

Judicialização e Ativismo Judicial: Uma perspectiva sobre a intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais como a saúde no Brasil

Judicialization and judicial activism: a perspective on the intervention of the Judiciary in the enforcement of social rights such as healthcare in Brazil

Milena de Aguiar Bentes¹
Rosana Reis de Melo Silva²

RESUMO

Este trabalho analisa o papel do Judiciário brasileiro na implementação dos direitos sociais. Nosso objetivo é examinar a judicialização e o ativismo judicial como mecanismos para o desenvolvimento e proteção dos direitos fundamentais, particularmente o direito à saúde. Para tanto, o trabalho desenvolve a diferença conceitual para distinguir entre judicialização e ativismo judicial, adotando a perspectiva da teoria da reserva do possível, mínimo existencial e separação dos poderes. Ao mesmo tempo, avalia-se o aspecto jurídico e político da atitude proativa dos tribunais. Tal tema merece atenção devido ao atual ímpeto para uma consideração séria da questão da legitimidade, alcance e efeitos de tais instituições na sociedade atual. Metodologicamente, esta pesquisa é descrita como exploratória e descritiva e utiliza uma metodologia qualitativa ao recorrer a fontes bibliográficas e documentais secundárias. A partir da análise dos dados coletados nesta pesquisa, conclui-se que o Judiciário tem um papel vital na concretização dos direitos sociais, desde que opere dentro dos limites impostos pela ordem constitucional e pelos princípios democráticos.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Reserva do Possível.

ABSTRACT

This study analyzes the role of the Brazilian Judiciary in the implementation of social rights. Its central objective is to investigate judicialization and judicial activism as mechanisms for the development and protection of fundamental rights, with a specific focus on the right to health. To this end, the research establishes a conceptual distinction between judicialization and judicial activism, examining both phenomena through the lens of the doctrines of the 'reserve of the possible,' the 'minimum existence,' and the principle

¹ Graduanda do curso de Bacharelado de Direito, na Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO), 10 período. Manaus, Amazonas, Brasil. E-mail: milenaabentes@gmail.com. ID 0004-0879-6039.

² Prof.* Orientadora e Coordenadora do TCC II, no Centro Universitário FAMETRO: Prof.* Esp. Rosana Reis de Melo Silva. Manaus, Amazonas, Brasil. E-mail: rosanareismello@gmail.com.

of the separation of powers. Concurrently, it evaluates the legal and political implications of the judiciary's proactive stance. The relevance of this theme is justified by the urgent need for a critical reflection on the legitimacy, scope, and impact of these practices in contemporary society. Methodologically, this is an exploratory and descriptive study, employing a qualitative approach based on bibliographic and documentary secondary sources. The analysis concludes that the Judiciary plays a vital role in the realization of social rights, provided that its intervention remains strictly within the boundaries established by the constitutional order and democratic principles.

Keywords: Judicialization of Health. Judicial Activism. Separation of Powers. Reserve of the Possible

1 INTRODUÇÃO

Ao estabelecer a saúde como um direito fundamental e como responsabilidade do Estado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, foi estabelecida uma nova abordagem de proteção social no Brasil. Este trabalho está enquadrado nos conflitos institucionais que surgem quando os Tribunais são alinhados com a política pública para proteger esse direito. De acordo com a doutrina de Hesse (2020), o poder normativo da constituição obriga que esses preceitos sejam nada menos que garantias retóricas, sublinhando assim o exame da judicialização como um meio de acesso à justiça.

A problematização do tema é causada pela disparidade entre a norma constitucional e a realidade orçamentária do país. As razões para a escolha deste problema são a necessidade crítica de diferenciar a judicialização, como um fenômeno orgânico, do ativismo judicial de amplo alcance. Como discute Barroso (2009), embora a judicialização seja um fato institucional, o ativismo é caracterizado pela nomeação ativa de um magistrado que pode intervir na esfera de planejamento do Executivo, particularmente na provisão de tratamentos de alto custo. Os limites do campo de pesquisa e o escopo do estudo estão restritos ao contexto jurídico brasileiro após 1988, com prioridade para os casos dos Tribunais Superiores (STF e STJ).

O objetivo fundamental é avaliar criticamente a extensão da ação judicial, demonstrando se a aplicação de custos não planejados constitui uma usurpação funcional. Como suposição, a ação judicial excessiva, ao negligenciar as capacidades técnicas de órgãos como a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde), potencialmente contradiz o princípio da Separação dos Poderes e a possibilidade de sustentabilidade no sistema. A justificativa para este trabalho emerge de uma busca por um equilíbrio entre a proteção da dignidade humana e a necessidade de relevância social no contexto da manutenção do Sistema Único de Saúde (SUS). Como ensinaram Mendes e Branco (2023), no entanto, os direitos sociais são limitados pela

cláusula da Reserva do Possível.

Assim, a Justiça Distributiva entra em cena como um quadro crítico que pode impedir que a necessidade de satisfazer interesses pessoais se sobreponha ao direito coletivo à saúde. Por último, mas não menos importante, na medida em que o trabalho está estruturado de tal forma, o livro é dividido em várias seções com respeito aos aspectos teóricos como o Mínimo Existencial (SARLET, 2017) e a análise técnica da jurisprudência de alto custo. A abordagem adotada é legal-dogmática e dedutiva, visando fornecer uma análise acadêmica dos requisitos de deferência judicial em relação às alocações feitas pelo Poder Público, mas em princípio sem antecipar as determinações finais da análise jurisprudencial proposta.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O Direito Fundamental à Saúde na Constituição de 1988 e o Fenômeno da Judicialização

Em 1988, a Constituição Federal elevou o direito à saúde ao nível de direito social fundamental ao transformá-lo em um elemento da seguridade social brasileira, um pilar do sistema de justiça social no Brasil. O constituinte originário, abandonando o paradigma excludente que o precedia, criou um sistema universal e equitativo fundamentado no princípio da dignidade humana.

O alcance abrangente da constituição, no entanto, ao prometer cobertura integral de tais demandas de saúde, estabeleceu um conflito duradouro e institucional, bem como fiscal, entre a prestação do serviço e a disponibilização de recursos para a prestação do serviço — uma tensão frequentemente descrita à luz da "reserva do possível" (SARLET, 2017). Nesse sentido, o Artigo 196 da Constituição define a saúde como um “direito de todos e dever do Estado” e exige a implementação de políticas sociais e econômicas que garantam acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1988).

A norma, com sua eficácia jurídica, coloca o Poder Público em uma obrigação positiva de efetuar mudanças positivas, o que, por sua vez, promove a judicialização das demandas de saúde por meio do descumprimento. Por outro lado, a judicialização da saúde é explicada por Barroso (2009), uma vez que o desenho institucional brasileiro confere ao Judiciário o papel de guardião da ordem constitucional, caso em que a judicialização da saúde não pode ser um fenômeno isolado, mas sim o resultado concreto da supervisão judicial. Se o legislador e o administrador público às vezes podem deixar de fora ou falhar

em universalizar o acesso, o juiz preenche essas lacunas para evitar o enfraquecimento de preceitos fundamentais que, de outra forma, existiriam apenas como promessas no papel.

A doutrina moderna, no entanto, sugere os riscos dessa intervenção. Como apontam Mendes e Branco (2023), o que começou como um mecanismo crítico na proteção do "mínimo existencial" — ou o alicerce irreduzível dos direitos essenciais à vida — muitas vezes se transformou em uma judicialização ampla e fragmentada. Às vezes, esse fenômeno até ignora os padrões técnicos e o plano administrativo do Sistema Único de Saúde (SUS), levando a mais demandas individuais em detrimento do coletivo.

Para esse fim, é um conflito entre a proteção do direito subjetivo à saúde, por um lado, e a sustentabilidade do sistema público, por outro. Deve haver intervenção judicial, embora necessária para evitar a inércia estatal; ela também deve respeitar os limites da "reserva do possível" e a expertise técnica do SUS e, ao fazê-lo, espera-se que desorganize o planejamento de saúde em seus setores e, paradoxalmente, viole o princípio da igualdade, beneficiando os privilegiados pelo Judiciário em detrimento dos vulneráveis dependentes de políticas públicas abrangentes.

Assim, discutiremos não sua existência no presente, mas sim os critérios de legitimidade e a extensão em que o magistrado pode efetivamente intervir em um momento em que os atores estatais estão na posição trágica de ter que decidir sobre como alocar recursos escassos (MENDES; BRANCO, 2023).

2.2 Mínimo Existencial

A noção de “mínimo existencial” está cristalizada na doutrina jurídica como o núcleo essencial de direitos indispensáveis para que um indivíduo desfrute de uma existência digna, transcendendo a mera sobrevivência biológica. Como explica Barcellos (2017), este instituto inclui os termos fundamentais — coisas como segurança alimentar, acesso a serviços de saúde e a efetividade das prerrogativas civis — que devem ser atendidos para dar efeito ao exercício de outros direitos fundamentais. Em outras palavras, o mínimo existencial serve como o “limite” inferior da dignidade humana, abaixo do qual a cidadania como condição em si mesma é colocada em risco.

Nesse sentido, Bussi (2020) refere-se a um mínimo existencial como “garantias que fornecem um conjunto de diretrizes e expectativas que os seres humanos possuem para levar um caminho de vida humano e integrado”.

O autor deixa claro que este instituto não se restringe à provisão de necessidades materiais básicas, como moradia e educação; deve incluir a proteção da identidade,

cidadania e participação sociopolítica.

A principal função dessas garantias é proteger contra o caminho do empobrecimento econômico e da exclusão social, para manter o indivíduo dentro do quadro do pacto democrático (BUSSI, 2020).

No sistema jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 fez da dignidade da pessoa humana o mais alto de todos os princípios constitucionais pela escala axiológica.

O Estado, portanto, tem a obrigação legal de fomentar políticas para alcançar a igualdade e manter este núcleo mínimo (ROCHA, 2020). No entanto, a realidade no Brasil mostra uma desconexão desanimadora entre o plano normativo e a prática real desses direitos. Como escreve Sarmiento (2016), à medida que o mínimo existencial falha em gerar impacto, a exclusão sistêmica emerge:

De fato, embora seja reconhecido socialmente e como uma obrigação normativa, o mínimo existencial não é garantido — para grandes parcelas da população brasileira

— na provisão efetiva dos bens que as pessoas precisam e seus direitos como seres dignos. Legiões de pessoas continuam vivendo vidas miseráveis abjetamente, com pouca segurança alimentar ou boa habitação, sem saneamento ou saúde ou educação de qualidade. Às margens do que pode ser descrito como as conquistas civilizacionais do Estado de direito democrático, "permanece um 'Brasil inferior' [...] em que a privação é a realidade normativa, onde os direitos não são... de verdade" (SARMENTO, 2016, p. 1670).

Isso, sustentado na Implementação de Políticas Públicas pelo Poder Executivo, é realizado de forma negligente e a inércia legislativa e o descaso são um desvio de intenção na gestão do estado. Repetidamente, a cláusula da reserva do possível é abusada para justificar a ausência do estado, apesar de o desenho constitucional não conceder direitos para que simplesmente existam como um desejo (SOLIMANI; SILVA, 2019). Além disso, é importante notar que a efetivação dos direitos sociais é, na maioria dos casos, limitada pelo orçamento na implementação.

A escassez de recursos força o administrador a tomar uma "virada trágica", onde o Estado deve tomar decisões de alocação que satisfaçam mais fundamentalmente o mínimo existencial de cada cidadão, antes de atender demandas acessórias.

Mas essa restrição não significa que os direitos básicos devam ser cerceados. Uma gestão devidamente eficiente não deve basear-se apenas no tratamento racional dos recursos, que não é privilégio de poucos, mas no bem-estar social e econômico de toda a sociedade (em linha com o princípio da igualdade material e da justiça distributiva).

2.3 A Reserva do Possível

A cláusula "Reserva do Possível" (Vorbehalt des Möglichen) originou-se na jurisprudência constitucional alemã durante a década de 1970, particularmente ao estudar

litígios sobre o acesso ao ensino superior. Foi uma época em que o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) lutava para equilibrar o direito à educação, previsto pela Constituição, com as limitações estruturais e orçamentárias das universidades, um fenômeno conhecido como *numerus clausus* (número fechado) na época (SIQUEIRA, 2017).

O entendimento judicial cristalizou-se na forma das garantias dos direitos de bem-estar condicionadas aos recursos e capacidade estrutural do Estado. Segundo Muruyama et al. (2011), os tribunais afirmaram que seria irrazoável impor ao Estado a obrigação de universalizar o acesso ao ensino superior em detrimento de outros programas voltados à satisfação de interesses comunitários igualmente protegidos.

Assim, essa decisão tentou evitar colocar a liberdade individual a serviço de um fim coletivo, destruindo assim o próprio propósito do Estado Social. No entanto, a transferência dessa idéia para o sistema jurídico brasileiro trouxe distorções severas.

O instituto foi em alguns pontos um instrumento, uma forma de argumentar um tema que visava proteger o tesouro da intervenção judicial, afastando-se assim da teleologia original do "limite da razoabilidade" (AZEVEDO; ALMEIDA; PONTES, 2013). Parte desse uso desviado é criticado na doutrina por enfraquecer a implementação de políticas públicas para melhor atender todos os segmentos vulneráveis em risco (CAYRES, 2017).

Nesse sentido, Nunes et al. (2015) alertam que a reserva do possível tem sido frequentemente uma tática de defesa contra a atividade judicial. Mas a doutrina insiste que a intervenção judicial torna-se justificada e inevitável sempre que é impedida pela inércia dos Poderes Executivo e Legislativo ou quando uma política necessária deve ser aplicada, já que é função usual do nosso judiciário guardar a ordem constitucional.

Mas a reserva do possível é uma falácia segundo Arruda (2012), onde o problema que alegam estar faltando, os recursos que são essenciais para direitos fundamentais básicos (saúde, educação, habitação) apesar das formas ineficientes como o orçamento público é gerido e gasto em prioridades políticas discricionárias.

Tal exclusão social e precariedade não podem permitir que o Estado fuja dos compromissos constitucionais sob o argumento de impraticabilidade orçamentária. Como Alves (2020 apud DA CUNHA, 2006) alerta, que os direitos sociais não podem ficar reféns de forças financeiras que minam sua viabilidade em um sistema com exclusão estrutural permeando a economia.

De uma perspectiva patrimonial, Foresto (2012) argumenta que os direitos sociais têm conteúdo econômico inegável e que requerem financiamento público contínuo. Mas

reivindicar a dignidade humana é significar relativização baseada apenas em contingências orçamentárias.

Rabelo (2014) nos lembra que o princípio da reserva do possível é inadmissível quando leva à anulação ou esvaziamento de direitos e onde simplesmente alegar escassez não é suficiente para justificar a inviabilidade material de disponibilidade.

Não é segredo que o Estado trabalha com provisão limitada e a responsabilidade fiscal é um dever por parte do Estado. No entanto, a necessidade é conciliar a viabilidade financeira com a responsabilidade de garantir o "Mínimo Existencial". Como Bezerra e Severiano (2017) observam, o paradoxo de limitar o orçamento com um forte senso de urgência das necessidades sociais estende o judiciário como uma garantia para a efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial devem trabalhar juntos em harmonia: o primeiro não será usado como escudo para que os estados omitam o possível de seus sistemas de preocupação, enquanto o segundo é o núcleo intangível da proteção da dignidade humana.

Mas na ausência da barreira, a intervenção judicial é o corretivo essencial. No entanto, essa ação evoca debates em torno dos limites do ativismo judicial e da separação de poderes, questões que serão julgadas em devido tempo à luz das condições constitucionais.

2.4 A Reserva do Possível frente ao Mínimo Existencial na Gestão da Saúde

A fundamentação teórica que ampara a resistência da Administração Pública às ordens judiciais repousa na Teoria da Reserva do Possível. De origem alemã, essa tese defende que a efetivação dos direitos sociais está condicionada à disponibilidade financeira do Estado e à razoabilidade da pretensão individual (Mendes; Branco, 2023). Em oposição, a doutrina do Mínimo Existencial prega que existe um núcleo de direitos básicos que não pode ser negligenciado sob qualquer pretexto econômico (Sarlet, 2017).

O impasse reside no fato de que o ativismo judicial contemporâneo tem expandido o conceito de "mínimo" para incluir tratamentos experimentais ou não padronizados, ignorando a finitude dos recursos. Como aponta Scardua (2019), quando o Judiciário ignora a reserva do possível em prol de demandas individuais de alto custo, ele acaba por retirar recursos de políticas preventivas e coletivas, gerando um desequilíbrio orçamentário que prejudica a universalidade do sistema.

A sustentabilidade do SUS depende, portanto, de uma autolimitação judicial que

reconheça que o orçamento não é infinito e que a escolha de prioridades cabe, primordialmente, aos órgãos políticos.

2.5 Princípio da Separação de Poderes

A divisão das funções do Estado remonta à Grécia Clássica, uma época em que a aversão ao despotismo gerou o estabelecimento de assembleias populares para o discurso político, escrutínio e revisão de ações normativas.

Foi apenas com o declínio da Idade Média, no entanto, que a doutrina da separação de poderes e a definição das competências do Estado ganharam formas teóricas concretas (PEIXINHO, 2018).

A doutrina de Montesquieu é geralmente aceita na literatura jurídica como o eixo central da engenharia política moderna. Apesar do apelo anterior de John Locke por uma divisão tripartite das funções, o relato de Montesquieu fornece o argumento mais forte para uma separação das funções do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário (FILOMENO, 2019; ÁVILA, 2012).

Como coloca Montesquieu (1996, p. 74), "todo homem que detém poder é inclinado a abusar dele; ele vai até encontrar limites." Com base nisso, o autor sugere que as competências devem ser difundidas entre instituições harmoniosas e independentes de maneira que promova controle equitativo e recíproco.

Deve-se notar que, no *Espírito das Leis*, a preocupação específica do autor era a necessidade de reforçar o Poder Executivo como um antídoto à hegemonia parlamentar prevalecente (FILOMENO, 2019).

Montesquieu visava formar o governo de modo que o poder não fosse concentrado em uma pessoa ou facção. Portanto, ele desenvolveu a "Teoria dos Freios e Contrapesos" — uma fórmula de freios e contrapesos, onde diferentes organizações são atribuídas a diferentes deveres para diferentes entidades para manter os freios e contrapesos corretos de modo a salvaguardar os interesses dos indivíduos livres. Sobre essa arquitetura, Montesquieu (1996, p. 75) pondera:

Quando o Poder Legislativo é unido ao poder executivo na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, não há liberdade: porque se teme que o mesmo monarca ou o mesmo senado promulgue leis tirânicas, para executá-las de forma tirânica. Também não há liberdade se o poder de julgar não for separado dos poderes legislativo e executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário; pois o juiz será o legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz pode ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1996, p. 75).

Claramente, assim tem a teoria clássica — uma teoria que se adaptou ao longo do tempo para alcançar o princípio da separação de poderes. As constituições modernas receberam esse dogma e estabeleceram um sistema de freios e contrapesos (ALVES e NOMURA, 2018).

Soares (2011, p. 10) explica que nesse mecanismo o sistema de freios e contrapesos é um complemento natural ao princípio da separação de poderes, pois permite que cada poder, exercendo a competência que lhes é atribuída, exerça controle direto sobre outro poder e simultaneamente seja controlado, sem, no entanto, incursão em suas áreas específicas de operação.

A tripartição cristalizou-se no artigo 2 da Constituição Brasileira de 1988, que especifica: "os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL, 1988). Como resultado, é necessário examinar as funções que caracterizam cada um deles.

Poder Executivo: O artigo 76 da Constituição estabelece que esse poder é exercido pelo Presidente da República com a assistência dos Ministros de Estado (BRASIL, 1988). Como chefe de governo, sua principal função é o apoio administrativo ao público. Ele incorpora a soberania nacional como chefe de estado. Além disso, opera de forma atípica porque emite medidas provisórias e tem poder de veto legislativo (BAFFA, 2016; ALVES e NOMURA, 2018).

Poder Legislativo: O artigo 44 prevê o Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) exercendo o Poder Legislativo. A principal função é a atividade normativa que fornece leis (ALVES & NOMURA, 2018). Também possui funções administrativas e jurisdicionais incomuns: supervisiona o Executivo e processa autoridades por crimes de responsabilidade, de acordo com os artigos 52, I e II da CF (FILOMENO, 2019). Conforme prevê:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

1. Processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)
2. - Processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (BRASIL, 1988).

Funções Judiciais: Desempenha funções ordinárias, incluindo a aplicação da lei a um caso particular e a interpretação do que a lei deve ser para resolver uma disputa e aprimorar a justiça (ALVES e NOMURA 2018). Realiza funções administrativas e normativas não convencionais que são importantes para sua operação interna e o controle de seus regulamentos (FILOMENO, 2019).

A trajetória do modelo tripartite, desde a concepção de Montesquieu até sua aplicação na Constituição de 1988, demonstra a importância de entender essas relações entre normas relacionadas ao Estado e funções atípicas. Com tal configuração, a relação colaborativa entre as esferas do Estado é muito aparente.

Essa teoria fundamenta as atribuições judiciais, com judicialização e ativismo judicial, tópicos a serem elucidados no próximo capítulo, como os assuntos de análise.

2.6 A Judicialização e o Ativismo Judicial

Sabe-se que a norma constitucional brasileira garantiu a todos o direito de acessar a justiça sempre que necessário para proteger os direitos. Esse direito pode atuar como alavanca tanto para indivíduos quanto para grupos, e lhes proporciona recurso para aqueles que foram lesados, bem como proteção desse direito (BARROSO, 2012). Garante que nenhum direito fundamental seja violado e que haja um devido processo para resolução de disputas e conflitos, sendo justo, neutro e protegendo todos os direitos. Facilitou o estabelecimento de muitos casos perante o judiciário, ampliando assim o processo de judicialização (BARROSO, 2012).

Barroso (2012) também considera a judicialização como um dos principais eventos da era democrática moderna que trouxe ao judiciário mais poder e independência para os estados modernos, devido ao desencanto com a política da maioria governante e favorecendo questões éticas.

A judicialização trata de tornar a justiça acessível à cidadania, que agora depende dos tribunais para garantir que os direitos garantidos no texto constitucional sejam realmente respeitados.

Barroso (2012) destaca que, nesse caso, as pessoas recorrem aos tribunais para proteger ou assegurar seus direitos. De fato, a judicialização muitas vezes é confundida com o conceito de ativismo judicial. Isso, por sua vez, refere-se à disposição dos juízes de agir sobre a matéria em julgamento e, através de seus julgamentos, incentivar mudanças de grande significado social e político.

Segundo Barroso (2012, p. 25), "Judicialização e ativismo judicial são primos". Então, eles vêm da mesma família, viajam para os mesmos lugares, mas não são do mesmo pedigree. Estes não são, em sentido estrito, criados pela mesma razão imediata." Concretizando o conceito:

A judicialização abrange o que é referido pela doutrina como "ativismo judicial": a capacidade do Poder Judiciário de condenar autoridades públicas no interesse do benefício social. E, isso é um produto da realidade do Estado – Estado Democrático de Direito, com o estabelecimento do Judiciário como a vanguarda, responsável pela centralidade do estado, as garantias dos direitos fundamentais e a proteção da dignidade humana.

Atualmente, é impensável posicioná-lo como uma resposta passiva às mudanças nas necessidades sociais, em particular a atualização dos 'direitos subjetivos' garantidos no texto da Constituição (HARTMAN, 2011, p. 155).

Assim, não é incomum observar que os tribunais para judicialização e ativismo judicial têm frequentemente em comum, já que o último pode resultar do primeiro. Mas no tema a seguir, a questão do ativismo judicial será explorada mais de perto.

2.7 Ativismo Judicial: o fenômeno

A base para o ativismo judicial segue o caminho trilhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos sob a liderança do Chefe de Justiça Earl Warren (1953–1969). No qual foi um período de transformação da jurisprudência dos EUA, particularmente desde *Brown v. Board of Education* (1954), que considerou que a segregação escolar era inconstitucional e levou a um papel mais assertivo do tribunal em questões sociais (DWORKIN, 1985).

O autor Luís Roberto Barroso (2018) descreve o ativismo como a posição proativa e abrangente do Judiciário que busca realizar, em vez de impor literalmente, valores constitucionais para o bem público e que ultrapassa as competências usuais do Legislativo e do Executivo.

E, da mesma forma, Streck (2013) sugere que o ativismo, em muitas das manifestações acima, incorpora o "uso criativo" da Lei, pelo qual a decisão judicial não apenas resolve o caso específico, mas também cria uma orientação de densidade normativa que orienta a formulação de políticas públicas e a reforma social. Mas esse movimento não está isento de argumentos:

Nesse mesmo sentido, Nomura e Silva (2018) veem o ativismo como uma invasão nas áreas mais incomuns das funções do Judiciário — isso é atípico. Em segundo lugar, como escritores que destacam restrições democráticas, como Scholz (2019), e autores,

como Lenio Streck (2013), observaram, a doutrina crítica postula que a legitimidade autoral na definição da sociedade repousa sobre representantes eleitos por sufrágio universal. Para esses juristas, quando juízes não são capacitados para invalidar leis ou formular políticas públicas, isso vai contra a ideia democrática e a vontade da maioria.

Essa percepção ressoa com a crítica articulada por Bulos (2015), que descreve juízes ativistas como "legisladores positivos". Ao adotar o papel de formuladores de políticas, os juízes pervertem seu papel técnico de aplicadores da lei, e então começam a fazer um trabalho que deveria ser feito apenas por meio da representação parlamentar.

Nesse sentido, o Judiciário, uma instituição contramajoritária, não teria respaldo político suficiente para derivar direitos e, portanto, violaria, de fato, os freios e contrapesos sob Montesquieu (1748) de acordo com sua própria visão e a separação das funções do estado. Pelo contrário, Baffa (2016) e outros defensores da posição dialógica do Judiciário apontam para o fato de que a rigidez na interpretação da separação de poderes é substituída pela defesa dos direitos fundamentais.

Sob essa perspectiva, o sistema de freios e contrapesos funciona de forma bidirecional: o Judiciário não usurpa funções, mas serve como corretor da omissão estatal. Assim, o envolvimento judicial em relação à saúde ou assistência social não é um insulto ao regime jurídico, mas sim uma implementação da Constituição (BAFFA, 2016).

Pode-se, portanto, interpretar o ativismo judicial como uma estratégia interpretativa adotada para viabilizar os fins teleológicos da Constituição no caso de os canais políticos convencionais se mostrarem inertes. Ao servir como guardiões da ordem constitucional, o Judiciário cria parâmetros para a execução de políticas públicas (SCHOLZ, 2019) — ou seja, eliminação da discriminação e garantia de serviços básicos, não obstante a resistência exercida pelos Poderes concorrentes.

Dessa forma, a posição ativista segue sendo uma forma de conter abusos de poder. Os tribunais constitucionais funcionam como um contrapeso necessário à soberania parlamentar, exercendo seu papel contramajoritário para preservar a integridade do pacto democrático e proteger contra a possível guinada autoritária ou negligência crônica da função de administração pública.

A análise da democracia brasileira será apresentada no capítulo seguinte, pois é nessa fronteira precária entre o dever de julgar e o dever de representar que o leitor encontrará seu trabalho.

2.8 Função do Controle do Supremo Tribunal Federal

No direito brasileiro, o controle de constitucionalidade é exercido de forma híbrida — concentrada e difusa. Juízes e tribunais podem praticar esse controle de forma incidental, enquanto o STF o faz de maneira mais abstrata por meio de ações diretas. O poder dos tribunais se expandiu com a Constituição de 1988. Assim, o Judiciário tornou-se um braço político, interpretando e estabelecendo normas judiciais, muitas vezes em detrimento de decisões tomadas por outros poderes (MENDES, 2016).

Em outros braços do Estado devem proteger os direitos dos cidadãos e essas funções são realizadas pelo Judiciário. Ele também obriga o Estado a se conformar às normas constitucionais. Cabe ao Supremo Tribunal (assim como a outros tribunais) garantir que leis e políticas sejam genuinamente aplicadas e que os cidadãos desfrutem de seus interesses constitucionais (GRANJA, 2013).

O judiciário, focado no Supremo Tribunal Federal (STF), assumiu a responsabilidade de lidar com questões sociais e políticas a partir de uma nova perspectiva em termos de interpretação e tomada de decisões, com especial referência à padronização de direitos não apenas em relação à garantia deles para os cidadãos, mas à criminalização da responsabilidade política, como nepotismo e corrupção (CARMONA, 2012).

O STF pode verificar se os outros Poderes da União seguem a Constituição. Isso significa que ele tem o poder de verificar se as leis estão sendo legitimadas sob princípios democráticos. Recebeu tais poderes da Constituição Federal de 1988, promulgada e ratificada por meio da soberania popular. Por isso, o controle constitucional não é uma ameaça à democracia, mas a garantia de seus princípios de sinalização de valor e existência (FONSECA; MARCHESI, 2014).

Sobre a legitimidade do Judiciário para intervir com respeito à constitucionalidade, a interpretação é extraída dos artigos 102 e 105 da CF/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

6.1.1 - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (BRASIL, 1988).

Esses artigos, portanto, afirmam que o controle de constitucionalidade dá ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal de Justiça o direito de verificar se as leis serão consistentes com as normas dentro do texto constitucional.

Notavelmente, Hartmann (2011), no contexto de avaliação dos julgamentos do STF em seu estudo, constatou que a maioria das demandas sociais não envolve o desenvolvimento de novas políticas, mas simplesmente a eficiência do uso de programas sociais existentes.

A ideia é evitar o abuso de recursos públicos. Para realizar o potencial aqui, as políticas existentes devem ser implementadas de maneira eficaz, o que é uma tarefa enorme. Como refletido em outros julgamentos pesquisados, a intenção na maioria das demandas não era a formulação de políticas sociais devido a uma falha legal, mas a supressão de ineficiências ou má alocação de recursos públicos na maioria das demandas associadas à execução/implementação de políticas públicas previamente estabelecidas (BRASIL. STF).

Suspensão de Segurança n. 3741. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ.: 03.06.2009). (Como é o caso de não fornecer medicamentos excepcionais, no caso do direito à saúde ou ações destinadas a impedir que um prefeito construa uma quadra esportiva quando a maior necessidade de uma população é a criação de creches) (HARTMANN, 2011. p. 161).

Como mostramos acima, verifica-se que o judiciário trabalha para que as leis reflitam as aspirações sociais e que não haja lacunas no sistema político-jurídico. Assim, regula (ou supervisiona) os atos do Legislativo e tenta cobrir áreas de inação. Também se esforçou para garantir que as leis correspondam à Constituição. Assim, os tribunais implementam a supremacia constitucional por meio de instrumentos que serão abordados a seguir:

- Mandado de Injunção é uma forma de aplicar a soberania judicial sobre a Constituição, onde o judiciário pode ser exercido dentro dos limites do Artigo de tal forma que o faça em um caso particular, mas não em muitos casos, por uma autoridade comum através de qualquer um deles. Seu objetivo é retificar algumas das lacunas do Poder Legislativo e fazer cumprir as regras da Constituição. Mas isso não implica que o STF intervenha no Poder Legislativo, mas sim que adote as ações necessárias para garantir que as leis permaneçam (CAMPOS, 2012). A mais alta organização judicial do Brasil, o STF, faz disposições importantes sobre questões sociais importantes. Como resultado, quando o

Legislativo (a Assembleia Legislativa e o Congresso Nacional) demora na regulamentação de direitos vitais, o STF estabelece um mecanismo chamado Mandados de Injunção para garantir que a regulamentação ocorra o mais rapidamente possível. Os direitos da sociedade brasileira não são mais comprometidos (FIRMINO, 2010).

- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão O Tribunal, para determinar se os atos de um órgão governamental são constitucionalmente vinculativos, pode usar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). A ADO pode ser acionada para preencher esse vazio quando o estado de direito é inadequado, à luz da lei em vigor não representar adequadamente a Constituição. Assim, permite ao Judiciário declarar o que é necessário à lei que é lícita de acordo com a Constituição (CAMPOS, 2012).

A ADO permite que qualquer pessoa exija do Judiciário que declare inconstitucional a omissão de qualquer poder público em emitir atos normativos que tenham por objetivo regulamentar as leis que foram acordadas ou ratificadas pelo Parlamento. Essas medidas não resolvem as disputas entre as partes litigantes e, em vez disso, geram efeitos e, assim, afetam o plano normativo, interpretando a lei existente em consonância com os princípios da constituição. Esta ferramenta não é projetada para resolver disputas entre litigantes, mas para produzir efeitos no plano normativo (CAMPOS, 2012).

O STF reconhece, por meio desses instrumentos legais mencionados, juntamente com outros, que o Judiciário não pode substituir o legislador na construção de normas, apenas reconhece sua omissão e estabelece prazos para que as normas sejam elaboradas. O STF deve apenas ir um passo além; não deve impor-se totalmente aos outros domínios de poder como o Legislativo e o Executivo para que os três poderes estejam em harmonia e os direitos sejam cumpridos (CAMPOS, 2012).

Dessa perspectiva, continuaremos a explorar o papel de liderança que o judiciário desempenha na conquista de um dos direitos sociais mais notáveis na sociedade brasileira contemporânea, o direito à saúde. A crescente judicialização da busca por esse direito provocou muitas reflexões no campo da política e do direito, algumas das quais o próximo capítulo discutirá.

2.9 A Atuação do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde

Uma vez um direito público subjetivo, o direito à saúde vem com uma obrigação vinculante para o Estado. Quando os Poderes Executivo e Legislativo não implementam políticas públicas universais, no entanto, o Judiciário é responsável por agir dessa forma,

não como um fornecedor de políticas, mas como um garantidor da existência digna do cidadão (BRANDÃO, 2022).

Como sugere Nakamura (2015), o Judiciário atua como a última opção de recurso para o cidadão diante do descaso administrativo e faz com que o Estado aja de acordo com o que a própria Constituição prescreve como um dever inalienável.

A resistência do Estado, geralmente camuflada como "reserva do possível", é frequentemente rejeitada pelos tribunais. A enorme carga tributária do Brasil, que em teoria deveria financiar serviços básicos, torna fraca a justificativa de escassez orçamentária.

Segundo Castro (2016), não é suficientemente válido que o Estado possa se recusar a pagar aos seus cidadãos o mínimo existencial quando recursos limitados estão disponíveis.

Um exemplo importante de inflexão sobre a questão é a jurisprudência consolidada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2010), onde a responsabilidade conjunta dos entes federados e a supremacia do direito à vida sobre formalidades burocráticas foram reiteradas e constatou-se que a ausência de um medicamento padronizado não permite que o Estado se isente da obrigação de fornecê-lo, desde que seja comprovadamente indispensável. Mas essa posição ativista não está isenta de riscos.

O autor Araujo (2018) alerta que a judicialização sem critérios técnicos pode abrir portas para decisões baseadas no clamor social sem evidências médicas e, assim, enfraquecer a racionalidade do SUS.

Como aponta Zanferdini (2020), "sua solução é o diálogo institucional". Decisões do STJ no REsp 1.657.156-RJ e do STF no RE 566.471/MG demonstram que o Judiciário está gradualmente aprimorando seu controle, agora estabelecendo objetivos rigorosos para o fornecimento de medicamentos (como um relatório médico fundamentado e registro sob as diretrizes da ANVISA), de modo a equilibrar a segurança individual e a necessidade prática do nosso sistema. Tais requisitos são:

- I Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Em última análise, a judicialização da saúde como intervenção normativa precisará se desdobrar para alcançar seu pleno potencial. Ao estabelecê-la, o Judiciário não usurpa competências, mas restaura a dignidade humana. O desafio futuro é fortalecer esse mecanismo de controle por meio do emprego de técnica e responsabilidade, com a

intervenção judicial sempre como uma técnica de equilíbrio e nunca uma ruptura da democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta monografia demonstra a relevância do tema considerado, como o importante papel que a judicialização e o ativismo judicial desempenham na promoção dos direitos fundamentais e da justiça social no Brasil.

As análises e dados apresentados trouxeram muito para os campos da Ciência Política, Sociologia e Direito Constitucional ao explorar o panorama atual dos direitos sociais no país, sua implementação e o papel desempenhado pelo Judiciário nesse contexto. Sob essa ótica, a ação judicial revelou-se, em sua essência, uma ferramenta importante para a realização dos direitos sociais fundamentais, especialmente à luz dos desafios apresentados pelos outros ramos do governo no contexto da implementação efetiva de políticas públicas.

A democracia moderna mudou ao longo do tempo, e com ela, o papel do Judiciário na proteção dos direitos constitucionais. Isso não implica necessariamente substituir os poderes delegados aos representantes políticos, mas reflete a necessidade de garantir a proteção dos direitos e liberdades garantidos na Constituição, particularmente durante crises de representação e falhas de ação estatal.

Por meio de decisões judiciais e ferramentas de devido processo, o Judiciário deve estar disponível para a sociedade a fim de salvaguardar os direitos fundamentais. E seu trabalho é necessário para garantir que a população tenha acesso a bens e serviços essenciais, para monitorar a aplicação e o impacto das políticas públicas, de modo que o Estado cumpra sua responsabilidade constitucional. Além disso, é o Judiciário que deve desenvolver soluções equilibradas quando o Executivo e o Legislativo não protegem os direitos sociais mais básicos, como o direito à saúde.

No entanto, esse curso de ação deve ser realizado de maneira responsável e cuidadosa, nos limites institucionais de sua competência e sem tomar decisões que possam ser impulsionadas emocionalmente ou por circunstâncias aleatórias que possam minar a segurança jurídica pela qual os direitos dos cidadãos são estabelecidos e realizados.

Esta pesquisa indica que existem oportunidades para novos estudos na área dos efeitos, obstáculos e limites da ação judicial na realização dos direitos sociais. E embora o impacto do Judiciário seja algo com que o Judiciário se envolva nesse processo, ele não é sozinho a única solução para uma variedade de problemas estruturais existentes; de fato,

deve haver, no entanto, uma solução alternativa para problemas e questões estruturais.

Por essa razão, devemos manter a separação e o equilíbrio entre os ramos do governo e ser judicialmente principiados, e deve haver um nível mínimo de estabilidade política em todos os ramos do governo para minimizar o vácuo de poder e reduzir o risco de excesso e desequilíbrio que poderia perturbar a governança e a harmonia do governo.

Por último, mas não menos importante, em uma análise final, o Judiciário deve agir de forma responsável, de acordo com a Constituição, de acordo com as diretrizes dadas pelo legislador e por meio de políticas públicas legitimamente instituídas.

A proteção dos direitos sociais e a busca pela justiça social exigem cooperação entre os ramos do governo, bem como um aprimoramento do diálogo institucional, visando parâmetros aceitáveis de ação conjunta para resolver os problemas existentes e trabalhar em direção à transformação de uma sociedade mais equitativa, democrática e igualitária.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71–91, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BAFFA, Marcela. Separação de poderes e ativismo judicial. São Paulo: Atlas, 2016.

BEZERRA, Paulo; SEVERIANO, José. Reserva do possível e mínimo existencial: limites e possibilidades da efetivação dos direitos sociais. *Revista Jurídica*, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSSI, Marco Aurélio. Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2012.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Controle judicial das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e os direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAYRES, Alexandre. Reserva do possível e efetivação dos direitos sociais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Teoria geral do Estado e separação dos poderes. São Paulo: Atlas, 2019.

FIRMINO, Bruno. Mandado de injunção e concretização dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA, Reynaldo Soares da; MARCHESI, Marcelo. Controle de constitucionalidade e democracia. Brasília: ESMPU, 2014.

GRANJA, Cícero Alexandre. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. São Paulo: Método, 2013.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Judicialização das políticas públicas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NAKAMURA, Bruno. Judicialização da saúde e efetivação dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2015.

PEIXINHO, Manoel Messias. Teoria do Estado e separação dos poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RABELO, Adriano. Reserva do possível e mínimo existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHOLZ, Ricardo. Ativismo judicial e democracia constitucional. São Paulo: Atlas, 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Reserva do possível e direitos fundamentais sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Separação dos poderes e controle constitucional. Salvador: JusPodivm, 2011.

SOLIMANI, João; SILVA, André. Direitos sociais e efetividade constitucional. Curitiba: Juruá, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível em Mandado de Segurança. Florianópolis: TJSC, 2010.

ZANFERDINI, Flávia. Judicialização da saúde e diálogo institucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ASENSI, Felipe Dutra, Judicialização da Saúde no Brasil: dados e fatos. Rio de Janeiro : EDUERJ, 2017.

GOMES, J.J. A reserva do possível e o mínimo existencial; uma análise à luz da jurisprudência do STF. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2025.