¹¹⁵ Nesse sentido, confira-se: **STA 175 AgR-CE**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, Julg.: 17.03.2010; **ARE 745745 MG**, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julg. em 02.12.2014.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, 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 de essencial fundamentalidade. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial¹¹⁶.

Não restam dúvidas que a judicialização do direito à saúde tomou proporções substanciais, tendo a jurisprudência do STF se pacificado no sentido de materializar o que propõe o texto constitucional no que se refere ao preceito sob comento que, mesmo contraposto a argumentos embasados na reserva do possível (como comumente ocorre), se não comprovados devidamente com pressupostos fáticos aptos a obstarem a prestação material, não pode servir de obstáculo à realização do direito fundamental (social) em exame, sob pena de violação da Lei Maior.

Destarte, restou comprovado no presente capítulo, sem maiores objeções, que as disposições constitucionais definidoras de direitos fundamentais (que, conforme as lições mencionadas, não se tratam somente do rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas de uma plêiade de disposições dotadas de “fundamentalidade”) devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, quando provocado, mesmo que sem a *interpositio legislatoris*. Ao analisar a questão do eminentemente prestacional direito à saúde, não foi distinta a conclusão, visto, a partir das análises da teoria e prática jurídicas, que a prestação sob comento – além de exigir o implemento de políticas públicas e complementação legislativa por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, respectivamente – pode seguramente ser exigido judicialmente.

3 ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO ATIVA PROFERIDA NO STA 175-AGR/CE PELO STF

No presente capítulo, far-se-á análise – de forma inicial – do que se entende por ativismo judicial, bem como de suas origens e causas. Por conseguinte, averiguar-se-á e (restará constatada) a problemática terminológica acerca do fenômeno, haja vista as divergências na doutrina no que se refere à assimilação do *modus operandi* do Poder Judiciário denominado “ativismo judicial”, uma vez que, uns o entendem como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

¹¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão. STF – ARE 745745 MG, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 02.12.2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 19.12.1994. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=290205659&ext=.pdf>>. Acesso em 02.05.2019.

constitucionais”¹¹⁷; outros, como uma “incurção insidiosa do Poder Judiciário sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”¹¹⁸; ou, ainda, há quem sustente que não há qualquer ativismo, mas tão somente uma manifestação da “‘velha’ criação judicial do direito”¹¹⁹; *et cetera*. Por conseguinte, a partir do reconhecimento da recepção (positiva e negativa) da temática do ativismo judicial pela doutrina brasileira, far-se-á análise das principais críticas ao ativismo judicial. Contudo, sem a pretensão de esgotar e rever toda e qualquer a crítica dirigida ao fenômeno sob comento, se concentrará o subitem em apreço no magistério de autores que especificamente trataram/tratam de analisar (criticamente) a atuação jurisdicional ativa, para, ao fim do subitem, averiguar as recorrências.

Posteriormente, contrapondo o princípio da separação dos Poderes à atuação judicial ativa, faz-se análise do entendimento que relativiza a concepção rígida do princípio da separação dos Poderes¹²⁰ e das críticas que entendem o ativismo como violador do preceito em questão¹²¹, para, ao final do subitem sob comento, concluir-se com a análise do instigante estudo realizado por Pamplona Filho e Charles Barbosa acerca de tal relação (ativismo-separação dos Poderes), em crítico exame teórico do constitucionalismo pátrio, que, inclusive, leva em consideração o panorama jurídico-social brasileiro¹²². Ato contínuo, correlacionar-se-ão o fenômeno do ativismo judicial e o princípio da vedação do retrocesso social, este como um preceito legitimador da atuação ativa do Poder Judiciário. Por fim, no último subitem, em fechamento ao capítulo, far-se-á análise da decisão ativa proferida no STA 175-AgR/CE pelo Supremo Tribunal Federal, com ênfase no exame do voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes. No mesmo subitem, analisa-se o julgado a partir da ótica do ativismo judicial – o compreendendo como uma atuação jurisdicional ativa, consoante o que foi visto na pesquisa – e, ainda, asseverar-se-á a legitimidade democrática da atuação precitada da Corte no julgado em apreço.

3.1 Do que se entende por ativismo judicial, suas origens e causas

Exordialmente cumpre-se revisitar a origem do que se convencionou chamar de ativismo judicial, mostra-se imperiosa, outrossim, a compreensão teórica de tal conceito e como o termo vem sendo empregado em sede de direito pátrio, sem qualquer concepção *a priori* ou interesse ideológico, tratando o fenômeno em apreço com a devida seriedade

¹¹⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

¹¹⁸ Cf. RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹⁹ Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLETT, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. pp. 475-498. Salvador: JusPodivm. 2011.

¹²⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia – separação de poderes e eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro: observatório do direito à saúde**. – Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011.

¹²¹ Cf. LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro. In: **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, n. 1, pp. 263-289. Natal: ESMARN, 2017; e RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

¹²² Cf. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. Sobre a essência da jurisdição constitucional e sua importância no desenvolvimento do estado democrático e republicano. In: **Revista jurídica luso-brasileira**, Ano 4, nº 4, pp. 1807-1839. – Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2018.

científica. Não obstante a aparente novidade do ativismo judicial no direito pátrio, em processo de redemocratização pós-regime ditatorial, em um contexto de “constitucionalização do Direito”¹²³, a origem do termo é norte-americana¹²⁴. Curiosamente, o termo não tem origem técnico-científica, consoante o jurista e professor *ianque* Keenan D. Kmiec, com efeito, foi em um artigo – intitulado: “*The Supreme Court: 1947*” – da revista *Fortune*, dos EUA, em 1947, em que se empregou a expressão pela primeira vez, sem maiores preocupações epistemológicas, por parte do jornalista Arthur Schlesinger Jr., que, em tal opúsculo, fez uma análise dos perfis e das tendências dos nove ministros da Suprema Corte norte-americana à época, classificando-os em ativistas judiciais (*judicial activists*) e “campeões da autocontenção” (*self restraint*)¹²⁵.

Sem embargo, passados mais de 70 anos desde a publicação do (des)pretensioso artigo jornalístico, o termo foi indubitavelmente incorporado pela doutrina jurídica, nada obstante às críticas ao emprego da expressão¹²⁶, notam-se maiores compromissos epistemológicos no que concerne ao conceito e fundamentos do ativismo judicial. Por sua vez, acerca do ativismo judicial, entende Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

A idéia 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. 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 públicas¹²⁷.

Aduz o autor citado *supra* que o ativismo judicial, por sua metodologia, tem como objetivo “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”¹²⁸. Nada obstante, pondera Luís Roberto Barroso que o ativismo do Poder Judiciário pátrio é “antes a exceção do que a regra”¹²⁹. Outrossim, assevera

¹²³ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. pp. 73-74. In: FELLET, André; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm. 2011. pp. 73-113.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 22.

¹²⁵ KMIIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**. pp. 1445-1446. In: California Law Review, vol. 92.5, pp. 1441-1478. – Berkeley: University of California. 2004.

¹²⁶ Cf. PÁDUA, Thiago Aguiar. **A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, p. 134-168. – Brasília: UniCEUB, 2015.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, cit., p. 22. In: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

¹²⁸ Ibidem, cit. p 23.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 1ª reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 40.

que o fenômeno sob comento se faz sentir no cenário jurídico internacional, com a ascensão da jurisdição constitucional se evidenciando em diversos países¹³⁰.

Neste diapasão, ao sintetizar o que convencionalmente se compreende por ativismo judicial nas seara acadêmica e jurisprudência norte-americana, o professor Keenan D. Kmiec evidenciou cinco aspectos inerentes ao *modus operandi* sob comento, quais sejam: (i) invalidação de ações possivelmente/arguivelmente constitucionais de outros poderes (*Striking down arguably constitutional actions of other branches*)¹³¹; (ii) não aderência a precedentes (*Ignoring precedents*); (iii) “legislação judicial” (*Judicial legislation*); (iv) distanciamento de metodologias interpretativas aceitas (*Departures from accepted interpretive methodology*); e (v) julgamento direcionado a resultado específico pré-concebido (*Result-oriented judging*)¹³².

Em tom mais crítico, assentam Têmis Limberger e Alexandre de Castro Nogueira que o ativismo judicial “configura-se em um modo peculiar de interpretar a Constituição, buscando sua aplicação direta, mas estendendo o seu sentido e alcance”, em decorrência da “ineficiência dos demais Poderes, o Executivo, e, sobretudo, o Legislativo, na solução de conflitos entre classes políticas e sociais, abrindo um espaço para a atuação indevida dos atores que representam o Poder Judiciário”¹³³. Ainda, afirmam os autores que, haja vista o Brasil carecer de uma teoria constitucional adequada a sua realidade¹³⁴, albergam-se os pressupostos teóricos pátrios em teorias estrangeiras, *in casu*, fortes na teoria do *neoconstitucionalismo*¹³⁵, que, segundo os autores, tem impulsionado o ativismo judicial no direito nacional¹³⁶. Em obra direcionada especificamente ao estudo do ativismo judicial, assenta o professor Elival Silva Ramos, *in verbis*:

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 1ª reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 38-39. Segundo Barroso, numerosos são os exemplos. O jurista cita a eleição dos Estados Unidos da América (país de origem do termo, como visto) de 2000, que foi decidida pela Suprema Corte; o caso de Israel, em que a construção de um muro na divisa com o território palestino, contou com a última palavra da Suprema Corte israelense; e o caso francês, concernente à proibição da burca, legitimado pelo Conselho Constitucional da França.

¹³¹ Cf. KMIEC, *Op. cit.*, pp. 1464-1465. Nesse sentido, cumpre-se esclarecer, conforme a lição de Keenan D. Kmiec, que não é possível considerar qualquer invalidação de ato normativo como uma manifestação do ativismo, porém, segundo o jurista, o Poder Judiciário incorre em ativismo judicial quando invalida escolhas políticas dos demais Poderes que a Constituição não proíbe de forma clara.

¹³² KMIEC, Keenan D. *Op. cit.*, p. 1444. – Berkeley: University of California. 2004.

¹³³ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro, cit., pp. 265-266. In: **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, n. 1, pp. 263-289. Natal: ESMARN, 2017.

¹³⁴ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. *Op. cit.*, p. 268.

¹³⁵ Sem a pretensão de esgotar a teoria neoconstitucionalista, é imperioso registrar breve nota sobre. Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso, que “[o] **neoconstitucionalismo** [grifou-se] ou novo direito constitucional [...] identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). cit., pp. 11-12. In: **RDA**, Rio de Janeiro: FGV, v. 240, 2005, pp. 1-42)

¹³⁶ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. *Op. cit.*, pp. 274-276, pp. 280-283.

[...] por ativismo Judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)¹³⁷.

Elival Silva Ramos define o ativismo judicial, em síntese, como “uma disfunção no exercício da função jurisdicional”¹³⁸, em prejuízo das demais funções, porém, em maior escala, em detrimento do mister legislativo¹³⁹. Outrossim, sustenta Elival Silva Ramos que tal *modus operandi* implica por descaracterizar o múnus típico do Poder Judiciário¹⁴⁰, com “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”¹⁴¹.

Ainda, afirma Elival Silva Ramos que, no direito brasileiro, o ativismo judicial é ocasiona-se e se fortifica em razão de diversos fatores, sendo eles: o modelo de Estado intervencionista delineado pela Lei Maior, ensejando uma atuação jurisdicional ativa; a ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo no implemento das providências necessárias à efetivação do plano social-democrático sustentado pela Constituição Federal de 1988; a “*principiologização*” do direito, decorrente do fortalecimento do pós-positivismo¹⁴²; o engrandecimento, no plano dogmático, da teoria do *neoconstitucionalismo*; a “intensificação do controle abstrato de normas” e, de igual modo, as atribuições de múnus normativo atípica concedidas ao Supremo Tribunal Federal (como a edição súmulas jurisprudenciais em sede de temática constitucional e a hipótese do acolhimento do mandando de injunção)¹⁴³.

Em sentido um tanto distinto dos demais autores citados até então, assenta Inocêncio Mártires Coelho que o ativismo judicial, da forma como é (negativamente) criticado, trata-se antes da “velha criação judicial do direito”¹⁴⁴, afirmando que, o que se chama de ativismo judicial, no direito pátrio e no estrangeiro, não se trata de um “extravasamento” do Poder Judiciário no que se refere ao exercício de seu múnus, mas, sim, da importante tarefa do Poder precitado de construir o direito junto ao Poder Legislativo, complementando e dando forma ao que fora legislado¹⁴⁵.

Visto o que se compreende por ativismo judicial, registra-se, segundo Luís Roberto Barroso, que as primeiras manifestações (jurisdicionais) ativistas se deram na seara constitucional do direito norte-americano, em caráter veementemente conservador (em que a *Supreme Court* dos EUA amparou a segregação racial e, inclusive, invalidou algumas leis

¹³⁷ RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2. ed. – SP: Saraiva, 2015, cit., p. 131.

¹³⁸ RAMOS, Elival Silva. *Op. cit.*, p. 109.

¹³⁹ Cf. RAMOS, Elival Silva. *Op. cit.*, p. 109, pp. 131-132.

¹⁴⁰ RAMOS, Elival Silva. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁴¹ RAMOS, Elival Silva. *Op. cit.*, cit., p. 119.

¹⁴² O **pós-positivismo** [grifou-se], consoante a lição de Luís Roberto Barroso, trata-se de corrente filosófica que “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. cit., pp. 4-5. In: **RDA**, Rio de Janeiro: FGV, v. 240, 2005, pp. 1-42).

¹⁴³ RAMOS, Elival Silva. *Op. cit.*, pp. 330-331.

¹⁴⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** p. 498. In: FELLET, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. pp. 475-498. Salvador: JusPodivm. 2011.

¹⁴⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. cit.*, pp. 494-495.

sociais), para, então, na década de 50, tomarem caminhos mais progressistas (fazendo valer uma plêiade de direitos fundamentais)¹⁴⁶.

Retomando a análise à experiência brasileira, consoante o magistério de Luís Roberto Barroso, dentre as causas do ativismo judicial, que acarretam na ampla manifestação da jurisdição constitucional, tem-se o sistema abrangente de controle de constitucionalidade vigente no país e a dita *constitucionalização analítica* do ordenamento jurídico brasileiro, assim, no afã de efetivar os direitos fundamentais, exaram-se decisões sobre assuntos polêmicos, em que direito, política e moral dividem os espaços¹⁴⁷. Contudo, assenta o autor, em outra obra, que uma das causas do ativismo é a atual “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”, “expandindo-se” o Poder Judiciário¹⁴⁸.

Ex positis, já tendo base sólida sobre o que se entende por ativismo judicial e, igualmente, tenho sido revisitadas as suas origens e aparentes causa, passa-se, no próximo tópico, ao exame das críticas direcionadas ao modo de atuação do Poder Judiciário sob comento.

3.2 Principais críticas ao ativismo judicial

“O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”. (Luís Roberto Barroso)

Tendo o *modus operandi* ativo do Poder Judiciário tomado proporções substanciais, as críticas tecidas a referida forma de atuação se fortificaram, *pari passu*. No presente subitem, sem a pretensão de esgotar e rever toda e qualquer a crítica direcionada ao ativismo judicial ou de categorizá-las de forma prévia, far-se-á análise dos principais argumentos contrapostos ao fenômeno sob comento por autores que especificamente trataram/tratam de analisar (criticamente) o *modus operandi* jurisdicional ativo, para, ao final deste tópico, averiguar quais foram as críticas mais recorrentes suscitadas na melhor doutrina com base na pesquisa realizada.

Elival Silva Ramos critica o “subjativismo” em grande escala das decisões judiciais oriundas da referida atuação ativa. Neste sentido, assenta o referido autor que, o ativismo judicial, forte na moralização e na “principiologização” do direito, conduz a decisões judiciais que, em detrimento da concretização do Texto Constitucional, são manifestamente direcionadas à materialização da vontade do prolator, consubstanciadas por suas “preferências

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 22. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. pp. 230-231 In: FELLET, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. pp. 225-270. Salvador: JusPodivm. 2011. Barrosos ainda cita os seguintes casos: o caso da interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54); a decisão que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132); vedação ao nepotismo (ADC 12 e Súmula nº 13); restrição ao uso de algemas (HC 91.952/SP e Súmula Vinculante nº 11); *et cetera*.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, cit., p. 32. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

axiológicas”¹⁴⁹. Outrossim, Elival Silva Ramos evidencia uma potencial ameaça à democracia no ativismo judicial, assentando, *in verbis*:

[...] o voluntarismo bem intencionado, mas institucionalmente desastroso, dos órgãos judiciários acabe por solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre. Não devemos incidir no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário. O ativismo judicial, que seduz os incautos e agrupa os aristocratas do direito, existe tanto na jurisprudência “progressista” a proclamar a aplicabilidade imediata de direitos sociais veiculados por normas programáticas, quanto na resistência abusiva da Suprema Corte estadunidense à legislação trabalhista, no período do “governo dos juízes”¹⁵⁰.

Em sentido correlato, Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano O. Lepper assentam que o ativismo judicial é marcado por “argumentos metajurídicos”, uma vez que, no intento de moralizar o Direito, o intérprete atribui à norma o valor que lhe apraz, desconsiderando o sentido do texto normativo e, por conseguinte, desprezando os ditames da Lei Maior¹⁵¹, complementando, nos seguintes termos:

[...] em tempos de ativismo judicial desenfreado, instaura-se uma espécie de império da vontade. O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia. O senso comum costuma pensar a Democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidades ou rupturas. Nossa história mostra isso. A democracia precisa ser vista numa perspectiva histórica e de lutas políticas. O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões¹⁵².

Têmis Limberger e Alexandre de C. Nogueira argumentam que, levando em consideração o contexto da redemocratização do país, diante de uma “nova realidade jurídica”, diversas transformações se deram no âmbito da justiça constitucional pátria, porém, de “forma desregulada”, “deixando que a consciência dos intérpretes/aplicadores do direito se destacasse frente à correta aplicação do texto constitucional”¹⁵³, caracterizando-se o ativismo judicial que, no direito pátrio, tem o condão de transformar “um Tribunal em órgão com poderes permanentes de alterar a Constituição” e, de igual modo, de “construir normas legais ao alvedrio da própria Constituição Federal”¹⁵⁴. Por fim, aduzem os juristas precitados:

¹⁴⁹ RAMOS, Elival Silva. *Op. cit.*, p. 330.

¹⁵⁰ RAMOS, Elival Silva. *Op. cit.*, cit., p. 333.

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326, p. 59. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, pp. 51-61. – v. 5, número especial. Brasília: UniCEUB, 2015.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. *Op. cit.*, cit., p. 59.

¹⁵³ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de C. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro, cit., pp. 268-269. In: **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, n. 1, pp. 263-289. Natal: ESMARN, 2017.

¹⁵⁴ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. *Op. cit.*, cit., pp. 268-269.

O risco se dá, por existirem questões que não podem ser sanadas por ativismo judicial, posto que o Judiciário não pode substituir o legislador. Nesse ponto, nota-se a existência do ativismo judicial, no Brasil, para concretizar direitos e para resolver o problema da vontade dos julgadores, sendo inadmissível se descontextualizar a Constituição somente para buscar sentido, finalidade, em uma norma, com o fim de justificar uma decisão judicial¹⁵⁵.

Entendem Lemos Junior e Dalvaney A. de Araújo que a legitimidade da atuação ativista do Poder Judiciário é questionável¹⁵⁶, aduzindo que as decisões judiciais consideradas ativas, eivadas de subjetivismo e voluntarismo, carecem de critérios legais¹⁵⁷. Entendem os referidos autores que o ativismo judicial, de igual modo, “contrasta com a democracia, com a teoria da separação de poderes e com o princípio majoritário, considerando a concessão de poderes em excesso ao Poder Judiciário, instituição que não possui representatividade política”¹⁵⁸.

Ronald Dworkin, por sua vez, ao abordar a experiência norte-americana do fenômeno, *en passant*, afirma que se trata o ativismo judicial de “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, complementando que um “juiz ativista” ignora o Texto Constitucional, bem como a sua historicidade, não observa a jurisprudência do mais alto órgão jurisdicional do país e, de igual modo, despreza as cultura e tradição políticas pátrias, para, por conseguinte, impor sua concepção particular acerca da justiça aos demais Poderes estatais¹⁵⁹.

Não criticando com veemência o ativismo judicial, Luís Roberto Barroso¹⁶⁰ – que, em certa medida, demonstra-se favorável a tal forma de operar do Poder Judiciário – por sua vez, entende que as principais críticas residem nos (i) riscos que o ativismo judicial representa para a “legitimidade democrática”, pois os agentes do Poder Judiciário não são eleitos pelo voto popular, não obstante, podem invalidar atos dos demais Poderes, suscitando questionamentos¹⁶¹ acerca da legitimidade de eventuais atuações ativas da jurisdição¹⁶²; na (ii) “politização indevida da justiça”, pois, advoga-se contra eventual instituição de “um modelo

¹⁵⁵ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. *Op. cit.*, cit., p. 269.

¹⁵⁶ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira Lemos Junior; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Os parâmetros de ativismo judicial na conflituosa concessão de medicamentos de alto custo, p. 205. In: **Cadernos do programa de pós-graduação em direito PPGDir./UFRGS**, vol. XIII, n. 1, pp. 204-235. – Porto Alegre: UFRGS, 2018.

¹⁵⁷ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira Lemos Junior; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. *Op. cit.*, p. 205.

¹⁵⁸ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira Lemos Junior; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. *Op. cit.*, cit., p. 205.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. – São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 451-452.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, cit., p. 25. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

¹⁶¹ “Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?” – Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, cit., p. 25.

¹⁶² Porém, reconhece o autor que razões de naturezas filosófica e normativa resolvem a questão *supra*, a saber: em síntese, a Constituição, de *per se*, atribui o poder aludido ao Judiciário (natureza normativa); e, ainda, haja vista que, “entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes”, cabe a palavra final ao Poder Judiciário, no sentido de “velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais” (natureza filosófica), o que justificaria, no que se refere ao quesito em questão, a atuação por vezes considerada ativa da jurisdição. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 25-26.

juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos”¹⁶³; e nos (iii) “limites da capacidade institucional do Judiciário”, pois, não obstante o modelo institucional, que vigora no direito pátrio, ante a divergência na interpretação dos ditames constitucionais ou legais, remeter a palavra final ao Poder Judiciário, não há falar, desta feita, “que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal”, devendo o Poder sob comento, segundo o autor precitado, zelar por análise criteriosa antes de intervir¹⁶⁴.

Destarte, analisadas as críticas, em suas mais variadas facetas ao ativismo judicial, há como constatar a recorrência de argumentos que afirmam ser a atuação jurisdicional ativa uma ameaça ao regime democrático, eivada de “subjetivismo” quando manifestada e caracterizada e, por derradeiro, que incorre o Poder Judiciário em violação a seus próprios limites institucionais constitucionalmente estabelecidos. Este último ponto, no que se refere aos limites do Poder Judiciário, dar-se-á atenção especial no próximo tópico, ao contrapor-se o princípio da separação dos Poderes à atuação judicial ativa.

3.3 Contrapontos entre o princípio da separação dos poderes e a atuação judicial ativa

Ante o que foi visto anteriormente neste mister, no que se refere ao princípio da separação dos Poderes (subitem 2.3), faz-se mister revisitar, *en passant*, o que concluiu-se acerca do preceito aludido, a saber: não obstante a doutrina clássica de Montesquieu, que assentava que não se poderia admitir um exercício das três funções (legislar, julgar e administrar) em um mesmo órgão, advogando a divisão do poder estatal em três órgãos¹⁶⁵, atualmente, desenvolvida uma teoria moderna, se compreende, segundo C. A. Molinaro e Ingo Sarlet, que não há falar em uma “rígida separação de poderes”, pois, no afã da realização material dos ditames constitucionais, deve, entre os Poderes, no limite de suas funções e competências, haver colaboração e subsidiariedade¹⁶⁶. Desta feita, pelo magistério em exame, tem-se, em evidência, uma relativização da concepção rígida do princípio da separação dos Poderes.

Entretanto, ao se falar em atuação ativa do Poder Judiciário (ativismo judicial), evidencia-se, na doutrina, ampla discussão acerca de tal *modus operandi* em contraposição à tripartição dos Poderes. Nesse sentido, assenta Elival Silva Ramos:

Com efeito, nos Estados democrático a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes¹⁶⁷.

Em concepção congênere, Têmis Limberger e Alexandre de Castro Nogueira assentam que, no Brasil, o “ativismo judicial é um dos grandes responsáveis pela crise institucional

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, cit., p. 28.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, pp. 169-170.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 22-25.

¹⁶⁷ RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. *Op. cit.*, cit., p. 123.

entre os Poderes”, uma vez que o Judiciário, por vezes, avoca para si o ofício político dos demais Poderes¹⁶⁸. Ainda, afirmam os autores, após análise de um conjunto de julgados do STF¹⁶⁹, que a atuação interpretativa deste, o identifica como verdadeiro legislador positivo (um espécie de “legislador constitucional disfarçado”), produzindo “novos textos normativo-constitucionais” e, ainda, indo além dos “limites semânticos dos textos normativos legais existentes”, atuando, pois, de forma ilegítima e antidemocrática¹⁷⁰.

Nada obstante as críticas fervorosas à atuação ativa do Poder Judiciário citadas *supra*, em que se enxerga em tal fenômeno uma veemente violação à separação dos Poderes, de outra banda, em análise notável do contexto jurídico-social brasileiro, os juristas Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa, procurando entender a causa do ativismo judicial, bem como a relação de tal fenômeno com a separação dos Poderes, identificaram pontos interessantes, a saber: atendo-se ao contexto de desigualdade e (in)justiça sociais do Brasil¹⁷¹ e, outrossim, ante à crise representativa que, segundo os referidos juristas, acomete o cenário político pátrio¹⁷², identificaram os mesmos que o Poder Judiciário acaba por representar certa esperança no imaginário social e sua importância se faz sentir¹⁷³. Entretanto, o contexto evidenciado pelos autores acaba por refletir no âmbito dos Poderes estatais, bem como no diálogo interinstitucional:

Ocorre que a complexidade [...] que marca os problemas sociais ultrapassa as possibilidades humanas de realizar a constante releitura dos institutos, a fim de que se possa verificar se a compreensão ainda atende aos renovados propósitos reservados ao Estado. Tal circunstância termina por ensejar entraves na relação entre os diversos órgãos, no exercício das funções estatais, com desdobramentos quase constantes em alegações de subtração da função de um pelo outro, de ilegítimo intervencionismo ou, daquilo que se costuma denominar a atuação do judiciário no campo da realização dos direitos a prestação, em que os outros poderes se distanciam dos comandos constitucionais: ativismo judicial¹⁷⁴.

Contudo, consignam os autores que, em que pese as críticas, considerando-se os cenários jurídico e social pátrios, não subsistem razões para “se adstringir à formulação estática da separação ou divisão das funções estatais”, para, por conseguinte, negar ou inviabilizar a materialização dos direitos garantidos pelo Texto Constitucional, sobretudo no

¹⁶⁸ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. *Op. cit.*, cit., p. 282.

¹⁶⁹ Na obra em questão, os julgados examinados, que, apesar de instigantes, não são objeto de análise no presente, foram as ADIs ns. 4947, 4963, 4965, 5020, 5028, 5130 e ADC 33. Cf. LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro, p. 273. In: **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, n. 1, pp. 263-289. Natal: ESMARN, 2017.

¹⁷⁰ LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. *Op. cit.*, cit., p. 283.

¹⁷¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. Sobre a essência da jurisdição constitucional e sua importância no desenvolvimento do estado democrático e republicano. In: **Revista jurídica luso-brasileira**, Ano 4, nº 4, pp. 1807-1839. – Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2018, pp. 1820-1826.

¹⁷² Veja-se – “Na verdade, no modelo democrático contemporâneo, especialmente o brasileiro, não é possível afirmar que o representante é a “expressão do Povo”, uma vez que é nas falsas promessas por melhores dias que grande parte da sociedade coloca as suas esperanças, as quais, no mais das vezes, sucumbem diante dos propósitos escusos que subjazem aos sorrisos largos, a projetar a subalterna condição de milhões de indivíduos ainda mais ao fundo do poço”. – PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Op. cit.*, pp. 1821.

¹⁷³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Op. cit.*, pp. 1827.

¹⁷⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Op. cit.*, cit., p. 1829.

que diz respeito aos direitos prestacionais imprescindíveis à vida dos jurisdicionados¹⁷⁵. Nesse sentido, assentam os autores, com primazia:

A preeminente atuação do Poder Judiciário, cada vez mais crescente no Estado contemporâneo, decorre justamente da alta conflitualidade que se instalou no campo social, deflagrada pela ausência do Ente político na figura dos órgãos tipicamente responsáveis pelas funções executiva e legislativa [...] Assim, se a atuação do Judiciário se pauta na correção de desvios perpetrados pelos Legislativo e Executivo, em homenagem ao seu papel no Estado constitucional, não há que se falar em violação do princípio, uma vez que em momento algum na história se legitimamente pretendeu ter na separação de poderes a fonte para permitir a atuação abusiva ou omissa de qualquer dos órgãos. O argumento de que o Judiciário, ao colmatar as lacunas deixadas pelo Legislador ou pelo Administrador, ou ao corrigir os desvios inconstitucionais de conduta, estaria usurpando funções que não lhe pertencem não resiste ao mais perfunctório exame do programa constitucional¹⁷⁶.

Por derradeiro, Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa aduzem que a separação dos Poderes, em sua concepção clássica, inevitavelmente roga por releitura, adequando-a ao contexto atual, entendendo os juristas precitados que “a atuação ativa do Poder Judiciário se mostra absolutamente necessária”, conquanto seja guiada pelos ditames constitucionais e, de igual modo, apreciada pelos outros Poderes, a fim de se asseverar “eventuais desvios e excessos”¹⁷⁷. Ainda, no que se refere à importância da atuação judicial afirmativa, em se tratando de hermenêutica constitucional, aduz Liane Tabarelli que, deve a atividade interpretativa “prestigar a concretude dos direitos fundamentais”, a fim de que “se aproxime da realidade e axiologia constitucional”¹⁷⁸, afirmando, ainda:

Entenda-se, ademais, que o Poder Judiciário, além de ser o poder constitucionalmente consagrado para a interpretação constitucional, é aquele que deve possuir imparcialidade ao realizar a prestação jurisdicional. Embora não esteja ele comprometido com interesses como porventura pode ocorrer com o Executivo e o Legislativo, deve, sim, haver uma atuação afirmativa das Cortes de Justiça, no sentido da promoção dos direitos fundamentais quando de sua atuação¹⁷⁹.

Ex positis, visto que a criticada (positiva e negativamente) atuação jurisdicional ativa, ao que parece, para a doutrina majoritária, trata-se de uma atuação legítima e constitucionalmente adequada, salvo excessos ou manifesta usurpação de competência. Destarte, passa-se, adiante, ao exame de um princípio que, em sede de constitucionalismo democrático, tende a legitimar (ainda mais) o *modus operandi* judicial em apreço.

3.4 O ativismo judicial e o princípio da vedação do retrocesso social

¹⁷⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Op. cit.*, cit., p. 1831.

¹⁷⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Op. cit.*, cit., pp. 1831-1832.

¹⁷⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Op. cit.*, cit., p. 1834.

¹⁷⁸ TABARELLI, Liane. A sustentabilidade ambiental como direito fundamental e os deveres anexos impostos aos contratantes em pactos agrários. In: BÜHRING, Marcia Andrea; FUHRMANN, Italo Roberto; TABARELLI, Liane (Orgs.). **Direitos fundamentais: direito ambiental e os novos direitos para o desenvolvimento socioeconômico**, pp. 64-85. – Caxias do Sul: Educs, 2018, cit., p. 68.

¹⁷⁹ TABARELLI, Liane. *Op. cit.*, cit., p. 70.

No presente subitem, examina-se o chamado princípio da vedação do retrocesso social (ou proibição do retrocesso social ou, ainda, do não retrocesso social) e sua relação com o contexto do ativismo judicial, legitimando-o (ainda mais) no que se refere ao compromisso do Poder Judiciário no que se refere à realização dos direitos fundamentais constantes do Texto Constitucional.

O princípio da proibição do retrocesso social, segundo Ingo Sarlet, tem origens na Alemanha e em Portugal, a partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais¹⁸⁰⁻¹⁸¹. Em que pese não estar o princípio sob comento explícito no Texto Constitucional brasileiro, trata-se o preceito de corolário do sistema jurídico-constitucional¹⁸²⁻¹⁸³, outrossim, segundo Ingo Sarlet, decorre da simples noção do Estado democrático e social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (*ex vi* do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988); do princípio da segurança jurídica¹⁸⁴, e, também, do princípio da proteção da confiança (na condição de elemento nuclear do Estado de Direito¹⁸⁵)¹⁸⁶.

Feitas breves considerações introdutórias no tocante preceito sob análise, passa-se à análise de seu conteúdo. Nesse sentido, salutar é o magistério de J.J. Gomes Canotilho, afirmando, sobre o princípio da vedação do retrocesso social, o sentido:

O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. [...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXII, pp. 239-289. – Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006, pp. 259-265.

¹⁸¹ Aponta, ainda, o referido autor, que uma importante base de tal princípio foi a decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, exarada no Acórdão nº 39, de 1984, que declarou a inconstitucionalidade de medidas normativas que reformaram o Sistema Nacional de Saúde de Portugal, em que vigorou o entendimento que o Estado, a partir da disponibilização de meios para fins prestacionais (no sentido da realização de direitos sociais), não pode indisponibilizá-los, aboli-los *a posteriori*; In: SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXII, pp. 239-289. – Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006, p. 260.

¹⁸² BÜHRING, Marcia Andrea. **Mobilidade, fronteiras & direito à saúde**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 160.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

¹⁸⁴ Pelo princípio da segurança jurídica, entende-se a ideia de garantia de estabilidade da ordem jurídica, um “governo das leis”, em que se viabiliza a garantia da estabilidade das relações jurídicas. Nesse sentido, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 442-443.

¹⁸⁵ Confira-se: “O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além de sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público [...] o respeito pela confiança depositadas pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, cit., p. 456.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXII, pp. 239-289. – Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006, pp. 268-271.

essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial¹⁸⁷.

Assim, de igual modo, considerando o contexto jurídico-constitucional pátrio, Luís Roberto Barroso afirma que, inobstante não estar expresso na Constituição de 1988, o princípio da vedação ao retrocesso social advoga que um ato legislativo posterior “não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição”¹⁸⁸. Ainda, afirma Barroso que pelo princípio em apreço, uma lei que regulamenta um mandamento constitucional, por conseguinte, institui um direito que passa a ser incorporado ao “patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido”¹⁸⁹.

Visto o que se entende pelo princípio da vedação ao retrocesso social, no âmbito prático, tem-se que o preceito em questão tende a legitimar (ainda mais) a atuação ativa do Judiciário. Basta a análise da decisão objeto do presente trabalho – *in casu*, o acórdão proferido no STA 175-AgR/CE – o Ministro Celso de Mello, em seu voto, ao enaltecer o papel compromissado do Supremo Tribunal Federal e a sua atuação (ativa) ao colmatar a omissão governamental, legitima esta atuação invocando justamente o princípio da vedação ao retrocesso social, afirmando, *ipsis litteris*:

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público. Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhor Presidente, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...] ¹⁹⁰.

Outrossim, em estudo recente, cuja publicação se deu em periódico do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, examinando a atuação jurisdicional ativa – no caso da obra, especificamente no âmbito do Direito Previdenciário – Peretti e Todero entendem justificado tal *modus operandi*, uma vez que o Poder Judiciário estaria atendendo ao princípio da proibição ao retrocesso social¹⁹¹, aduzindo que o preceito sob comento “deve ser sempre o objetivo e a ambição do legislador na elaboração das normas ou do Judiciário, que, inúmero vezes, é provocado a atuar no caso concreto como se legislador fosse”¹⁹². Destarte, vista a correlação entre o princípio da vedação ao retrocesso social e a atuação jurisdicional ativa –

¹⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, cit., pp. 338-340.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001, cit., p. 158.

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, cit., p. 158.

¹⁹⁰ STF. **STA 175-Agr/CE**. Relator: Gilmar Mendes, DJ: 30.04.2010, cit., pp. 59-60.

¹⁹¹ PERETTI, Marizete; TODERO, Itacir. Judicialização e ativismo judicial no direito previdenciário: proibição de retrocesso e segurança social. In: **Revista Controle**, Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, volume 16, número 1, pp. 190-211, 2018, pp. 205-206.

¹⁹² PERETTI, Marizete; TODERO, Itacir. *Op. cit.*, p. 207.

no caso, o primeiro como legitimador do segundo – passa-se, no próximo subitem, à análise decisória ativa proferida no STA 175-AgR/CE pelo STF e de sua legitimidade democrática, a partir do que foi visto até então no presente mister.

3.5 Ativismo judicial e a legitimidade democrática da decisão ativa proferida no STA 175-AgR/CE pelo STF

Por derradeiro, passa-se ao último subitem deste mister. No presente, faz-se análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento – datado de 17 de março de 2010 – do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, cuja recorrente era a União, com ênfase no exame do voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes¹⁹³.

No mesmo subitem, analisa-se o julgado a partir da ótica do ativismo judicial – o compreendendo como uma atuação jurisdicional ativa, consoante o que foi visto na pesquisa e, ainda, por reunir a decisão proferida circunstâncias comumente identificadas com o ativismo judicial, a saber: em suma, pleiteava-se que fosse provido, pelo Estado, medicamento de alto custo e que não era oferecido em políticas públicas. A União, que junto aos demais entes estatais, figurava no polo passivo alegava que, ao atender a demanda em questão, estaria o Poder Judiciário a violar o princípio da separação dos Poderes e, por tratar-se de tratamento caro o que fora pleiteado, a causar grave lesão às finanças e à saúde públicas, uma vez que a determinação do dispêndio da considerável importância para a aquisição do medicamento precitado, implicaria em deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador. Assim, ante as razões apresentadas, sobreleva-se o *decisum* aos patamares do ativismo judicial.

À época do julgado, o Ministro Gilmar Mendes presidia a Corte, tendo, em ocasião anterior, indeferido o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada formulado pela União contra acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF5, em julgamento do recurso de Apelação Cível nº 408729/CE, oriundo do Estado do Ceará. Tratava-se o caso sob comento, de demanda judicial por fornecimento de medicamentos (direito à saúde). O pleito, em seu exórdio, fora ajuizada em favor de Clarice Abreu de Castro Neves pelo Ministério Público Federal, tratando-se de uma Ação Civil Pública¹⁹⁴. Clarice, à época com 21 anos, portadora de doença neurodegenerativa rara denominada Niemann-Pick Tipo-C, pleiteava o fornecimento do medicamento Zavesca (*miglustat*), que, segundo relatórios médicos, era o mais indicado aos portadores da referida enfermidade, a fim de lhes proporcionar melhor qualidade de vida. A família de Clarice não possuía condições financeiras de arcar com o tratamento que, à época, fora orçada em R\$ 52.000,00 por mês. Ainda, à época do ajuizamento da ação por parte do Ministério Público Federal, o Zavesca não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por conseguinte, proibia-se sua comercialização no país e, de igual modo, o medicamento precitado não era fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

¹⁹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão. STF – STA 175-AgR/CR, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, Data de Julgamento: 17.03.2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30.04.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 26.02.2019.

¹⁹⁴ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Acórdão. TRF5 – AC 408729/CE (2006.81.00.003148-1), Rel.: Des. Federal Francisco Cavalcanti, Julg. 24.05.2007, Primeira Turma, Public.: 28.06.2007.

Inobstante, na data do julgamento do STA 175-Agr/CE, foi constatado pelo Ministro Relator Gilmar F. Mendes que o Zavesca já havia sido registrado na ANVISA¹⁹⁵.

Ao receber o pedido de suspensão de tutela antecipada que fora deferida pelo TRF5, em que se determinou que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o Zavesca à Clarice, o Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes indeferiu o pedido. Irresignada, a União interpôs agravo regimental da decisão, aduzindo que o *decisum* violava “o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS”, bem como desconsiderava “a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas”, caracterizando-se, no caso, indevida “interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas”. De igual modo, a União aduzia ser parte ilegítima a figurar no polo passivo da demanda e, ainda, que a decisão causava “grave lesão às finanças e à saúde públicas”, uma vez que se determinava “desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo”, o que implicaria, segundo a União, em “deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade do multiplicador”¹⁹⁶. Ante a importância e complexidade da questão, que envolvia o direito constitucional à saúde, o Min. Mendes convocou Audiência Pública¹⁹⁷ (da Audiência Pública – Saúde, ocorrida nos meses de abril e maio de 2009 no STF, participaram especialistas na temática da Saúde Pública, gestores públicos, magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil¹⁹⁸).

Ao início de seu voto, o Min. Gilmar Mendes teceu comentários acerca de lições doutrinárias que analisavam o âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde e seu aspecto prestacional, revisitando entendimentos dicotômicos acerca da atuação ativa do Judiciário relativamente à imposição de prestação material por parte do Estado, *in verbis*:

[...] se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. [...] Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. As sim, ao menos o "mínimo existencial" de cada um dos direitos - exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana - não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial¹⁹⁹.

Ato contínuo, o relator passou a discorrer acerca dos resultados obtidos na Audiência Pública que se realizara para, no desenvolvimento de seu voto, construir parâmetros para a decisão que tomaria e que, segundo ele, poderiam servir de base para futuras demandas judiciais semelhantes, assentando, de antemão, que: “o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”²⁰⁰, aduzindo:

¹⁹⁵ STF. STA 175-Agr/CE. Relator: Gilmar Mendes, DJ: 30.04.2010, pp. 1-4.

¹⁹⁶ STF. STA 175-Agr/CE. Relator: Gilmar Mendes, DJ: 30.04.2010, pp. 5-6.

¹⁹⁷ STF. STA 175-Agr/CE. Relator: Gilmar Mendes, DJ: 30.04.2010, p. 9.

¹⁹⁸ STF. STA 175-Agr/CE. Relator: Gilmar Mendes, DJ: 30.04.2010, p. 22.

¹⁹⁹ STF. STA 175-Agr/CE. Relator: Gilmar Mendes, DJ: 30.04.2010, cit., pp. 10-12.

²⁰⁰ STF. STA 175-Agr/CE. Relator: Gilmar Mendes, DJ: 30.04.2010, cit., p. 23.

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente²⁰¹⁻²⁰².

Prosseguindo, afirmou o relator que o “segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”, para hipóteses em que o SUS decide não prestar tratamento, entendendo que “inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão”, nessa esteira, assentou o Ministro que, via de regra, “deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”, todavia, isto não derroga a possibilidade do Judiciário ou, inclusive, da Administração Pública, entender que medida distinta à oferecida pelo SUS deve ser fornecida a alguém que, por circunstâncias particulares de seu organismo, não reaja positivamente ao tratamento fornecido pelo sistema público de saúde. Nada obstante, assentou o Ministro que há limite à possibilidade precitada, *in casu*: não pode o Estado ser coagido ao fornecimento de tratamentos experimentais, cuja eficácia não fora comprovada cientificamente²⁰³⁻²⁰⁴. Finalizando o voto, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, com base na jurisprudência do STF, aduziu que a determinação, por parte do Poder Judiciário, de implementação de políticas públicas, não fere o princípio da separação dos Poderes e, ainda, que, em matéria de saúde pública, é solidária a responsabilidade dos entes federados. De igual modo, assentou o Ministro que não há grave lesão à economia e à saúde públicas, uma vez que o alto custo do tratamento ou medicamento (devidamente registrado na ANVISA, no caso) não é óbice ao fornecimento por parte do Estado, por fim, negando provimento ao agravo regimental²⁰⁵. Não menos importante foi o voto do Min. Celso de Mello, que, em salutar trecho de sua manifestação, (re)afirmando a legitimidade democrática do Judiciário, aduziu o seguinte:

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tomar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão

²⁰¹ STF. **STA 175-Agr/CE**. Rel.: Gilmar Mendes, DJ: 30.04.2010, cit., p. 23.

²⁰² Inobstante, deve-se considerar, conforme o Min. Gilmar Mendes que, ante a inexistência da prestação de saúde no âmbito do SUS, ao decidir, “é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”; no que se refere a este último ponto, ressalta o referido Ministro que é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. In: STF. **STA 175-Agr/CE**, cit., p. 24.

²⁰³ STF. **STA 175-Agr/CE**, pp. 25-27.

²⁰⁴ Cf. “Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas [...] In: STF. **STA 175-Agr/CE**, cit., p. 28.

²⁰⁵ STF. **STA 175-Agr/CE**, pp. 29-35.

política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde²⁰⁶.

Ainda, referiu-se Celso de Mello, à primordial atuação ativa do STF que, tendo como missão institucional a guarda da “superioridade da Constituição da República”, deve honrar “o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais”²⁰⁷. Por fim, o Ministro Celso de Mello acompanhou o relator, assim como os demais pares; destarte, a Corte decidiu, à unanimidade, nos termos do voto de Mendes, em negar provimento ao agravo que movera a União, fazendo prevalecer o direito constitucional à saúde²⁰⁸.

O que se viu no julgamento *supra*, foi – inegavelmente – a defesa intransigente de um direito fundamental e, por conseguinte, da Constituição. Nesse quesito, ao impor que fosse prestado um direito social, a jurisdição constitucional, do ponto de vista teórico, agiu legitimamente, uma vez que – como “mecanismo de garantia institucional” dos ditames constitucionais – afirmou-se a Corte, consoante o magistério de Cláudio Ari Mello²⁰⁹, para quem, a partir de uma “visão compreensiva da democracia”, entende que “a tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional garante e reforça a legitimidade do regime democrático”²¹⁰, *pari passu*, foi o que sucedeu no julgamento do STA 175-Agr/CE. Ainda, complementa Cláudio Ari Mello, ao afirmar tratar-se de circunstância natural que, em respeito aos princípios e direitos fundamentais da Lei Maior, a jurisdição constitucional incorra em certo ativismo judicial²¹¹. Nesse sentido, assenta o autor precitado que a “proteção judicial dos princípios e direitos fundamentais é uma das *virtudes ativas* da jurisdição constitucional”²¹². Ainda sobre a legitimidade democrática da atuação ativa do Judiciário, assenta Barroso, *in verbis*:

[...] cortes como o Supremo Tribunal Federal passaram a desempenhar, simultaneamente, o papel contramajoritário tradicional, função representativa, pela qual atendem a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário. No desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não está autorizado a impor as suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história²¹³.

Ex positis, no que se refere a um suposto ativismo judicial evidenciado na decisão sob comento, o que se conclui, a partir das diversas (e, em grande parte, divergentes) lições doutrinárias colacionadas ao presente mister – aqui considerando e contrapondo as lições dicotômicas de Elival Silva Ramos (“uma disfunção no exercício da função jurisdicional”²¹⁴)

²⁰⁶ STF. STA 175-Agr/CE, cit., p. 42.

²⁰⁷ STF. STA 175-Agr/CE, cit., p. 47.

²⁰⁸ STF. STA 175-Agr/CE, p. 72.

²⁰⁹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 182-183.

²¹⁰ MELLO, Cláudio Ari. *Op. cit.*, cit., pp. 188-189.

²¹¹ MELLO, Cláudio Ari. *Op. cit.*, pp. 296-297.

²¹² MELLO, Cláudio Ari. *Op. cit.*, cit., p. 297.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, pp. 23-50. – v. 5, n. 2. Brasília: UniCEUB, 2015, cit., pp. 46-46.

²¹⁴ RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, cit., p. 109.

e Luís Roberto Barroso (“uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais públicas”²¹⁵) – entende-se que, a decisão (democraticamente legítima) proferida no STA 175-AgR/CE, se analisada por um viés teórico alicerçado no magistério Luís Roberto Barroso, pode ser considerada “ativa”/“ativista”; vista ao lume da lição de Elival Silva Ramos, ainda assim é questionável considerá-la “ativista”, conquanto – para efeitos das lições precitadas – o *decisum* sob exame tão somente concretizou um direito constitucionalmente previsto. Nesse sentido, inclusive na concepção de Lenio Streck – que se afirma como um crítico das formas de “ativismos”/“discricionariedades”²¹⁶ – entende que a postura substancialista e a defesa da realização material do Texto Constitucional não podem ser vistos como ativismo judicial²¹⁷ (daí o aparente problema terminológico mencionado no início do capítulo). Outrossim, nesta esteira, o referido autor inclusive sustenta a possibilidade de recorrer-se à jurisdição constitucional para realização de direitos fundamentais sociais e, até mesmo, de políticas públicas²¹⁸.

De igual modo, o Poder Judiciário, por vezes, quando exerce o múnus jurisdicional de forma ativa (ou compromissada?), é criticado, por se entender que estaria ele se imiscuindo no múnus dos demais Poderes, porém, tal circunstância é justificada, como visto neste capítulo, normativa e filosoficamente, pois, inclusive, o desenho constitucional brasileiro confere ao Poder Judiciário certa prerrogativa²¹⁹. Ainda, cumpre-se reiterar a lição de Luís Roberto Barroso, que assenta que os magistrados e os tribunais, quando fundamentam racionalmente suas decisões, em observância aos ditames constitucionais²²⁰, “ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo”²²¹.

Ex positis, conclui-se o capítulo, por tudo que nele foi visto, que – de fato – o que se convencionou chamar de ativismo judicial, consoante o magistério de Barroso, até então, “tem sido parte da solução, e não do problema”²²², uma vez que, conforme evidenciado *supra*, o dito ativismo judicial tem sido tão somente um atuar proativo do Poder Judiciário que, distante de uma violação a preceitos constitucionais e ameaça ao regime constitucional democrático, efetiva o Texto Constitucional e fortifica o Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo o mundo se deparado com o ápice do descaso histórico com os direitos mais básicos do ser humano no século XX, a partir das barbáries perpetradas pelo regime nazista, em que se assistiu ao extermínio dos que sequer tinham direitos, uma revisão teórica do papel das constituições foi desenvolvida, alçando a preocupação no que se referia ao respeito e tutela dos direitos fundamentais ao centro dos ordenamentos jurídicos europeus. De igual

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, cit., p. 22. In: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Ed. del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 262.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 262.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, pp. 119-126.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 25-26.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 26.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, cit., p. 25.

²²² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, cit., p. 32.

modo, como visto no presente trabalho, no berço do ativismo judicial, os Estados Unidos da América passaram por obscuro período em que sua Suprema Corte chancelou a segregação racial e invalidou leis sociais importantes, fazendo com que, naquele país, os teóricos desenvolvessem a percepção de um reconhecimento da eficácia plena e de aplicabilidade imediata da maior parte dos preceitos constitucionais. Na experiência brasileira, após longo período ditatorial, em processo de redemocratização, promulgou-se, em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, com amplo rol de direitos fundamentais e sociais que, por disposição expressa, têm aplicabilidade imediata.

O que se propôs com o presente trabalho, inicialmente, foi averiguar justamente o que se entende, a partir da análise doutrinária, por aplicabilidade imediata e por eficácia plena, o que restou afirmado, sem maiores objeções, restando claro que as disposições constitucionais definidoras de direitos fundamentais (que, conforme as lições mencionadas, não se tratam somente do rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas de uma plêiade de disposições dotadas de “fundamentalidade”) devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, quando provocado, mesmo que sem a *interpositio legislatoris*. Ao analisar a questão do eminentemente prestacional direito à saúde, não foi distinta a conclusão, visto, a partir das análises da teoria e prática jurídicas, que a prestação sob comento – além de exigir o implemento de políticas públicas e complementação legislativa por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, respectivamente – pode seguramente ser exigida judicialmente.

Evidentemente, conforme visto em lições doutrinárias, o Texto Constitucional “generoso”, ante o descaso e a inação dos Poderes Executivo e Legislativo, reclamou uma atuação ativa do Poder Judiciário, que foi desenvolvida em teoria e prática com o passar do tempo, deflagrando, inclusive, uma chamada “supremacia judicial”, que, inevitavelmente, passou a ser criticada, passando a tomar corpo o fenômeno do ativismo judicial. Nada obstante, a partir das análises feitas, em que pese a dificuldade de auferir um conceito unívoco para o fenômeno, haja vista as diversas e discrepantes lições sobre ele, concluiu-se por ativismo judicial uma atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário a fim de materializar o Texto Constitucional. Naturalmente, o entendimento em questão suscita inúmeras críticas, mormente ao contrapor o modo de atuação jurisdicional ao princípio da separação dos Poderes, porém, restou comprovado que tal *modus operandi*, não pode ser considerada uma real ameaça ao princípio da separação dos Poderes, entendendo-se que tal atuação é justificada, normativa e filosoficamente, pois, o desenho constitucional brasileiro confere ao Poder Judiciário ampla prerrogativa no que se refere à concretização dos ditames constitucionais fundamentais.

Por derradeiro, ao analisar a decisão proferida no STA 175-AgR/CE, ficou-se comprovada a legitimidade democrática da atuação da Corte, pois, o que se viu, foi tão somente uma atuação compromissada do STF que, tendo como missão institucional a guarda da Constituição, honrou o direito à saúde, fazendo cumprir um ditame constitucional. Como registrado anteriormente, convém consignar que o dito ativismo judicial, da forma como majoritariamente foi visto neste trabalho, tem sido um atuar proativo do Poder Judiciário que, distante de uma violação a preceitos constitucionais e ameaça ao regime constitucional democrático, efetiva o Texto Constitucional e fortifica o Estado Democrático de Direito.

Ante tudo o que foi visto no presente mister, a atuação jurisdicional no Brasil no que se refere a tutela de direitos sociais fundamentais, em que pese exija uma relativização da

concepção rígida do postulado da separação dos Poderes, porém em nada se despidendo de legitimidade, pauta-se pelo afã de concretizar o objetivo fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988), pelo respeito aos direitos (históricos) conquistados e positivados na Carta Magna e pelo anseio de materializá-la. Afastando-se de uma visão da Lei Maior como um mero documento político e sem qualquer força normativa, o Poder Judiciário, em vista dos diversos mandamentos constitucionais que preveem e, por conseguinte, legitimam uma atuação compromissada, cumpre sua função institucional da forma como desenhada pela Carta. Em não sendo atendidas as demandas sociais pelos demais Poderes, em vista de sua inação, não pode o Judiciário, sob o argumento de um respeito rigoroso à separação dos Poderes, quedar-se inerte, devendo ele, quando provocado, fazer jus a sua dignidade e ofício institucional e, *pari passu*, empenhar-se em consolidar os direitos fundamentais, pois, como visto no decorrer do presente trabalho, são eles dotados de aplicabilidade imediata e, outrossim, a vigência do regime democrático pressupõe a existência, o respeito e a realização de tais direitos fundamentais. Nesse sentido, tem o Poder Judiciário especial e essencial papel, ao resguardar garantias, realizar direitos e, em sendo o caso, impor coativamente o cumprimento do Texto Constitucional.

Desta feita, cumpre-se registrar que, ao cumprir e materializar a Constituição no que diz respeito aos ditames fundamentais, ascendendo-se, de certo modo, em detrimento dos demais Poderes da República, não está o Poder Judiciário incorrendo em espécie de “supremacia”, mas, sim, está o Texto Constitucional devidamente imperando e surtindo efeitos, como centro e fundamento da ordem jurídica nacional, evidenciando-se não uma supremacia judicial, mas a supremacia constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, pp. 23-50. – v. 5, n. 2. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3412/2685>>. Ac. em 10.02.2019.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21. – Rio de Janeiro: UERJ, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em 30.03.2019.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Revista Jurídica UNIJUS/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas**

Gerais, vol. 11, n.15, pp. 13-38. – Uberaba: UNIUBE, 2008. Disponível em: <<http://revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/view/1039/1216>>. Acesso em 03.05.2019.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, pp. 17-32. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=681&IDA=27551>>. Acesso em 02.09.2018.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, pp. 1-42. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em 02.09.2018.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 1ª reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. – Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02.09.2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 03.09.2018.

_____. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 05.04.2019.

BÜHRING, Marcia Andrea. **Mobilidade, fronteiras & direito à saúde**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BÜHRING, Marcia Andrea; FUHRMANN, Italo Roberto; TABARELLI, Liane (Orgs.). **Direitos fundamentais: direito ambiental e os novos direitos para o desenvolvimento socioeconômico**. – Caxias do Sul: Educs, 2018. Disponível em: <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em 13.05.2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. – Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** In: FELLET, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. pp. 475-498. Salvador: JusPodivm. 2011.

COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal anotada e explicada**. – 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DE PAULA, Daniel Giotti. Ainda existe separação de Poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. pp. 271-312. Salvador: JusPodivm. 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FELLET, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm. 2011.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**, trad. Ricardo Rodrigues Gama. – Campinas: Russell Editores, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. pp. 1445-1446. In: **California Law Review**, vol. 92.5, pp. 1441-1478. – Berkeley: University of California. 2004. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em 07.11.2018.

LEMONS JUNIOR, Eloy Pereira Lemos Junior; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Os parâmetros de ativismo judicial na conflituosa concessão de medicamentos de alto custo. In: **Cadernos do programa de pós-graduação em direito PPGDir./UFRGS**, vol. XIII, n. 1, pp. 204-235. – Porto Alegre: UFRGS, 2018. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/80244>>. Acesso em 26.03.2019.

LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro. In: **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, n. 1, pp. 263-289. Natal: ESMARN, 2017. Disponível em <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1064>. Acesso em 03.09.2018.

LINS, Litiane Cipriano Barbosa; ROSA, Marina de Almeida. **Manual de direito à saúde: para advocacia pública e privada**. – Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Baron de. O Espírito das Leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 02.05.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946**. Disponível em: <https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>. Acesso em 02.05.2019.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 134-168. – Brasília: UniCEUB, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. Sobre a essência da jurisdição constitucional e sua importância no desenvolvimento do estado democrático e republicano. In: **Revista jurídica luso-brasileira**, Ano 4, nº 4, pp. 1807-1839. – Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2018. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n4/177>>. Acesso em 02.05.2019.

PERETTI, Marizete; TODERO, Itacir. Judicialização e ativismo judicial no direito previdenciário: proibição de retrocesso e segurança social. In: **Revista Controle**, Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, vol. 16, n. 1, pp. 190-211, 2018. Disp. em: <<http://revistacontrole.ipc.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/443>>. Acesso em: 20.05.2019.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21.09.2018.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, pp. 123-158. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXXXII, pp. 239-289. – Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de

1988. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 67, pp. 125-172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre: TRF4, n. 24, 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 10.05.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia – separação de poderes e eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro: observatório do direito à saúde**. – Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. In: **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, n. 4, pp. 1644-1689, Rio de Janeiro: UERJ, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034>>. Acesso em 09.05.2019.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: FELLET, André; DE PAULA; Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**, pp. 73-113. Salvador: JusPodivm, 2011.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

SOUZA, Júlio César de; GOMES, Magno Federici. A judicialização na saúde e a fronteira entre o individual e o coletivo: considerações sobre o acesso ao sistema único de saúde sustentável, In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba: Centro Universitário UniBrasil, v. 24, n. 1, pp. 216-242, 2019. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/34>>. Acesso em: 10.05.2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e consenso**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa ; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, pp. 51-61. – v. 5, n. 2. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3412/2685>>. Ac. em 11.01.2019.

TABARELLI, Liane. A sustentabilidade ambiental como direito fundamental e os deveres anexos impostos aos contratantes em pactos agrários. In: BÜHRING, Marcia Andrea; FUHRMANN, Italo Roberto; TABARELLI, Liane (Orgs.). **Direitos fundamentais: direito ambiental e os novos direitos para o desenvolvimento socioeconômico**, pp. 64-85. – Caxias do Sul: Educus, 2018. Disponível em: <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em 13.05.2019.