

O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

*Evandro Xavier de Almeida¹
Adriane Medianeira Toaldo²
Bruna Carolina Mariano³*

RESUMO: A CF/88 assegura a todos os cidadãos uma grande diversidade de direitos, que devem ser prestados inteiramente pelo ordenamento jurídico. Em decorrência da morosidade e da omissão dos demais poderes, o Judiciário está, cada vez mais, sendo invocado como mecanismo de garantia e efetivação dos direitos omissos. Essa prática é um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, de modo que o Judiciário possa defender os direitos dos cidadãos, não raras vezes tendo seus direitos omitidos por parte da administração pública. Desse modo, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e preceitos constitucionais, com maior interferência no âmbito de atuação dos outros dois Poderes. O ativismo judicial tem um papel ainda mais importante no tocante a um dos principais direitos dos cidadãos: o direito à saúde visto o mesmo ser negligenciado, na maioria das vezes pela administração pública. Temos assim, um sistema judicial que atua proativamente como mecanismo de garantia da saúde, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social. A relevância desse artigo constitui em compreender o sistema do ativismo judicial a partir de uma análise da fundamentação teórica, percebendo que, de maneira soberana, o Judiciário se torna hábil de garantir e efetivar o direito à saúde dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Direito à Saúde; Instrumento de Garantia.

ABSTRACT: The CF/88 ensures all citizens a wide range of rights, which must be provided entirely by the legal system. Due to the length and the omission of the other branches, the judiciary is increasingly being invoked as a mechanism for ensuring interpreting the Constitution, expanding its meaning and scope, so that the judiciary can uphold the rights of citizens, often having omitted their rights by the government. Thus, the idea of judicial activism is associated with a greater and more intensive involvement of the judiciary in achieving the values and constitutional principles, with greater interference in the sphere of action of the two other branches. The judicial activism has an even more important role in respect of one of the main rights of citizens: the right to health since it be overlooked, mostly by government. Thus we have a judicial system that acts proactively as a mechanism for ensuring health; we should have done this spontaneously social benefit. The relevance of this article is to understand the system of judicial activism from an analysis of the theoretical basis,

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Luterana no Brasil – ULBRA - Campus Santa Maria, RS, evandro_x_almeida@hotmail.com.

² Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, UNISC. Professora da Universidade Luterana do Brasil, ULBRA – Campus Santa Maria. Advogada. Integrante do grupo de pesquisa Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo professor Pós-Doutor Ricardo Hermany do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da UNISC. adrianetoaldo@terra.com.br.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Luterana no Brasil – ULBRA - Campus Santa Maria, RS, bruna131@yahoo.com.br.

realizing that, in a sovereign manner, the judiciary becomes able to secure and carry the right to health of citizens.

KEYWORDS: Judicial Activism; Right to Health; Guarantee Instrument.

INTRODUÇÃO

O nosso ordenamento jurídico atual é constituído pelo regime Presidencialista, por meio do qual vigora um princípio basilar, qual seja, o da separação de poderes, de modo que estes: Legislativo, Executivo e Judiciário, sejam independentes e harmônicos entre si. Dessa forma, cada um tem sua autonomia e autoridade para atuar de maneira soberana, de modo que não haja intervenção de um sobre o outro. Destaca-se que o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

Devido à negligência por parte do Executivo, do Legislativo e da própria administração pública, o Poder Judiciário, tem, cada vez mais sido chamado para fazer garantir e aplicar direitos de competência daqueles. Essa atuação ferrenha do Judiciário em fazer cumprir o que está disposto na Constituição Federal de 1988 é o que chamamos de ativismo judicial. “O ativismo judicial se caracteriza por um modo proativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais”. (SILVA, 2013, p. 1).

É importante ressaltar o papel do ativismo judicial no direito à saúde, visto a administração pública não cumprir seu dever de garantir o referido direito. O direito à saúde pública encontra-se positivado na Constituição Federal expressamente nos artigos 6º e 196, sendo um direito social e fundamental, e, portanto, um dever do Estado. A saúde é inerente aos ser humano, bem como à sua vida com dignidade, concretizando assim o direito fundamental e social. A saúde é um direito de todo o cidadão cabendo ao Estado o dever de garantir e efetivar por meio de políticas públicas, sociais e econômicas, com o intuito de minimizar doenças, agravos e principalmente prevenindo a sociedade por meio da informação e da educação.

Ocorre que o texto sobre a saúde não passa de mera ilusão, isto porque a administração pública se omite do dever de garantir e efetivar o referido direito, fazendo com que o mesmo seja reduzido à condição de mero conceito. O setor administrativo, agindo de maneira omissa, cria dificuldades para a prestação do

serviço à saúde, impedindo os cidadãos de terem acesso a um direito fundamental. A par dessa atitude da administração pública, o Judiciário há de ser invocado para intervir e garantir a aplicabilidade do referido direito fundamental. Pretende-se, assim, com o presente ensaio, demonstrar que o Judiciário age proativamente para garantir o direito à saúde, previsto no texto constitucional e, por conseguinte, forma de efetivação das políticas públicas de saúde.

1 ESTADO, DIREITO E SOCIEDADE: NOVAS PERSPECTIVAS

A sociedade evoluiu e com ela também evoluíram as necessidades e os direitos fundamentais do cidadão, o qual postula a efetivação destes às portas do judiciário. O Direito moderno é fruto de uma cultura a qual está inserida em um contexto histórico, social e ideológico que acaba por influenciar diretamente na sua produção. Os princípios e valores do sistema jurídico brasileiro informam e formam a atividade jurisdicional de modo a assegurar a realização do objetivo principal desta, qual seja a pacificação social com justiça e celeridade.

No Estado Liberal positivista, o Estado era uma República, sendo regido por dois princípios fundamentais: primeiro, o princípio da distribuição, embasado no princípio da liberdade, sendo o homem fundador e fundamento do Estado. A liberdade do particular estava em fazer tudo o que não era proibido e a liberdade do Estado se encontrava em fazer apenas o que a lei permitisse. O segundo princípio, que conduziria o Estado Liberal, era o da organização, o qual, por sua vez, deu origem ao princípio da separação dos poderes, promovendo uma especialização das funções estatais.

Nesse contexto surgem, no modelo de Estado Liberal, os direitos de primeira geração, baseados no princípio da liberdade, os quais guardam relação com os direitos e as liberdades individuais, quais sejam: o direito à vida, a liberdade política, o direito de asilo, o direito de propriedade, etc. Ocorre que, o modelo de justiça liberal não era mais suficiente para dar conta dos anseios de uma sociedade complexa, multicultural e com bases eminentemente democráticas. Nasce então, o modelo de Estado Social, os direitos de segunda geração, fundados no princípio da igualdade por via do reconhecimento de direitos de caráter coletivo, com ênfase nos

direitos econômicos, sociais e culturais (o direito à educação, à saúde, à seguridade social).

Porém, esse modelo de gestão sobrecarregou o Estado, levando-o a uma nova crise que deu origem ao Estado de Direito, um programa de ação para governantes e governados, adquirindo caráter eminentemente político. O povo, cansado de esperar pelas mudanças programáticas do Estado de Direito, abre caminho para o Estado Democrático de Direito, que nasceu para atuar como gestor público, provendo de forma concreta os objetivos, finalidades e princípios definidos na Constituição. Nesse novo Estado, a norma constitucional é uma das principais bases da democracia, que visa contemplar esse atual momento social e as múltiplas formas de produção do Direito.

Um aumento nas demandas gera um déficit de efetivação de direitos fundamentais, obrigando os três Poderes estatais a dar uma resposta socialmente

satisfatória a elas. Cada um dos três Poderes responde de acordo com suas possibilidades: o legislativo amplia o controle e apreciação política do poder executivo, bem como reduz sua atividade de legislar; o executivo efetua investimentos preventivos, curativos e compensatórios frente aos problemas sociais por meio das políticas públicas; e o judiciário avança em direção à comunidade, além de desenvolver ações concretizadoras de direitos, tais como saúde, educação, trabalho e segurança, os quais não recebem a devida atenção dos outros poderes estatais, embora previstos no sistema jurídico pátrio.

Assim, uma postura ativista do Poder Judiciário, sob uma visão positiva do ativismo judicial, passa a ser necessária e imprescindível para permitir uma efetiva garantia dos direitos fundamentais do cidadão. “O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso”. (VERBICARO, 2012, p. 17).

Com os direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional e a ampliação e a facilitação do acesso à justiça, a população que, até então, era excluída de qualquer mecanismo de poder, e ante a omissão dos poderes para efetivá-los, passou a exigir que o Judiciário se manifestasse a fim de ver garantidos

aqueles direitos assegurados pelo poder constituinte. É neste cenário que começam aparecer as primeiras manifestações do novo neoconstitucionalismo, surgindo, no Brasil, a denominada judicialização da política e o ativismo judicial.

2 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO

Há uma grande proximidade entre a judicialização e o ativismo judicial, porém o primeiro, no Brasil, se refere a “uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”. (BARROSO, 2009, p. 6). Já o ativismo judicial se caracteriza pela “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. (BARROSO, 2009, p. 6). O ativismo surge dentro de um quadro imóvel dos demais poderes (legislativo e executivo) aos clamores sociais; ele nasce das demandas democráticas do povo não satisfeitas.

O ativismo judicial caracteriza um comportamento, atitude ou decisão da magistratura visando à revisão de questões e temas de competência, a princípio de outras instituições ou poderes. A judicialização da política configura a condições jurídicas, políticas e institucionais mais amplas e estruturais que favorecem a transferência do poder decisório legislativo-executivo para o judiciário.

Na adesão da postura ativista, o juiz atua de modo progressista em relação ao reconhecimento, garantia e promoção dos direitos fundamentais. O ativismo judicial propõe que o tribunal aceite as orientações das cláusulas constitucionais vagas (direitos fundamentais e princípios constitucionais). O tribunal assume uma postura política e é beneficiado com o texto Constitucional, que permitiu maior liberdade de interpretar a legislação, preenchendo as lacunas e as omissões legislativas. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes, ao se manifestar acerca da possibilidade do Supremo preencher as lacunas e omissões da legislação infraconstitucional foi categórico ao afirmar que o agir do tribunal “Não é por razões ideológicas ou pressão popular. É porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à corte poderes mais amplos.” demonstrando como a questão se coloca na atualidade. (MENDES, 2008, p. 13).

Deve-se reconhecer que a atitude proativa de realce é algo que vem sendo edificado na maneira como a corte mais alta do país vem se envolvendo em

assuntos anteriormente repelidos do controle judicial, por conterem temas políticos. Esta postura, contudo, decorre de uma mudança na forma como o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando em temas polêmicos e de complexidade, que, muitas vezes, são levados a segundo plano pelo Legislativo.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 6).

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, conforme se extrai das palavras de Barroso:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 6).

Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2009, p. 7).

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. O movimento entre as duas posições costuma oscilar e pode variar em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes.

Com a finalidade de “compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão” (WERNECK VIANNA, 1999, p. 51), o judiciário acaba por judicializar a política no Brasil. O Direito tem invadido todas as relações e o aplicador (Poder Judiciário) acaba sendo chamado a intervir a

todo o momento, isso porque o Direito no mundo contemporâneo tem alcançado todas as relações sociais. Mesmo as práticas sociais de natureza tipicamente privadas, como o ambiente familiar, têm intervenção estatal.

O reconhecimento dos direitos individuais e sociais e a defesa destes direitos, com a ampliação do acesso à justiça, contemplou uma nova dinâmica ao judiciário, como guardião dos direitos da sociedade, o juiz se tornou um protagonista direto da questão social. Assim a judicialização é um resultado do modelo de Constituição que se adotou, bem como, de mudanças institucionais que possibilitaram ao cidadão a busca por seus direitos no universo judicial.

Pode-se afirmar que muitos são os motivos da judicialização das relações no Brasil, o que tem conduzido milhões de demandas ao Judiciário, talvez, pela complexidade do mundo moderno e sua sociedade de massa, bem como o amplo acesso ao sistema de justiça, têm levado praticamente todas as questões ao Poder Judiciário, que se vê sobrecarregado, assumindo as funções dos outros Poderes, enquanto busca a pacificação social, sua função tradicional.

3 ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À SAÚDE

Como já foi visto anteriormente, o ativismo se caracteriza como um comportamento, uma atitude criativa do direito, aproximando a atividade judicial do agir legislativo. Ele decorre de uma interpretação das normas e princípios constitucionais de forma a ampliar sua aplicabilidade a situações não previstas pelo ordenamento jurídico, onde a Corte extrapola o alcance da norma jurídica para englobar situações precedentes não reguladas. Sendo uma marca do moderno conceito de Constituição e representa uma importante inovação no sentido da consolidação da democracia.

O ativismo pode ser praticado em duas situações, no exercício da prestação jurisdicional (por meio dos atos processuais) e no exercício diário do magistrado em manifestações extrajudiciais, tais como discursos, entrevistas e pronunciamentos extraprocessuais. Uma construção ativista estabelece uma obrigação além dos limites definidos pela legislação processual. O ativismo judicial, associado ao controle de políticas públicas de saúde, deve ser prestado da melhor maneira possível, e de preferência respeitando e atacando o planejamento do gestor público, e assim corrigir as omissões e falhas da Administração Pública.

Segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde, a saúde não é a mera ausência de doenças ou enfermidades, mas o estado de completo bem-estar físico, mental e social. (CWHO, 2011, p.1). Sua promoção não se esgota nas prestações de saúde, a depender de políticas públicas associadas a outros campos da atuação estatal, como aquelas necessárias à conquista de paz, moradia, educação, alimentação, ecossistema saudável, entre tantos outros. Logo o direito à saúde tem menos a ver com o campo regional da saúde e mais a ver com o campo global da sociedade.

É possível dizer que o ativismo alcança um ponto de destaque relevante no cenário político e nacional, se percebe que os institutos são parte integrante da realidade nacional, notadamente quanto ao direito à saúde, que integra como um direito fundamental social que se relaciona à dignidade da pessoa humana, mas que na realização prática, necessita do planejamento e alocação de recursos públicos. Desse modo o ativismo no direito à saúde é uma realidade que se traduz nas determinações quanto à entrega de medicamentos não constantes das listas oficiais, a realização de cirurgias e outros tratamentos médicos, sendo uma tentativa de encontrar um mecanismo de equalização do sistema.

A Constituição Federal, conhecida também por Constituição Cidadã, ao reconhecer direitos inerentes ao indivíduo e ter como norteadora o princípio da dignidade da pessoa humana, garante um rol de direitos individuais e sociais que tem como alvo a garantia deste princípio. Entre esses direitos está o direito à saúde que se encontra expresso nos artigos 196 ao 200 da Lei Fundamental, que determinam, entre outras coisas, como devem ser coordenados os serviços de saúde; a distribuição dos recursos; a definição do Sistema Único e os sistemas privados de saúde complementar.

O sistema de saúde, inaugurado pela Constituição de 1988, é mais amplo do que os existentes em textos constitucionais anteriores. A ideia de saúde no Brasil pré 88 não incluía o conceito de universalidade, deixando a assistência médica, para determinados grupos, sob o apoio da caridade. Os institutos de saúde se caracterizavam como serviços de saúde pública oferecidos aos trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência. (BARROSO, 2008, p. 27). O pós 88 é caracterizado pela opção do sistema único que tem por objetivo o atendimento a toda a população, tendo como diretrizes organizativas “a descentralização, como comando único em cada esfera governamental; a integralidade do atendimento e

participação da comunidade”. (FIGUEIREDO, 2007, p. 97), bem como permite a parceira com os regimes privados de saúde.

Esse modelo qualifica o acesso integral ao direito à saúde, como forma de garantir o pleno respeito a uma vida digna. Neste contexto a ideia de amplitude do acesso terminou por gerar distorções no sistema financeiro do Estado, criando um sistema público padrão, mas de baixa qualidade e direcionando as classes mais favorecidas aos planos privados, com mais qualidade no atendimento, bem como alguns exageros cometidos por membros do poder Judiciário, quando exigem prestações absurdas ou desnecessárias. (TORRES, 2009, p. 256).

Torres também reconhece a dificuldade de se estabelecer o conteúdo de um mínimo existencial a esse direito, nessa acepção argumenta:

“O grande problema do ‘direito à saúde’, por conseguinte, seria definir os limites nos quais se considera fundamental, gerando a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita, ou mero, direito social, fora do campo do mínimo existencial e dependente de dramáticas escolhas orçamentárias e de pagamento de contribuições”. (TORRES, 2009, p. 246).

A controvérsia quando se fala em direito a saúde não está na sua definição como essencial a uma vida digna, e sim no estabelecer o conteúdo a que o Estado estará obrigado a prestar a todos, de forma universal e gratuita. Os recursos públicos não se caracterizam como ilimitados, no entanto, a necessidade de prestação de saúde, em um país marcado por desigualdades sociais, é cada vez mais frequente. Amaral argumenta que o problema da saúde no Brasil começou a ganhar repercussão não com as doenças, que ameaçavam parte da população brasileira e eram fruto de uma grande desigualdade social, mas sim com o surgimento da AIDS, que ameaçava a vida de muitos, levando os portadores desta enfermidade a buscar, no judiciário, com base no artigo 196, o apoio ao tratamento, e a sobrevida, junto com as iniciativas de prevenção.

É possível concluir que a responsabilidade é de todos quando o assunto é saúde, sendo dever do Estado, prestar assistência e garantir esse direito fundamental, bem como é dever do cidadão preservar e ter sempre uma atenção maior com a sua saúde.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

No Brasil, o acesso à justiça, em seu conteúdo formal, é garantido no sistema constitucional pela inafastabilidade do controle jurisdicional, positivada no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, no qual a lei não pode suprimir da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça de lesão a direito. Hoje o judiciário procura atuar de uma forma mais preventiva, no tocante das violações de direitos individuais e coletivos, dando efetividade à jurisdição como espaço de garantia e concretização das regras formais taxadas pelo sistema jurídico como um todo.

Em um Estado de Direito as relações entre a Administração Pública e o cidadão apresentam grande importância, uma vez que ambas as partes estão submetidas a uma disciplina normativa restritiva de sua atuação. Não apenas o cidadão tem a sua liberdade definida pelo ordenamento jurídico, como a Administração encontra limites para o seu atuar, devendo obediência à lei (princípio da legalidade), de normas não positivadas e também à Constituição e aos direitos fundamentais.

O direito fundamental à saúde integra o mínimo existencial e este pode ser exigido judicialmente, não podendo ser restringido pelos outros poderes constituídos. Isso significa que em caso de ofensa a direito fundamental, a discricionariedade legislativa e administrativa é reduzida e passa a se submeter ao controle judicial. (ALEXY, 2008, p. 42). O sistema judicial brasileiro tem por hábito deferir as tutelas que falam sobre prestações de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, não considerando, ou considerando pouco, o planejamento e orçamento realizado pelos gestores públicos. Tornando um entrave ao pleno funcionamento do sistema.

Nesse contexto, tem-se que ao tribunal cabe: (i) Agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) Deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) Não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo. (BARROSO, 2009, p. 14).

Estando o poder público em omissão, se abre espaço para a intervenção do judiciário quando demandado. Na verdade, não se trata de intromissão do Judiciário na competência da Administração, mas uma correção desta omissão a um direito fundamental, na prática pela própria Administração Pública. As demandas que mais chegam ao judiciário estão relacionadas à questão da saúde, em especial pela

inércia do poder público em dar assistência a esses cidadãos que acabam por procurar seus direitos na justiça.

As normas constitucionais pós 88 se caracterizam pelo critério da efetividade, ao criar um dever para o Estado de garantir um sistema de saúde que atenda a todos os cidadãos, permitindo o acesso a este direito, onde grupos sem essa aproximação possam pleitear a sua efetivação em juízo. O direito fundamental assume, dessa maneira, a forma de direito à prestação diante da omissão do Poder Público no exercício de controle do cumprimento dos direitos fundamentais, no qual se inclui a saúde.

Para assegurar a tão sonhada efetividade nas políticas públicas de saúde deve ela ser conduzida de forma objetiva e concentrar os esforços de todos os envolvidos na gestão e planejamento dos serviços de saúde. Dessa maneira, todos os entes devem interagir, buscando pela cooperação um com o outro para o alcance dos objetivos estatais. A efetivação dos direitos de natureza social é feita pelo Estado na definição das chamadas políticas, que são as formas de identificação, planejamento e escolha da melhor forma de cumprir o comando constitucional referente aos direitos de cunho prestacional. (MEDEIROS, 2011, p. 18).

Olsen demonstra que as normas fundamentais sociais são também de natureza subjetiva, isto é, podem ser exigidas do Estado. Para a autora, a efetivação da pauta social constitucional somente será viável se os direitos fundamentais sociais forem observados enquanto verdadeiros direitos subjetivos capazes de vincular os poderes públicos à realização das prestações positivas correspondentes ao seu objeto. (OLSEN, 2011, p. 97).

Para a concretização do direito fundamental à saúde, há que se reparar o artigo 196 da Carta Magna, da qual define que a saúde é direito de todos e dever do Estado, classificando a saúde como um direito universal que deve ser garantido mediante políticas econômicas e sociais. Isto quer dizer que para se programar uma política básica de saúde no país, há que se ter uma definição de ações e projetos, levando em conta a necessidade de cada localidade; os recursos disponíveis; a definição de competências, entre outras medidas capazes de garantir o acesso efetivo da população a uma saúde de qualidade.

No Brasil os membros do Poder Judiciário assumiram uma postura mais ativa e agressiva na defesa dos direitos fundamentais. Esta nova forma de interpretar o ordenamento jurídico mostra-se mais presente entre os juízes de

primeira instância, ou seja, entre os que estão mais próximos das flagrantes discrepâncias entre igualdade formal e justiça social, que criaram uma corrente jurisprudencial assente na constitucionalização do direito ordinário e orientada para uma tutela mais efetiva dos direitos, valendo destacar as questões inerentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão, os sociais. (SANTOS, 2009, p. 1).

O Poder Judiciário deve levar em conta que sua atuação visando assegurar a efetivação dos direitos sociais em nada interfere nas esferas de atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo, mas sim corresponde à aplicação das regras constitucionais e infraconstitucionais inerentes ao tema, atividade esta que corresponde ao poder de dizer o direito no caso concreto, finalidade essencial de todos aqueles investidos nos cargos da magistratura. Nessa esteira Flávio Dino de Castro e Costa comenta: Os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos. (COSTA, 2006, p. 1).

A otimização e o uso racional dos recursos públicos são essenciais para a concretização dos interesses da Constituição.

CONCLUSÃO

É evidente que, após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a ter um papel de destaque na sociedade brasileira. O poder constituinte originário atribuiu ao Poder Judiciário a importante missão de ser o guardião dos valores constantes no texto constitucional, princípios e direitos nele insculpidos de modo explícito ou implícito. Toda a atuação, dentro dos limites impostos por esse diploma legal, traduz em estrito cumprimento da função constitucional do judiciário em prol do sistema democrático e de se manter o Estado Democrático de Direito.

Nesse novo sistema surge um aspecto positivo, o fenômeno ativista, ativismo judicial, que atingiu o Supremo Tribunal Federal nas demandas sociais não satisfeitas pelos poderes legislativo e executivo que acabam por ser atendidas no judiciário. Mas também é possível reconhecer a faceta negativa que põem à mostra as dificuldades enfrentadas pelos poderes do Estado brasileiro. Dessas demandas sociais o presente ensaio se ateve ao direito fundamental a saúde que, por sua vez é indispensável para a sobrevivência humana.

Assim, o aperfeiçoamento de mecanismos de trocas de informações entre os Gestores Públicos, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário podem colaborar, sim, para melhoria do sistema de saúde. Uma vez que, as demandas reiteradas exercidas no judiciário, requerendo medicamentos e tratamentos, podem passar a fazer parte do planejamento do gestor público quando informadas em tempo hábil, visando antecipar as respostas a estas demandas e contribuir para a melhoria do sistema. Poupar-se-ia tempo e dinheiro público e ainda existiria contribuição para otimização da gestão pública.

É possível compreender que quando um juiz determina a Administração Pública que forneça um medicamento ou custeio de um tratamento, o faz com a melhor das intenções no intuito de salvar uma vida ou ao menos minorar o sofrimento de ser humano. Os gestores públicos, o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública devem conservar um diálogo permanente na procura de tornar o sistema mais eficiente e pronto para responder às demandas que surgirem.

Portanto, o ativismo judicial, se não é a solução dos sonhos, posto que denota as mazelas dos demais poderes do Estado, é parte da solução. (GORCZEVSKI, 2011, p. 28). Dentro de todo este panorama de discussão doutrinária, o trabalho pretendeu analisar se há postura ativista no Supremo Tribunal Federal no que tange a saúde, certificando-se que há efetiva participação do mesmo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a Escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a**

Atuação Judicial, Revista Jurídica Unijus, Uberaba/MG, v. 11, nº. 15, p. 13-38, novembro de 2008, disponível em <www.unibe.br>. Acesso em: 18 de abril de 2014.

Constitution Of The World Health Organization. Disponível em <www.who.int/governance/eb/whoconstitution_en.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2014.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas: sugestões para uma reforma cultural no Judiciário**. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2014.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental à Saúde**. Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GORCZEVSKI, Clovis (Orgs.). **Constitucionalismo Contemporâneo: desafios modernos**. Curitiba: Ed. Multideia, 2011, p. 28.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Agora adeptos do "ativismo judicial", os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político. **Revista VEJA**, 27 de ago. de 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2014.

SIMIONI, Ariane. Ativismo Judicial como meio de Garantia da Cidadania e dos Direitos Fundamentais. COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Tamir. **Direito & Políticas Públicas VIII**. Ed. Multideia. v. 1 Dez. 2013, p. 27- 45.

SILVA, José Afonso da. Em palestra sobre o “**Ativismo judicial e seus limites**” no Brasil durante o seminário 25 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: 12 de abril de 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

judiciário nas democracias contemporâneas. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará. Belém, n. 18. Jan-Jun, 2008.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A judicialização da política no Brasil**, In WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999, p. 51.