

# O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

CEILA SALES DE ALMEIDA

**Resumo:** O ativismo judicial é a atuação proativa do Poder Judiciário visando entre outros fins a efetivação de direitos sociais fundamentais. Os direitos sociais são direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal e que em regra se concretizam por meio de políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo. No rol de direitos sociais, alguns direitos fazem parte do mínimo essencial indisponível, como o direito a saúde. Na ausência de concretização de políticas públicas essenciais, em especial o direito a saúde, o Poder Judiciário vem sendo provocado a se manifestar acerca da lesão a esse direito fundamental. A intervenção proativa do Judiciário na consecução de políticas públicas provoca argumentos favoráveis e contrários. Nesse interim o presente artigo visa aferir a legitimidade do ativismo judicial na consecução do direito fundamental à saúde.

**Palavras-chave:** ativismo; judiciário; saúde, efetividade, dignidade humana.

---

Ceila Sales de Almeida é Professora da Faculdade do Sul da Bahia (FASB). Especialista em Direito Processual Penal e Direito Constitucional.  
E-mail: ceilasales@hotmail.com.

## **I INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como escopo abordar o ativismo judicial e sua relevância para a efetivação dos direitos sociais fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e em especial o direito à saúde.

Os direitos fundamentais são direitos inerentes à condição de pessoa humana e, portanto imprescindíveis à garantia e efetivação da dignidade. Foi nesse mister que a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol desses direitos e garantias e alçou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais.

Com a tripartição dos poderes e a repartição de competências a Lei Maior criou um arcabouço de proteção e busca da efetivação da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte da concretização dos direitos fundamentais.

As desigualdades sociais e ausência de condições mínimas à efetivação de direitos fundamentais básicos, como saúde e educação básica, no entanto, é uma realidade na sociedade brasileira.

Nesse escopo o presente artigo visa aferir a atuação proativa do Poder Judiciário diante de pretensões que questionem a omissão do Estado na realização de políticas públicas essenciais à pessoa humana, avaliando a relevância dessa atuação na efetivação dos direitos sociais fundamentais, em especial os direitos à saúde.

## **2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Com escopo de melhor compreender o tema aqui abordado, qual seja, o ativismo judicial e a efetividade do direito fundamental à saúde, o presente capítulo irá discorrer sobre as características e dimensões dos direitos humanos fundamentais.

### **1.1 Características**

Os direitos fundamentais são um conjunto de direitos essenciais à efetivação da dignidade da pessoa humana e que se encon-

tram intrinsecamente ligados ao desenvolvimento histórico-social da humanidade.

Alguns doutrinadores distinguem as expressões: direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido preleciona Rafael Barreto:

A diferença entre as duas expressões reside no plano de positivação de direitos e, não, no conteúdo dos direitos, que muitas vezes são exatamente os mesmos.

A expressão “direitos humanos” é utilizada para se referir a direitos universalmente aceitos, positivados na ordem internacional, enquanto a expressão “direitos fundamentais” é utilizada para se referir a direitos positivados na ordem interna dos Estados. (2012, p. 24)

Nessa concepção direitos humanos são os direitos essenciais da pessoa humana positivados na ordem jurídica internacional enquanto que os direitos fundamentais são os direitos essenciais da pessoa humana positivados na ordem interna dos Estados através das Constituições.

Cumprе salientar que a distinção acima citada é meramente doutrinária, na prática é comum se utilizar as expressões como sinônimas, isso ocorre pela proximidade do conteúdo de suas matérias e pelo fato da proteção internacional de direitos humanos, ser uma realidade relativamente recente na história. A partir do conceito de direitos fundamentais é possível distinguir algumas de suas características a primeira delas é a historicidade.

Os direitos humanos vêm se construindo ao longo da história. Eles não surgiram a um só tempo, sendo fruto das evoluções e transformações que permeiam a humanidade, somando-se e formando um bloco único de direitos indispensáveis à pessoa humana.

Outra característica relevante dos direitos fundamentais é a inalienabilidade visto que esses direitos não são objeto de comércio, não havendo como uma pessoa transferir os seus direitos fundamentais a outrem.

Sobre a inalienabilidade Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes preceituam que:

Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra e venda, doação -, quer material, destruição material do bem. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente. (2011, p.164)

Esse catálogo essencial de direitos é ainda irrenunciável, pois se tratam de direitos inerentes à condição de pessoa humana sobre os quais não cabe renúncia.

Outra importante característica é a inviolabilidade, os direitos fundamentais da pessoa humana não podem ser violados sob pena de responsabilização. Essa característica decorre da importância desses direitos à pessoa humana.

Cumpra ainda ressaltar a característica de indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais. No decorrer da evolução histórico-social da humanidade um extenso rol de direitos vem se afirmando como essenciais à pessoa humana, embora esses direitos tenham características diferenciadas, de acordo com o momento histórico em que surgiram, não há divisão ou hierarquia entre eles.

Encontra-se aqui abordado apenas um rol exemplificativo de características dos direitos fundamentais eis que a doutrina apresenta muitas outras características o que decorre de sua concepção abrangente e transformadora.

## **1.2 Das dimensões de direitos humanos**

Como já abordado acima os direitos humanos fundamentais são históricos e representam o produto da evolução histórico-social da humanidade.

Para melhor compreensão da construção histórica dos direitos fundamentais a doutrina os divide em dimensões, sendo que cada dimensão apresenta um conjunto de direitos positivados em determinado momento histórico-social.

A primeira dimensão de direitos fundamentais apresenta os direitos civis e políticos. Direitos que em regra demandam uma

ação negativa do Estado no sentido de não intervir na esfera da liberdade dos indivíduos.

Oriundo do Estado Liberal, momento no qual as pessoas se voltavam contra o absolutismo monárquico, esses direitos solidificaram uma maior liberdade do indivíduo dentro do Estado.

Razão pela qual também são conhecidos como os direitos da “liberdade”. São formados por um conjunto de direitos civis e políticos que buscam afirmar a condição de liberdade dos indivíduos frente ao Estado. Sobre a 1ª dimensão de direitos fundamentais Pedro Lenza (2012, p.860) dispõe que “Os direitos humanos de 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal”.

A primeira dimensão de direitos fundamentais tem como marcos histórico a Revolução Gloriosa na Inglaterra em 1688 e a Revolução Francesa de 1789 que foram movimentos contra o absolutismo monárquico e em prol da criação do Estado Liberal.

Cumprе ressaltar que os direitos civis possuem como fundamento um não fazer por parte do Estado sendo que os direitos políticos possuem uma conotação mais positiva no sentido de exigiram uma atuação mais ativa do Estado para a sua efetivação. Sobre o tema afirma Rafael Barreto:

Os direitos políticos não exigem uma abstenção do Estado. Longe disso, eles investem as pessoas no direito de participar ativamente da vida política estatal, seja de maneira direta ou representativa.

Não se trata de reconhecer que as pessoas podem negar uma atuação estatal, mas de reconhecer que elas possuem direito de participar do processo político, se podendo afirmar que os direitos civis e políticos estão em diferentes planos na relação indivíduo e Estado, os primeiros no plano negativo e os segundo no plano de participação. (2012, p. 38).

Como se pode inferir da citação acima o doutrinador diferencia os planos de relação entre o indivíduo e o Estado no que se

refere aos direitos civis e políticos, estando os primeiros em um plano de relação negativa no sentido de que o Estado deve respeitar e não intervir ou violar a esfera de direitos individuais, já os direitos políticos requerem um atuação mais positiva por parte do Estado.

Importante ressaltar que não obstante a existência da diferenciação acima abordada entre direitos civis e políticos, eles são, em regra conceituados pela doutrina como direitos negativos oriundos de um não fazer por parte do Estado.

A segunda dimensão de direitos humanos fundamentais são os direitos sociais, econômicos e culturais, conjunto de direitos que buscam efetivar a igualdade social através de um conjunto de políticas públicas do Estado.

Diferente dos direitos de 1ª dimensão, a segunda dimensão é marcada pela necessidade de intervenção estatal visando reduzir as desigualdades sociais. Essa dimensão é fruto das revoluções burguesas socialistas do início do século XX que marcaram a positividade dos direitos sociais nas Constituições dos Estados.

Acerca do cenário histórico no qual eclodiu a reivindicação pelos direitos fundamentais de 2ª dimensão George Sarmento dispõe:

Com o término da primeira guerra mundial, a Europa encontrava-se exaurida e clamava por profundas mudanças políticas e econômicas. O liberalismo provocara, de um lado, a pobreza generalizada das classes trabalhadoras; do outro, a excessiva concentração de riquezas nas mãos de grupos detentores da maior fatia do capital circulante. Crescia assustadoramente as taxas de desemprego. A qualidade de vida degradava-se. O acesso da população aos bens de consumo era cada vez mais raro. As desigualdades acentuavam-se a olhos vistos. Todos esses fatos provocaram forte reação popular contra o modelo liberal em vigor. (2011, p.24)

Após a primeira guerra mundial a maioria dos países da Europa apresentava grandes desigualdades sociais, oriundas do modelo político implantado no Estado Liberal marcado pelo não intervencionismo.

Outros fatores históricos impulsionaram a crise na Europa do início do século XX, tais como a Revolução Industrial que levou

a migração de milhares de pessoas dos campos para as cidades em busca de trabalho, o excesso de oferta de mão de obra e ausência de intervenção estatal levou à exploração da classe trabalhadora, colaborando para o cenário de crise e desigualdades sociais.

Ao discorrer sobre os direitos de segunda dimensão Rafael Barreto dispõe:

Eles retratam um momento histórico no qual se reclamava a necessidade de o Estado intervir no domínio econômico e distribuir riqueza por via da prestação de determinados serviços essenciais, como saúde e educação, que não eram acessíveis a toda a população, mas somente àqueles que tinham condições econômicas. (2012, p. 40).

Nesse ínterim foi necessário chamar o Estado de volta para a sociedade através da intervenção e efetivação de políticas públicas. Surgem assim, à positivação dos direitos sociais, econômicos e culturais nas Constituições dos Estados, direitos esses, marcados por ações positivas do Estado.

Por seu turno os direitos de terceira dimensão surgem da consciência de positivação de direitos que pertençam a todos, direitos universais, sem um titular determinado, mas que são imprescindíveis para a vida humana em sociedade, são os direitos difusos, também chamados de direitos da fraternidade.

Sobre a 3ª dimensão de direitos fundamentais Pedro Lenza dispõe:

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para a proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois cadentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.

Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade. (2012, p. 862).

A terceira dimensão de direitos humanos nasce com a concepção da necessidade de proteção de direitos difusos e coletivos, surgindo assim uma nova esfera de proteção de direitos fundamentais em prol da coletividade ou de determinados grupos de pessoas.

A doutrina aponta ainda a quarta e quinta dimensão de direitos fundamentais, dimensões essas que estão em fase de construção e segundo Paulo Bonavides, seria o direito a democracia e o direito a paz. Outros autores apontam ainda a quarta dimensão como os direitos decorrentes da bioética e do biodireito.

### **3 DOS DIREITOS SOCIAIS**

Conforme abordado no capítulo anterior, os direitos sociais fazem parte da segunda dimensão de direitos fundamentais e se efetivam através de ações positivas do Estado.

A grave crise econômica que se abateu sobre a Europa no início do século XX foi mola propulsora ao surgimento das Revoluções Socialistas e à reivindicação pela positivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Direitos esses que visam diminuir as desigualdades sociais através da intervenção do Estado.

Nesse sentido Osvaldo Canela Júnior preleciona:

Os direitos fundamentais sociais foram concebidos para garantir a igualdade substancial de todos os membros da sociedade. O objetivo da satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais é o oferecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento a todos os integrantes da sociedade. Logo, esses bens da vida devem ser disponibilizados indistintamente, sem quaisquer privilégios particulares. Se o objetivo com os direitos sociais é a igualdade substancial, não é possível que se conceba a existência de titulares exclusivos daqueles direitos, ou de determinados segmentos da sociedade que exclusivamente deles se beneficiem. (2011, p. 144)

Conforme citado acima, a segunda dimensão de direitos sociais foi criada com o escopo de efetivar a igualdade substancial tratando desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Diante da grave crise social do Estado Liberal que causou grandes distorções entre as diversas camadas da população, no que se refere ao gozo de direitos sociais básicos tais como educação, saúde e moradia, se fez necessário a intervenção do Estado através da efetivação de políticas públicas de caráter social.

Ao discorrer sobre os direitos sociais Pedro Lenza preceitua que:

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da república Federativa do Brasil. (2012, p. 974)

Em matéria de direitos humanos e direitos fundamentais é mister a observância do princípio da indivisibilidade dos direitos, pois não basta a efetivação de um ou alguns deles é necessário que os direitos humanos fundamentais sejam efetivados em sua totalidade, só assim é possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Acerca da indivisibilidade dos direitos humanos o Pacto de São José da Costa Rica em seu preâmbulo dispõe:

Reiterando que, de acordo com a Declaração universal de Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal de ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos; (PREÂMBULO DO PACTO DE SÃO JOSÉ, 2014).

Os tratados Internacionais de Direitos Humanos, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica ratificado pelo Brasil em 1992, expressam de forma clara o caráter de indivisibilidade dos direitos humanos.

O ideal de ser humano livre e isento do temor e da miséria perpassa pela efetivação de todas as espécies de direitos fundamentais. Ademais não há que se falar em um Estado Democrático sem a

efetivação por parte do Estado, de um núcleo mínimo de políticas públicas, necessárias a efetivação da igualdade substancial, principalmente nos países em que os índices de desigualdades sociais são mais acirrados.

Sobre o tema Osvaldo Canela Júnior dispõe:

Democracia, portanto, é conceito obrigatoriamente anelado à efetiva proteção dos direitos fundamentais. Se o estado garante a liberdade dos cidadãos, mas não executa os atos materiais necessários para a consecução da igualdade substancial, não pode ser considerado realmente democrático. (2011, p. 51)

Ao instituir o Brasil como um Estado Democrático de Direito o texto constitucional deixa claro o compromisso do Estado brasileiro com a pessoa humana e, por conseguinte com a consecução de políticas públicas, relevante instrumento de efetivação da igualdade substancial.

Na Constituição Federal de 1988 os direitos sociais foram erigidos a direitos fundamentais e se encontram expressamente previstos no artigo 6º caput que dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nesse escopo a Lei Maior elenca um rol de direitos sociais fundamentais à consecução da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, eis que outros direitos sociais não previstos no artigo 6º podem ser incluídos, como direitos fundamentais sociais, o que decorre do caráter dinâmico desses direitos.

### **3.1 Do direito à saúde**

O direito à saúde é direito social fundamental à pessoa humana e também se encontra expressamente previsto no rol do artigo 6º - Dos Direitos Sociais – sendo regulado pelos artigos 196 a 200 da

Constituição Federal. Nesse ínterim, a Constituição dispõe em seu artigo 196:

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

A Lei Maior dispõe de forma clara que a saúde é um direito de todos e que deverá ser garantido mediante políticas sociais e econômicas.

Há um verdadeiro mandado constitucional para a efetivação do direito à saúde por parte do Estado, não restando dúvidas de que se trata de um direito imprescindível à pessoa humana e que, portanto deverá ter aplicabilidade imediata por parte do Estado.

Não obstante se tratar de uma norma de cunho principiológico, mister se faz a sua efetivação por parte do Estado, o que compreende uma atuação conjunta dos poderes em suas funções típica e atípicas visando empreender esforços para a garantia desse direito fundamental.

Ao discorrerem sobre o direito à saúde, Dirley da Cunha e Marcelo Novelino (2012, p.914) preceituam que

Por sua íntima ligação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não apenas entre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º) mas também no seletivo grupo de direitos que compõe o mínimo existencial.

Como se pode inferir da citação acima a saúde faz parte do chamado mínimo existencial, o que impõe a sua efetividade por parte dos poderes públicos, por se tratar de um direito imprescindível à vida e à dignidade da pessoa humana.

---

\* (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)).

## **4 O ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

O debate acerca da aplicação imediata do direito social à saúde pelos poderes do Estado e o ativismo judicial, perpassa pelo conceito de mínimo existencial e reserva do possível.

Nesse escopo o presente capítulo irá discorrer sobre os temas acima, bem como apresentar os atuais entendimentos do Supremo tribunal Federal e sua implicação com o instituto do ativismo judicial.

A aplicação imediata dos direitos sociais é tema que provoca acalorado debate na doutrina e jurisprudência com argumentos favoráveis e desfavoráveis à possibilidade de aplicação imediata dessa categoria de direitos fundamentais.

Os defensores da aplicação imediata se respaldam no mandamento constitucional previsto no artigo 5º, parágrafo primeiro que dispõe acerca da aplicação imediata sem fazer quaisquer reservas acerca da categoria de direitos, em observância ao princípio da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais.

Aqueles que defendem a não aplicação imediata justificam a impossibilidade financeira á efetivação de todos esses direitos por parte do Estado em nome do princípio da cláusula da reserva do possível.

E de maneira intermediária está os que defendem a aplicação imediata de determinados direitos sociais, pertencente ao chamado núcleo mínimo ético existencial, conjunto formado por direitos imprescindíveis à pessoa humana.

### **4.1 Do mínimo existencial**

Mínimo existencial é a terminologia dada pela doutrina ao conjunto de direitos fundamentais indispensáveis a existência da pessoa humana e que, portanto, devem ter precedência em relação a outros direitos fundamentais.

Dentro do extenso e diversificado rol de direitos fundamentais, alguns precedem a outros no que se refere ao seu caráter essencial para a vida humana, como por exemplo, o direito fundamental à saúde

de. Ao discorrer sobre a efetividade do núcleo essencial de direitos fundamentais Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino prelecionam:

É sabido que os direitos sociais vinculam o legislador infraconstitucional, exigindo deste um comportamento positivo para a concretização do desiderato constitucional, traduzido na regulamentação dos serviços e políticas públicas. Exigem, também, que, ao regulamentar tais direitos, o legislador o faça respeitando o denominado “núcleo essencial”, isto é, sem impor condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte sob pena de inconstitucionalidade. (2010, p.240)

Os direitos sociais são direitos fundamentais à pessoa humana e decorrem da predominância dada à dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, bem como, dos fins e objetivos fundamentais colimados pelo Estado, tais como a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade justa e solidária, objetivos que perpassam pela isonomia substancial.

O Estado assim assume o papel principal, através dos três poderes, na consecução de políticas públicas que visem diminuir as desigualdades sociais, garantindo aos mais carentes o acesso a direitos básicos.

A concretização dos direitos fundamentais, no entanto, em especial os direitos sociais, não podem se efetivar em sua plenitude, o que se justifica pela situação econômica e financeira dos Estados, fazendo surgir à necessidade de alocação de recursos em direitos mais essenciais à pessoa humana, levando ao surgimento da teoria do mínimo existencial. Ao discorrer sobre o conceito de mínimo existencial Daniel Sarmento preleciona:

O direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa. Opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais (2010, p. 416).

Nesse escopo a dimensão positiva do mínimo existencial visa à efetivação de direitos prestacionais essenciais à vida humana. Muito embora não exista um consenso acerca dos direitos que compõe esse rol essencial, doutrina e jurisprudência afirmam a inclusão dos direitos à saúde e a educação básica, o que encontra respaldo no próprio texto constitucional, como disposto em capítulo anterior.

Não obstante a relevância desses direitos à existência da pessoa humana, na realidade brasileira, esses direitos não são plenamente efetivados, conforme pode ser aferir através das inúmeras ações judiciais contra o Estado por omissão na efetivação de políticas públicas de saúde e educação básica, por exemplo.

Um dos argumentos utilizados pela administração pública para justificar o não cumprimento desses direitos é a cláusula da reserva do possível.

#### **4.2 Cláusula da Reserva do possível**

A cláusula da reserva do possível é um princípio que visa avaliar a efetivação dos direitos sociais por parte da administração Pública com base na sua possibilidade financeira para a concretização desses direitos.

Em seu contexto histórico, conforme preceitua Nathalia Masson (2013, p.225), a reserva do possível tem como origem um *leading case* julgado pelo Tribunal Federal Alemão, no qual estudantes não admitidos em escolas de Medicina questionavam a inconformidade entre a limitação ao número de vagas no ensino superior existente no país e o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã segundo a qual é direito de todos os alemães escolher livremente sua profissão, seu local de trabalho e seu centro de formação. Ao julgar o caso a Corte Alemã entendeu que o direito a prestação positiva por parte do Estado estava sujeito à reserva do possível, ou seja, aquilo que seria razoável para o indivíduo exigir.

Em sua origem a reserva do possível estava aliada ao princípio da razoabilidade, sendo que o Estado se obriga a realizar as

prestações de políticas públicas dentro de parâmetros de razoabilidade.

No Brasil, porém o princípio da reserva do possível está relacionado à existência ou não de recursos financeiros, como um limite a efetivação de políticas públicas por parte do Estado.

Os direitos sociais são direitos positivos que precisam, para sua efetivação, de uma atuação do Estado através de políticas públicas. Nesse diapasão o princípio da cláusula da reserva do possível alia essa concretização à existência de recursos financeiros e orçamentários disponíveis por parte da Administração Pública.

Sobre a cláusula da reserva do possível dispõe Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Essa cláusula, ou princípio implícito, tem como consequência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem, sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso é possível. É importante entender que esse princípio não significa um salvo conduto para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que “não existem recursos suficientes”. A não efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a impossibilidade financeira (ou econômica) de sua concretização pelo Estado.

A reserva do possível não pode ser utilizada como uma válvula de escape a permitir a não efetivação de um direito essencial à pessoa humana. O argumento da ausência de recursos financeiros por parte do Estado deve possuir fundamentos razoáveis que justifiquem a sua aplicação, dentro de uma escala hierárquica de interesses sociais.

Ao discorrer sobre a importância do orçamento à concretização dos direitos fundamentais Osvaldo Canela Júnior dispõe:

Do ponto de vista do Estado Social, o orçamento não pode ser óbice, a concepção dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização. A ausência de recursos, não é indicativo de que o direito fundamental social não poderá ser concedido, mas fator que determinará a redistribuição dos recursos existentes e a promoção das decisões políticas que elegerão os financiadores deste gasto público. (2011, p.108)

O Estado deverá, dentro de um critério de prioridades, eleger direitos essenciais que terão prioridade dentro do orçamento estatal. Não é juridicamente razoável que o Estado alegue ausência de recursos à efetivação dos direitos à saúde e educação, por exemplo, enquanto constrói estádios de futebol ou investe em outros interesses que não se mostram essenciais à dignidade da pessoa humana.

A doutrina e jurisprudência pátria buscam parâmetros à aplicação do princípio da reserva do possível por parte do Estado, visando limitar e impor critérios razoáveis a sua utilização, sob pena de se desvirtuar todo o arcabouço constitucional de proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Buscando apresentar uma teoria de delimitação a reserva do possível Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.287) dispõe acerca de sua tríplice dimensão, assim a efetividade de políticas públicas esta relacionada com a disponibilidade fática de recursos, disponibilidade jurídica que pressupõe uma prioridade na alocação de receitas e por fim a proporcionalidade da prestação, devendo esta se pautar pela razoabilidade.

A cláusula da reserva do possível permite um parâmetro de ponderação e prioridade de alocação de recursos por parte da administração pública na efetivação de políticas públicas, mas sua utilização não pode ocorrer de forma desproporcional.

Não obstante a relevância de direitos culturais e da prática desportiva, o Estado não pode argumentar não ter verbas para construção de hospitais públicos e possuí-las para a construção de estádios de futebol. Em uma escala de valores o direito a saúde deve prevalecer perante o direito ao esporte, até porque sem aquele (saúde) não se pode realizar este (esporte).

É nesse cenário de ausência de efetivação de direitos sociais essenciais à pessoa humana por parte do Estado, que vem crescendo a atuação proativa do Poder Judiciário.

### **4.3 Do ativismo judicial**

O ativismo judicial é uma forma de atuação proativa do poder judiciário visando efetivar os preceitos constitucionais.

A doutrina compreende três facetas do ativismo judicial a primeira realizada através alteração informal da Constituição por meio da interpretação, a segunda que ocorre na atuação mais dinâmica do juiz dentro do processo objetivando alcançar a verdade real e a terceira que se manifesta por meio de uma atuação proativa do poder judiciário visando à efetivação dos direitos sociais fundamentais.

É a terceira vertente do ativismo judicial que será abordada no presente artigo, a decorrente da atuação proativa do poder judiciário perante pretensões jurídicas que visem à efetivação dos direitos sociais, em especial os direitos sociais à saúde e educação.

A Constituição Federal de 1988, entre os direitos e garantias fundamentais, dispõe acerca da inafastabilidade da jurisdição, dispondo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Nesse escopo cabe ao Poder Judiciário apreciar as demandas que lhes são propostas visando resguardar os direitos dos jurisdicionados contra lesão ou ameaça a direito. Entre as demandas impetradas perante o Poder Judiciário, merece aqui destacar aquelas que dispõem acerca de lesões ou ameaças aos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, por omissão do Estado na efetivação de políticas públicas.

Ao apreciar essas demandas o Poder Judiciário brasileiro vem adotando uma atuação proativa na busca do cumprimento a esses direitos essenciais, por parte do Poder Executivo. Essa atuação, no entanto enfrenta críticas, entre elas a afirmação de que o ativismo judicial afronta o princípio da separação dos poderes.

#### *4.3.1 A separação dos poderes*

Entre os princípios fundamentais do Estado brasileiro, constitucionalmente positivados, se encontra o princípio da separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, poderes independentes e harmônicos entre si.

Esse princípio foi uma importante conquista dos Estados Democráticos e cria uma repartição de competências entre os po-

deres do Estado. Assim cada poder tem uma função precípua e outras funções não essenciais que visam equilibrar e fortalecer a tarefa de cumprimento dos objetivos e fins colimados pelo Estado.

Ao Poder Legislativo cabe precipuamente a elaboração das normas, ao Executivo a função precípua de Administração de Estado e de Governo por meio de efetivação de políticas públicas e ao Poder Judiciário é atribuída a função típica de dizer o direito no caso concreto através da apreciação das demandas que lhes são propostas.

Além da função típica os poderes realizam de forma secundária a função de outros poderes, como por exemplo, a atuação do Poder Judiciário na elaboração de normas de seu regimento interno ou na concessão de férias a seus servidores, funções respectivamente legislativa e executiva. Essa interseção entre os poderes é denominada sistema de freios e contrapesos e visa garantir maior efetividade e equilíbrio na atuação dos poderes.

Sobre a tripartição de poderes e o sistema de freios e contrapesos Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino prelecionam:

Esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante a previsão de interferências legítimas de um poder sobre o outro, nos limites admitidos na Constituição. Não se trata de subordinação de um poder a outro, mas, sim, de mecanismos limitadores específicos impostos pela própria constituição, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro. (2012, p. 414).

Com base no sistema de competências adotado no ordenamento jurídico brasileiro pode se afirmar que a atuação do Poder Judiciário, ao apreciar demandas acerca das omissões do Estado na efetivação de políticas públicas, desde que realizado dentro de parâmetros de ponderação e equilíbrio não viola a tripartição dos poderes.

Sobre o ativismo e a ofensa ao princípio de separação dos poderes Osvaldo Canela Júnior dispõe:

Não é possível a invocação do princípio da separação dos poderes para a apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social. Como

já ressaltado, o Poder judiciário, durante o exercício do controle de constitucionalidade, não interfere na esfera exclusiva de atribuição das demais formas de expressão do poder estatal, porque atua exclusivamente no âmbito jurisdicional.

Por outro lado, o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado, aos quais todas as formas de expressão do poder estatal estão vinculadas. (2011, p. 94).

Ao apreciar demandas buscando a efetivação dos direitos sociais fundamentais, em especial o direito a saúde e educação o Poder Judiciário está realizando a sua função precípua de dizer o direito diante da ocorrência de ameaça ou lesão.

Quando essa lesão se refere a direito fundamental, essa responsabilidade é ainda maior, mesmo que a parte demandada seja o Poder Executivo. Não é dado a nenhum poder descumprir os preceitos constitucionais, ao contrário devem estes, despender esforços para efetivá-los.

#### *4.3.2 Ativismo judicial e a efetivação do direito à saúde*

O Poder Judiciário assume no ordenamento jurídico brasileiro, um importante papel no auxílio à efetivação dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais essenciais.

Instado a se manifestar acerca das omissões do Estado na efetivação de políticas públicas essenciais à vida da pessoa humana, o Judiciário vem adotando uma atuação proativa no sentido de compelir o Poder Executivo ao cumprimento desses direitos.

Ao discorrer sobre a atuação do poder judiciário na consecução de políticas públicas Osvaldo Canela Júnior preceitua:

O que determina a atuação do poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, é a salvaguarda proativa do bem comum. E, nesse sentido, a tese substancialista afirma que a justiça constitucional deve assumir postura intervencionista. Não se trata de “judicialização da política” e das relações sociais, mas do cumpri-

mento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado social previsto na Constituição de 1988 (2011, p. 77).

A efetivação dos direitos sociais fundamentais é função de todos os poderes do Estado, pois se trata de objetivo fundamental do Estado Democrático Brasileiro conforme expressamente previsto na Constituição Federal de 1988.

O argumento de ilegitimidade do Poder Judiciário na busca da efetivação dos direitos sociais, não possui respaldo constitucional, eis que é tarefa precípua dos três poderes é a proteção dos preceitos constitucionais e a busca ao cumprimento dos fins e objetivos almejados pelo Estado.

Nesse sentido afirma Osvaldo Canela Júnior:

O pressuposto de atuação do poder judiciário é o de realização dos direitos fundamentais, por meio dos mecanismos processuais à sua disposição. Não poderá, por consequência, manter uma postura meramente contemplativa, sujeita às arbitrariedades dos demais poderes, de tal forma que, quando concitado, deverá o Poder Judiciário, na apreciação do direito fundamental violado pela omissão do estado, exercer conduta proativa e corretiva, desde que procedente o pedido. (2011, p.91)

A atuação proativa do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas, desde que pautada pela ponderação e razoabilidade, é tarefa indispensável à efetivação da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, principalmente diante dos graves problemas sociais que alcança a maioria da população brasileira com a ausência de direitos sociais básicos como saúde e educação básica.

Nessa seara a atuação do Poder Judiciário visando à efetivação de políticas públicas através da apreciação de demandas que questionem a omissão do Estado é manifestação legítima da função típica de dizer o direito no caso concreto diante de lesão ou ameaça de lesão.

Essa atuação proativa, no entanto deve se pautar por critérios de razoabilidade, pois se resta claro a função típica do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, essa atuação não deve se sobrepor a atuação dos demais poderes.

Ao discorrer sobre os riscos de um ativismo judicial excessivo Daniel Sarmiento preceitua:

Contudo, tais argumentos não devem nos levar ao ponto de negligenciar os riscos para a democracia representados por um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos sociais, que transforme o Poder Judiciário na principal agência de decisões sobre as políticas públicas e escolhas alocativas realizadas nessa seara. Todos eles comportam temperamentos, que nos conduzem a preferir um regime que se, por um lado, não nega ao Poder Judiciário um papel relevante na proteção dos direitos sociais, por outro, também não o converte à condição de protagonista neste campo. (2010, p.399)

A atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos sociais é imprescindível, principalmente através uma atuação proativa visando suprir lacunas e omissões na consecução desses direitos, porém não se deve deixar de avaliar que essa atuação não pode converter como bem preceitua Daniel Sarmiento, em uma atividade protagonista, mas sim como uma atuação complementar, objetivando contribuir para o equilíbrio da tripartição dos poderes.

No Judiciário brasileiro, e em especial no Supremo Tribunal Federal, a posição favorável á efetivação do direito social à saúde vem se firmando.

Nesse sentido segue julgado do STF acerca do direito à saúde de um portador do vírus HIV:

**E M E N T A:** PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art.

196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator: CELSO DE MELLO. DJ 24-11-2000)

Como se pode inferir do julgado acima, a Suprema Corte entende ser o direito à saúde uma consequência indissociável do direito à vida o que justifica sua plena efetivação por parte dos poderes públicos sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

O caráter programático das normas que asseguram os direitos sociais não as converte em meras promessas, mas em objetivos fundamentais, cuja concretização deve ser tarefa precípua dos Poderes do Estado.

Nesse mister cabe ao Poder Judiciário em sua função jurisdicional zelar pela concretização do direito fundamental à saúde, sempre que diante do caso concreto, se restar provado a omissão do Estado em seu dever constitucional de garantia e efetivação do direito à saúde.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como escopo abordar o ativismo judicial e sua relevância na efetivação do direito fundamental social à saúde.

Os direitos fundamentais são um conjunto de direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, positivados na ordem jurídica

constitucional dos Estados. Para facilitar a compreensão das características e especificidades desses direitos, a doutrina os divide em dimensões ou gerações. A primeira dimensão de direitos fundamentais são os direitos civis e políticos, direitos que em regra, se efetivam por um não fazer do Estado, através do respeito às liberdades individuais. A segunda dimensão apresenta os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos positivos que se efetivam por meio de políticas públicas. A terceira dimensão por seu turno é formada pelos direitos difusos e coletivos que se caracterizam pelo seu caráter de solidariedade.

Os direitos sociais são direitos de segunda dimensão que se efetivam em regra, por meio de ações positivas do Estado, na realização de políticas públicas. Essa intervenção proativa do Estado visa consubstanciar a isonomia material diminuindo a desigualdade social. Entre os direitos sociais merece destaque o direito a saúde, direito imprescindível à vida humana e que pelo seu caráter de essencialidade é positivado de forma expressa no texto constitucional como um dever do Estado.

Muito embora exista previsão expressa acerca do dever do Estado na efetivação do direito à saúde pública e universal, é grande o número de demandas que chegam ao Poder Judiciário questionando a omissão do Estado na efetivação a esses direitos. Na apreciação a essas demandas o Poder Judiciário brasileiro vem adotando uma atuação proativa visando a efetivação por parte do Poder Executivo das políticas públicas essenciais, em especial em matéria de saúde.

A saúde faz parte do núcleo mínimo de direitos fundamentais, indispensáveis à vida do ser humano e que, portanto deve ter prevalência na alocação dos recursos orçamentários. Nessa seara o Poder Judiciário em diversas decisões vem se pautando pela busca de efetivação dos direitos fundamentais essenciais, e em especial o direito à saúde.

A atuação proativa do Poder Judiciário, denominada de ativismo judicial sofre críticas por vários setores da sociedade, entre elas está o argumento de violação a separação dos poderes, que ocorre através da intervenção e usurpação de competências das funções dos poderes executivo e legislativo. Para os críticos do ativismo

judicial falta ao Poder Judiciário legitimidade para agir na efetivação de políticas públicas, por se tratar de um órgão que não foi eleito para representar o povo.

Como contra argumento a essa crítica, no entanto, está o fato de que a atuação do Poder Judiciário tem respaldo constitucional no princípio da inafastabilidade da jurisdição, na função precípua de proteção e tutela dos direitos fundamentais e na busca pela efetivação dos fins e objetivos colimados pela Constituição Federal.

Diante do acima exposto pode se inferir que a atuação proativa do Poder Judiciário visando a efetivação dos direitos fundamentais sociais, e em especial o direito à saúde, é função legítima do Poder judiciário, prevista Constitucionalmente e imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 ao erigir a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado deixa claro o papel central da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro. Todas as decisões políticas do Estado devem ter por fim maior o respeito e a tutela aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Importante ressaltar que há diferença entre os direitos de primeira e segunda dimensão, principalmente no que se refere à efetivação desses direitos, haja vista os direitos de segunda dimensão, em especial os direitos sociais precisarem de recursos para a sua concretização, isso não significa que esses direitos não devam ser plenamente efetivados pelo Estado. A legislação nacional e internacional de direitos humanos é clara ao dispor que os Estados devem utilizar até o máximo de recursos disponíveis visando à plena efetividade dos direitos fundamentais.

A proteção e efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro assume uma função relevante diante da desigualdade social. Falta à maioria da população brasileira, direitos sociais mínimos, como acesso a educação básica, moradia e saúde. O direito a saúde que se apresenta como um direito imprescindível à vida da pessoa humana, não é concretizado em sua plenitude na maioria das cidades brasileiras, deixando clara a omissão do Estado na tutela a esse direito fundamental.

Nesse mister a atuação proativa do Poder Judiciário tem se apresentado como indispensável á tutela desse e de outros direitos essenciais à pessoa humana. É dever do Judiciário a proteção aos direitos fundamentais e busca de efetivação dos preceitos constitucionais, em especial a tutela à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado.

Cumpra salientar que essa atuação deve se pautar pela razoabilidade, pois o Poder Judiciário não pode ser protagonista na tarefa de efetivação de políticas públicas, mas sim possuir uma atuação complementar ao Poder Executivo e Legislativo, que não podem se abster de efetivar os direitos fundamentais do Estado e em especial o direito á saúde que possui caráter essencial.

Assim diante de pretensões que questionem a omissão do Poder Executivo na efetivação de políticas públicas tem o Poder Judiciário o dever de agir buscando apreciar e dizer o direito no caso concreto com o escopo de garantir a plena efetivação dos direitos fundamentais, e em especial o direito à saúde, direito imprescindível para a diminuição das desigualdades sociais e a efetivação da dignidade da pessoa humana.

A atuação proativa do Poder Judiciário tem se apresentado como um caminho legítimo em busca dos fins colimados pelo Estado, o problema não está na intensa atuação do Judiciário, mas na omissão do Executivo na efetivação das políticas públicas essenciais. A ausência de recursos orçamentários não justifica a omissão, mas apenas impõe a necessidade de revisão na alocação de recursos. Se os recursos são escassos, estes devem ser utilizados em uma hierarquia de valores na qual os direitos mais essenciais prevalecem em relação aos direitos menos essenciais.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito fundado na pessoa humana que tem como um de seus objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, nesse cenário todos os poderes do Estado devem empreender esforços para alcançar os fins colimados pelo Estado, em uma tarefa contínua de busca pela igualdade social e respeito à pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luiz Roberto. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: lumen juris. 2011.
- BARRETO, R. **Direitos Humanos**. 2. ed. Salvador: juspodivm. 2012.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves. **Direito Constitucional**. Salvador: juspodivm. 2011.
- BRASIL, Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em: 20/05/2014.
- BRASIL, Presidência da República. **Decreto de promulgação á Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em:<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/.../and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/.../and678-92.pdf)>.Acessada em: 22/05/2014.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 271286 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ. 24/11/2000.
- CANELA, O. J. **Controle Judicial de políticas públicas**. SP: Saraiva. 2011.
- CUNHA, Dirley. NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal: para concursos**. Salvador: juspodivm. 2012.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: saraiva. 2011.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: método. 2012.
- MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm. 2013.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: saraiva. 2011.
- NALINI, José Renato. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: *juspodivm*. 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang, SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. RJ: lumen juris. 2011.
- SARMENTO, George. **Direito Humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva. 2011.