

CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO

UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

THAYANE EMANUELLE ARAÚJO DOS SANTOS

**ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CRIATIVA: O PROTAGONISMO NO
JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

**THAYANE EMANUELLE ARAÚJO DOS SANTOS
CAMPINA GRANDE – PB
2020**

ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CRIATIVA: O PROTAGONISMO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico - apresentado como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela UniFacisa - Centro Universitário. Área de concentração: Direito Constitucional. Orientador: Prof. Da UniFacisa Gustavo Vasconcelos.

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico – Ativismo judicial e interpretação criativa: O protagonismo no judiciário brasileiro e a judicialização da saúde como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa – Centro Universitário.

APROVADO EM ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º da UniFacisa Gustavo Vasconcelos.

Prof.º da UniFacisa, Nome Completo do Segundo Membro, Titulação.

Prof.º da UniFacisa, Nome Completo do Terceiro Membro, Titulação.

ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CRIATIVA: O PROTAGONISMO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Prof. GUSTAVO VASCONCELOS*

THAYANE EMANUELLE ARAÚJO DOS SANTOS**

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno no Ativismo judicial, com ênfase na postura proativa do poder judiciário e dos limites necessários. Busca também verificar como esse fenômeno vem se desenvolvendo ao longo dos anos no país e de que forma afeta o modelo de organização adotado, analisando a tripartição dos poderes e sua harmonia. Objetiva-se um estudo sobre o instituto conexo da judicialização da saúde no STF com a demonstração da judicialização da política nas políticas públicas. Este estudo será feito através de artigos, doutrinas e jurisprudências apresentando no âmbito no poder judiciário seus posicionamentos e como estes influenciam na ordem estatal e na dinâmica democrática.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação dos Poderes. Constitucionalismo. Judicialização da Política. Supremo Tribunal Federal.

*Professor Orientador, Graduado em , pelo , especialista em Docente do Curso Superior de Direito, da disciplina de,

**Graduando do Curso Superior em Direito. thaytj@hotmail.com

ABSTRACT

This paper aims to analyze the phenomenon in judicial activism, with an emphasis on the proactive stance of the judiciary and the necessary limits. It also seeks to verify how this phenomenon has been developing over the years in the country and how it affects the adopted organization model, analyzing the tripartition of powers and their harmony. The objective is a study on the related institute of the judicialization of health in the STF with the demonstration of the judicialization of politics in public policies. this study will be done through articles, doctrines and jurisprudence presenting in the scope of the judiciary their positions and how they influence the state order and democratic dynamics.

Keywords: Judicial activism. Separation of Powers. Constitutionalism. Policy Judicialization. Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo das décadas a sociedade vem passando por diversas transformações tanto a forma como os indivíduos passam a enxergar as relações humanas, como na própria convivência em sociedade. Acontece que diante de tantas mudanças a maneira de gerir e disciplinar as relações sociais precisam alcançar os conflitos e suas várias faces, fazendo com que o poder público tenha a responsabilidade de evoluir em acompanhamento as transformações humanas.

O poder judiciário sempre teve um papel de extrema importância na proteção dos direitos e disciplina dos deveres, tornando sua atuação meio pelo qual o cidadão confia e protege-se das normas uma vez não cumpridas, tanto no polo ativo como no polo passivo podendo através deste poder pleitear os direitos que lhe pertencem.

Com as transformações sociais, mudanças mundiais e uma nova forma de garantir o cumprimento da carta maior, ganha presença e popularidade o protagonismo do poder judiciário, que se torna cada vez mais forte e garantidor do cumprimento das leis, possibilitando um espaço de destaque ao judiciário, mostrando sua ampla atuação e consequentemente ao Ativismo Judicial.

O ativismo judicial trata de um comportamento do poder judiciário com entendimentos expansivos e intensos na aplicação da lei, além da busca pela defesa dos valores Constitucionais. Considerado como uma atitude do poder judiciário que se propõe além de sua base de atuação, por este motivo sendo considerada uma conduta extensiva.

Esses entendimentos são realizados de forma a abarcar parâmetros que não estão disciplinados, ou até mesmo, realiza a interpretação extensiva de determinadas normas afetando diretamente as políticas públicas.

Uma vez que os demais Poderes não cumprem seus papéis com a eficácia necessária, resta ao Judiciário por vezes suprir esta lacuna trazida pela omissão dos demais, causando a incredulidade no sistema e tornando cada vez maior a busca pelo direito pleiteado e não suprido pelo órgão detentor da obrigação no poder Judiciário.

Existem acontecimentos que levam o judiciário a situações que precisam ser resolvidas, quando os outros poderes são omissos as regras legais. Com a obrigação nata de solucionar conflitos, o citado órgão precisa mediante a lide apresentar uma solução plausível para a sociedade, não podendo assim a omissão de alguns órgãos justificarem a falta de resposta do poder judiciário.

Assim, demandas que não fariam parte originalmente do poder judiciário chegam até ele com a necessidade de resolução, no entanto, em alguns casos poderia também o referido abdicar da obrigação de julgar por se tratar de assuntos incoerentes com sua especialidade? A resposta tem sido negativa, dando início a onda de judicialização da política, termo este utilizado para definir os assuntos que são levados ao campo do judiciário para sua apreciação quando primordialmente seria obrigação do Legislativo, assim como decisões em relação a ordens do poder Executivo que também são iniciadas no poder judiciário para a sua intervenção.

Além de analisar o ativismo judicial e seus limites para que seja respeitada a máxima do equilíbrio entre os poderes, também iremos verificar o impacto dessas fronteiras quando esse ativismo é realizado através da judicialização política, impactando assim também o poder executivo.

Será realizado um estudo sobre a postura do STF mediante o ativismo judicial e suas decisões com um enfoque na judicialização da saúde, que teve um aumento significativo nas demandas nacionais e trata diretamente de uma política pública que deveria ter definido todas as suas obrigações além de garantido os direitos conquistados na carta magna.

Diante dos problemas sociais e das lacunas da Lei o ativismo judicial se torna inevitável para a garantia das normas constitucionais? É possível lidar com a judicialização política de forma que o poder judiciário se mantenha em sua função institucional e mesmo assim responda as necessidades sociais? Diante das lacunas da Lei e das transformações sociais o STF tem a responsabilidade de interpretação das leis, sejam elas expansivas ou contidas?

Buscaremos responder esses questionamentos no presente artigo, devido à extrema importância e atualidade do tema. Sabendo que os reflexos desse fenômeno trazem consequências para todos os cidadãos e para a vida harmônica em sociedade.

Tendo por convicção que o sistema jurídico Nacional, hoje ocupa um espaço de importância e respeito, é claro o benefício da discussão para o meio jurídico, acadêmico e social, mostrando visões e possíveis pontos de melhoria e adequação que podem e devem caminhar para a evolução da harmonia entre os poderes, o que além de beneficiar proporciona segurança jurídica para a sociedade.

1. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo Judicial é um tema corriqueiro no mundo jurídico, já que se trata de um fenômeno que abrange todos os Estados democráticos regidos pelo sistema constitucionalista, refletindo no comportamento jurídico global.

Para muitos um ponto necessário de garantia dos direitos constitucionais, para outros estudiosos uma grave ameaça ao equilíbrio dos Poderes, se fazendo necessário o estudo e avaliação de sua definição e pontos importantes para os direitos fundamentais, o respeito e cumprimento do texto legal.

1. 1 Contexto Histórico

Embora existam várias vertentes sobre a origem do ativismo judicial entre os estudiosos, exatamente por ser uma conduta que tomou diversos países ao redor do mundo, predomina-se o entendimento de que o ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos primordialmente através da Suprema Corte Americana que passou a se comportar de forma mais extensiva em seus entendimentos.

Os EUA passavam por uma forte onda de problemas sociais e desigualdades que eram levadas ao Tribunal, buscando da Corte um posicionamento, este só alcançado naquele momento através de atitudes protecionistas dos direitos galdados na Constituição, em relação ao seu surgimento afirma Luiz Flávio Gomes:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte

dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos. (2009, p. A2).

Tal jornalista também fez uma análise dos juízes da Suprema Corte, onde apresentava pelos resultados de suas decisões a sua linha de posicionamento sendo definido em seu estudo como alguns juízes de posicionamento ativista e outros conservadores que prezavam pela aplicação da lei crua sem interpretações.

Perante o estudo da origem do ativismo judicial, percebe-se que em vários países há muitos anos essa prática se faz presente, no entanto, é claro que foi nos EUA que sua prática, forma e definição ganharam conhecimento mundial, ainda sobre sua origem esclarece o Professor Luís Roberto Barroso:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (2010; p. 09).

Assim é possível definir que o ativismo judicial tem sua fonte de surgimento na Suprema Corte dos Estados Unidos, que através de vários julgados de temas complexos e altamente relevantes para a garantia dos direitos sociais postos em sua Constituição adotou uma postura interpretativa e expansiva na aplicação das normas.

1.2 Conceituação do termo Ativismo Judicial

O ativismo judicial pode ser definido como uma postura proativa do poder judiciário que passa a realizar uma interpretação criativa das normas, estendendo o seu alcance exatamente para buscar a solução dos conflitos de uma maneira rápida e garantindo a resposta dos direitos consagrados e violados.

O ativismo é visto como um comportamento através do qual um magistrado ou a corte se inclina para a interpretação individual do caso aplicando-lhe a interpretação extensiva, expansiva e singular para a resolução do conflito.

Algumas leis não conseguem sua eficácia plena e muitas vezes os conflitos são anteriores as leis o que demonstra a necessidade de o judiciário ter uma postura atual para que consiga fazer o cidadão dispor de seus direitos e não permitir que a falha de outro Poder cause ao cidadão prejuízo do que lhe foi garantido na Carta Magna.

Assim quando a lei não for aplicada da forma necessária aos que por ela tem direito, ou até mesmo quando não forem definidas leis norteadoras que possam proteger o indivíduo com a igualdade necessária, em si tratando do ativismo judicial caberá ao poder judiciário interpretar e garantir sua aplicação em conformidade com a CF. “Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito (MIARELLI; ROGÉRIO, 2012, p. 16).”

Podemos dizer que ativismo judicial é uma postura e sua definição aponta uma atitude do poder judiciário que está indo além de suas atribuições definidas primordialmente, alcançando novos limites e acompanhando as mudanças sociais, referente a isto, pontua Elivalda Silva Ramos:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadida por decisões excessivamente criativas. (SILVA 2010, p.129).

Como visto, existem algumas vertentes indicadoras das definições do Ativismo Judicial, no entanto, não é pacífica na doutrina uma só linha de pensamento, já que esse fenômeno abrange várias linhas de pensamentos ligadas aos posicionamentos de muitos países pelo Mundo.

O que podemos analisar como igualitário de pensamentos são as características basilares desse comportamento ativista, ligado sempre a participação mais ampla do Poder judiciário, que tem por objetivo concretizar e validar os valores constitucionais e ainda possuí marcas

como a crítica ao positivismo jurídico e ao estatismo positivista, abrangendo suas perspectivas a necessidade do judiciário acompanhar a evolução social e apesar disto, manter os valores constitucionais, *new constitucionalismo*.

O ativismo busca ainda o fortalecimento da jurisdição constitucional, mantendo o texto legal da Constituição Federal como princípio nascente e concreto, um verdadeiro pilar do ordenamento jurídico. A respeito da postura ativista e a expressão de suas condutas, esclarece Luís Roberto Barroso (2010; p. 06):

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.

Em relação ao seu conceito e apresentando uma ótica diversa, acentua Vanice Regina Lório do Valle:

O problema na identificação do ativismo, judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade - consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo - que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão Jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder. (Valle p.76.).

Os entendimentos são controversos sobre a temática, mas é imprescindível se aprofundar na conduta de um poder tão importante e que além de indispensável, a atuação ativista ou auto-contensiva atua diretamente nas transformações da sociedade e no comportamento do indivíduo, que por muitas vezes se vale do poder judiciário para garantir a atuação correta dos demais entes.

2. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O Brasil é um Estado democrático de direito que garante os direitos e liberdades sociais de seus cidadãos. Assim, o Estado tem seu poder limitado em direção aos direitos individuais para que não existam abusos e os agentes garantidores possam proteger os direitos individuais.

Diante da superação de uma ditadura no ano de 1988 foi promulgada a Constituição Federal vigente, tal texto introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro uma série de normas e medidas que passaram a garantir direitos aos cidadãos e consequentemente também designou obrigações a serem cumpridas pelos poderes.

A Constituição Federal foi na história do país a que mais promoveu direitos individuais e coletivos, que com o passar dos anos necessitaram por vezes de regulamentação e proteção.

Tendo o modelo Constitucional garantista, após a CF de 1988 a forma de atuação do poder judiciário brasileiro se transformou e vem ganhando destaque a cada ano, isso porque, sendo o Supremo Tribunal Federal o responsável e guardião da Carta Magna, a ele cabe também dirimir os conflitos que por diversas vezes ferem o texto constitucional por produzir uma norma que precisa ser aplicada através de outra norma, não sendo feito pela ausência de atuação do poder competente.

A falta de regulamentação de direitos, as mudanças sociais e o descaso do poder público, são algumas das justificativas para a atuação com maior amplitude do poder judiciário, já que após chegar ao seu estado decisório no tribunal, não poderá eximir-se de sua competência original de julgar, e apresentar a resolução para a lide.

Com efeito, percebe-se, também, uma maior mobilização política da sociedade, bem como uma ampliação do acesso à justiça em decorrência do crescimento dos números de demandas e, sobretudo, de assistências judiciárias à população (CAPPELLETTI, 1988).

Assim na Corte maior, são crescentes os casos de posicionamentos considerados ativistas, isto porque o acesso à justiça e a garantia da resposta o conflito se tornou mais eficaz do que aguardar o posicionamento dos órgãos responsáveis.

Outra marca dos enlaces do Ativismo judicial no país é a crise política, onde muitos direcionam a responsabilidade de decisões emblemáticas e de grande impacto na opinião pública para o judiciário exatamente pelo fato de ser o único poder que não é eleito pela população, ou seja, a temeridade de ser afetado politicamente faz com que o poder legislativo atrase ou até mesmo não legisle em causas de grande repercussão por temer a desaprovação popular.

Tal crise de identidade está afetando, inclusive, os partidos políticos diante dos constantes e suspeitos acordos políticos entre Executivo e Legislativo, bem como a

representatividade popular, tendo em vista o crescente afastamento entre a classe política e a sociedade em geral (PETRACIOLI, 2009).

2.1. Posicionamentos contrários e favoráveis ao ativismo judicial

O ativismo judicial é um tema que possui inúmeros entendimentos, isto porque, envolve questões de grande complexidade para o meio jurídico, político e administrativo. Cabendo a compreensão dos posicionamentos divergentes para que assim possamos construir uma ótica sensata do cenário atual.

Referente ao tema afirma BARROSO:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica (BARROSO, 2008).

As dificuldades na efetividade e executividade das atividades do Poder Legislativo refletem diretamente nas demandas do poder judiciário, a ausência dos regulamentos necessários para normas de garantias de direitos constitucionais funciona como movimento impulsionador para levar tais problemas para os Tribunais, colocando com isto os juízes em posições de necessidade e obrigatoriedade de uma resposta as demandas.

Para tal, a sociedade ganhou ao longo dos anos a confiança de que direitos sendo violados ou não disciplinados pelos órgãos responsáveis poderiam ser garantidos através do poder judiciário. “Como reflexo dessa postura ativa do cidadão, o ativismo judicial se revela, também, como uma garantia da eficácia e da integridade de direitos individuais e/ou coletivos previstos na Constituição Federal (BORGES, 2009).”

Ter a orientação da complexidade de ser introduzido em campos de outros poderes é essencial para a responsabilidade atuante dos magistrados, que ao julgarem as demandas desafiadoras precisam determinar para não invadirem limites temerosos que possam colocar em risco a segurança jurídica, “ainda que necessário e importante em determinados momentos, não pode se transformar em um ‘governo de juízes’, afinal, jurisprudência exige prudência na aplicação do direito” (NOVELINO, 2009:66).

Um termo que tem seu papel também complexo e na discussão sobre o ativismo judicial é sempre tratado é o “passivismo judicial” que seria o olhar inverso do Ativismo, passando as decisões a serem deliberadas pela letra da lei sem a adequação para os fatos. Assim leciona Elival da Silva:

O positivismo liberal e sua atrofiada teorização hermenêutica, ao propugnarem a primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos, eliminaram qualquer possibilidade de ativismo judicial. Todavia, deram ensejo a fenômeno de gravidade equiparável, qual seja, o passivismo judiciário (RAMOS 2012).

Ainda sobre o passivismo adentrando em suas limitações explica Ronald Dworking, segundo o qual:

[...] O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentos intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis. Dever ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não tem direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à nossa cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria ideia de direitos constitucionais, é a virtude constitucional mais importante. Se rejeitarmos essas ideias nada atraentes, rejeitaremos o passivismo (DWORKIN 1999).

Ainda sobre os limites da interpretação ao texto constitucional e dos mecanismos de dosagem da criatividade decisiva o autor já citado demonstra a seguinte lição:

Assim vistas as coisas, pode-se dizer, em resumo, que qualquer avaliação crítica – criticar é distinguir – do problema do ativismo judicial implica delimitar-se a fronteira entre criação judicial do direito conforme ou desconforme com o traçado constitucional da separação dos poderes, fórmula que funciona bem nas situações de

clara ultrapassagem dos limites, mas que se mostra de escassa ou nenhuma utilidade naqueles casos em que o próprio texto da Constituição, pela sua abertura semântica, comporta leituras distintas, mas igualmente defensáveis. Afinal, parece óbvio que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo marco; que não é possível subordinar-se a interpretação a algo que ela mesma irá produzir; ou, ainda, que sendo indeterminadas as normas constitucionais objeto de exegese, o seu significado só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não pode servir de ponto de partida (RAMOS 2012).

Todo o sistema jurídico que possui uma norma basilar orientadora, precisa ser guiado através de premissas já constituídas, no entanto, estas premissas serviram apenas para abrir os caminhos da interpretação e aplicação da norma, pois assim podem ser compreendidas como base de direitos previamente constituídos, sem que a estes sejam gerados qualquer tipo de prejuízo com a aplicação na norma crua e positivada ou com esta aplicação sendo interpretada além de seus limites, perdendo a capacidade intencionalmente original.

Por fim, de acordo com os ensinamentos de BARROSO:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo (BARROSO 2008).

Como podemos ver ao colocar a letra da lei positivada como ponto “morto e certo” perdermos a capacidade de garantir o próprio direito à sociedade, isto porque a Constituição Federal é a base de direitos fundamentais e entre outros preceitos das obrigações do Estado. Quando passamos a perder a capacidade de desempenhar o papel da justiça acompanhando as mudanças sociais e a evolução econômica, política e pública, finda a oportunidade do indivíduo de ter seu direito garantido, já que na medida de suas mutações o Poder Judiciário teria que se manter estático de acordo com o posicionamento constitucionalista positivista e o passivismo judicial.

Inúmeros são os termos e características criadas a partir da ideia do ativismo judicial, tema que diante de tal importância para o desenvolvimento do Estado e de todo um sistema jurídico aborda enlaces posicionais pontuais e de extrema relevância. Assim com a intenção de trazer riqueza maior ao debate e apresentando os limites para a criação do direito de acordo com o posicionamento dos tribunais, Inocêncio Mártires Coelho mostra que:

Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria esses limites, a criação judicial do direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, ou seja, a verba legis em sententia legis – caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que é dar a cada um o que for seu (COELHO 2002).

A grande discussão não é a capacidade ou poder-dever que o judiciário possui em decidir causas as interpretando, mas sim, quando e qual seria o limite necessário para ser imposto a este Poder, que diante disso é o único dos três poderes que não foi eleito através da vontade popular diretamente, mas que ainda assim possui um papel imprescindível de garantia e guarda das leis. Com relação a esses limites de Elival da Silva Ramos:

O Judiciário é talhado para aplicar e também apontar defeitos de uma norma já posta. Como eu disse, até certo ponto, por meio da evolução da interpretação, pode melhorar alguma norma defeituosa, mas tem limite. O limite é o que o texto constitucional estabelece. Se o julgador aplicar algo além daquilo que o texto possibilita, teremos o passivismo judicial, que é uma idealização conservadora. Trabalhar a lei dentro do seu limite legal, com elementos de interpretação, para estender a outras situações é perfeitamente normal. Passou desse limite, é ativismo judicial (RAMOS 2012).

3. ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Nessa temática se torna essencial a análise e a realização da diferenciação das expressões ativismo judicial e judicialização da política, ambos utilizados corriqueiramente como sinônimos, porém com uma disparidade em seus conceitos e concretizações no mundo jurídico.

Tratando-se de Judicialização da política, podemos definir como a entrega ou transferência da responsabilidade da tomada de decisões que seriam do Poder Legislativo e Executivo, para o Poder judiciário, que se vê em meio a demandas nitidamente dos demais poderes, na maioria das vezes por uma falta efetiva de cumprimento de suas atribuições.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2010), a Judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição.

Assim a concretização da judicialização se dá pela investidura no poder judiciário de demandas que buscam a concretização de direitos garantidos na Constituição Federal ou até mesmo aqueles que necessitam de uma regulamentação e está ainda não foi realizada pelo Poder responsável, fazendo com que necessitem buscar esse direito através do Poder Judiciário.

A judicialização da política é marcada por processos em alguns momentos distintos, de acordo com VALLINDER:

Assim, a judicialização da política pode significar normalmente ou: 1) a expansão da jurisdição das Cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada⁴ (TATE; VALLINDER, 1997, p.13).

Mesmo com as diferenças os dois institutos têm uma ligação de extrema importância, tendo em vista que através do acontecimento das demandas judiciais atípicas intituladas como judicialização da política é que o comportamento dos julgadores são postos a decisões que precisam ser por muitas vezes tomadas além da letra da lei seca. Com relação a essa ligação afirma Luis Roberto Barroso (2009, p.03):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

A judicialização da política pode ser compreendida como o reflexo da falta de atuação dos poderes que dispõem da atribuição de legislar e aplicar políticas públicas, resultando assim na demanda ao Poder Judiciário de causas que não estariam em sua competência originária, como assuntos políticos, governamentais e políticas públicas.

Já o Ativismo Judicial, entre suas muitas definições doutrinárias, entende-se como uma atitude exercida pelos julgadores, que usam uma interpretação expansiva e por vezes criativa, para garantir a concretização das normas constitucionais.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Aqui trataremos o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, fenômeno que pode ser apresentado como o pleito judicial de direitos relacionadas à prestação de do serviço de saúde, seja ele assistencial ou farmacêutico, tal busca ensejada por ocasião da não efetivação do Estado de promover a saúde de forma que possa abranger as necessidades dos cidadãos assim garante o texto Constitucional.

Com relação ao direito a saúde afirma ENGELHARDT:

Uma primeira dificuldade ética na identificação da saúde como um bem a ser tutelado pelo Direito é estabelecer critérios universalizáveis para definir este bem, ou mesmo os benefícios ou as necessidades para determinada pessoa ou comunidade, considerando que dependem de uma valoração específica, nos diversos contextos morais e sociais, e, em especial, nas sociedades pluralistas (ENGELHARDT JR., 1998).

A judicialização da saúde teve uma expansão surpreendente após a Constituição de 1988 e vem crescendo ao longo dos anos. Para tal entendimento é importante delimitar que antes da atual Constituição os direitos em relação à saúde eram mínimos e o sistema de saúde tão diferente do atual, tinha por garantia de assistência apenas as pessoas que contribuía com a previdência, ou seja, só era dotado do direito à saúde como prestação do Estado aquele que fosse um profissional formal contribuinte.

Após a Constituição vigente foi criado um dos maiores sistemas de saúde universal do Mundo, SUS (Sistema único de saúde) desta forma abriu-se uma série de direitos aos cidadãos e conseqüentemente foi estendida as obrigações de prestação dessa assistência pelo Estado, concretizando esses direitos no texto Constitucional,

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. (CF, 1988).

O texto Constitucional passou a apresentar diretos inovadores, com a intenção de promover a saúde e qualidade de vida digna. O grande impacto que um Estado com proporção de proteção e assistência maiores causa é que por muitas vezes não consegue alcançar os recursos e meios necessários para proporcionar a resposta por igual da necessidade de todos, invadindo aqui um ponto importante que não possui ainda uma certeza pacífica no meio jurídico nacional.

Antes mesmo de analisar o compromisso do estado para com o particular e fixar aí uma compreensão de que em qualquer situação os direitos garantidos na CF precisam ser honrados, é imprescindível analisar tal responsabilidade do aparelho estatal como um conjunto, que tem por fim o interesse de todos e não tão somente de um particular.

A grande discussão aqui é exatamente até que ponto o Estado pode abdicar da prestação do serviço, medicamento ou assistência para um grupo de pessoas e utilizar desse custo para a necessidade especial de uma pessoa, que por muitas vezes está além da receita financeira determinada no Estado ou Município.

Uma parte deste debate é voltada como justificativa pelo Estado para o princípio da reserva do possível, como síntese este princípio trata de que a real efetivação dos direitos sociais está diretamente ligada à capacidade financeira do Estado, quanto a este conceito assevera SARLET:

A assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET 2007).

Ponderar as possibilidades do Estado não é uma tarefa que possa ser feita isoladamente, o Estado que tem sua responsabilidade garantida na Carta Magna de proporcionar assistência da saúde pública o faz através de um dever solidário entre todos os entes, que unidos contribuem para a manutenção da prestação desta assistência e corroboram para a aplicação dos direitos fundamentais.

Tais direitos concedidos na CF são violados constantemente no cenário da saúde Nacional, mesmo com este problema abrangendo-se tanto para a seara pública quanto a privada, nossa intenção aqui é mostrar a aplicação da judicialização da saúde no âmbito da saúde pública, explanando o empasse dos direitos constitucionalmente garantidos e a capacidade e responsabilidade do Estado de arcar com essas demandas disciplinadas.

Após a garantia do direito a saúde e a vida digna pelo poder constituinte as demandas foram se multiplicando ao longo dos anos, onde o particular sem o alcance de seus direitos serem garantidos pelos órgãos estatais, recorrem ao poder judiciário para galgar o que notadamente deveria ser feito pelo poder executivo por meio formas de proporcionar a saúde através de seus entes e pelo Poder Legislativo através de normas concretas de funcionamento da saúde nacional.

A consequência para a falta de aplicação desse direito pelos órgãos competentes é o sofrimento da sociedade, que se vê a mercê da morosidade do poder judiciário para recorrer a tratamentos e medicamentos que em sua maioria esmagadora necessita da urgência e assistência imediata do Estado.

Ao ser tratada a questão da exigibilidade e proporcionalidade para a efetivação da prestação dos serviços de saúde é necessário que se estabeleça parâmetros mínimos para essa efetiva prestação, tais parâmetros foram introduzidos no ordenamento jurídico através da **RESP Nº 1.657.156** que foi efetivada pelo julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a previsão de requisitos na forma cumulativa, para que assim pudessem ser concedidos medicamentos e tratamentos médicos que não se encontram no rol coberto pelo Sistema Único de Saúde, neste sentido expressa o julgado a necessidade cumulativa dos requisitos:

- 1) 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;
- 2) incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e
- 3) existência de registro na Anvisa do medicamento.

Tais requisitos precisam ser comprovados no momento da solicitação da medicação ou serviço para que com isso possa ser fornecido. O problema é que por muitas vezes o particular pleiteia medicamentos e tratamentos que não são liberados ou inscritos pela Anvisa,

permanecendo a existência de uma celeuma jurídica que causa custos processuais altos e por vezes acaba afetando o tratamento do particular.

Casos como estes precisam de uma resposta clara e efetiva do Estado, que através do legislativo tem a necessidade de normatizar o direito garantido pela Constituição Federal sem que com isso afete de forma negativa o aparelhamento do Estado, ponderando sempre a necessidade do indivíduo com seu bem mais precioso que é a saúde e a vida, da mesma forma que precisa deste equilíbrio para que essa prestação a um único indivíduo não inviabilize de acordo com as possibilidades do Estado essa mesma prestação para os demais.

5. POSICIONAMENTOS DO FEDERAL SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O Supremo Tribunal Federal tem um papel importantíssimo no Estado democrático de direito, pois é ele que detém a responsabilidade de guardião da Constituição Federal. Tal guarda é feita através de sua atuação por meio do julgamento de ações de inconstitucionalidade ou afronta as normas constitucionais, assim como as demandas que afrontam o direito a saúde efetivada na carta magna e que são levadas até o Supremo exatamente por sua reponsabilidade de resguardar e garantir tais direitos.

Diante da grande demanda judicial a respeito do direito a saúde e sua assistência, várias ações que buscam a efetivação da responsabilidade do Estado em sua prestação chegaram até o Supremo Tribunal Federal, em 2010 com o julgamento de um Agravo regimental se posicionou a Corte:

(STF - SL: 47 PE, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001)

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Supremo Tribunal Federal STF - AG.REG.NA SUSPENSÃO DE LIMINAR : SL 47 PE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dj: 17/03/2010, 2010)

A sentença afirma que a assistência à saúde é obrigatória, não estando explicitamente comprovadas a grave lesão à ordem, a economia, a saúde e a segurança pública, isto porque ao decidir sobre demandas deste teor, a Corte analisa o complexo de valores constitucionais e mais do que isto, é avaliado também a ponderância e a proporcionalidade dos direitos e deveres do interesse público e particular.

Assim confirmou o relator Ministro Gilmar Mendes em seu voto, onde afirma:

O fato é que o denominado problema da "judicialização do direito à saúde" ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os colaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contratantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (AGR – 47, PG 05 MIN. GILMAR MENDES).

Tal agravo regimental que foi desprovido, tratava-se da responsabilidade dos entes solidariamente, para garantir assim a prestação correta do serviço de saúde, sendo por diversas vezes demonstrado que ao contrário do que foi dito, o perigo está na falta de fornecimento adequado do serviço público, que impõe um risco à saúde do cidadão.

Para que tal serviço seja prestado é necessário a organização do poder público, que está na linha de frente conduzindo e proporcionando o cumprimento do direito à saúde, por meio de ações e auxílio aos demais órgãos.

Na mesma decisão é importante salientar, o debate sobre a obrigação do Estado em fornecer fármacos que não estão registrados na ANVISA, ultrapassando assim as regras estabelecidas pelo Poder responsável por sua organização, com relação a isto afirma Min. Gilmar Mendes:

Podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o

tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.” (AGR – 47, PG 05 MIN. GILMAR MENDES)

Como podemos ver, são levados em consideração pontos chaves dos direitos fundamentais, como o direito a saúde, a imprescindibilidade de assistência para a saúde do requerente ou pública, nesse caso, que seja concedida a medicação, ou seja, firmado o direito e garantia da assistência do Estado e além disto, também é analisado como parâmetro para as decisões o risco da concessão para o ente.

Tratando-se de tais requisitos, não menos importante é falar sobre a capacidade e os pontos de atenção que o Poder Judiciário precisa ter para tratar de tais assuntos, que como vimos, o direito a saúde é uma vertente das políticas públicas e com isto não seria de sua responsabilidade, no entanto, levado a decidir terá que ponderar os direitos e tomar uma postura que garanta a aplicabilidade das normas constitucionais, o que esta sendo feito ao longo dos anos.

Com uma discussão tão importante, tendo em vista, uma ampla população que utiliza o serviço de saúde público, e que assim, necessita que seja garantida não só os tratamentos e alguns serviços, mas a efetiva qualidade dessa prestação. Tal qualidade foi posta em julgamento no presente agravo regimental, onde a Corte decidiu manter a decisão inicial e assim restando a obrigação de ajustar a qualidade do serviço no hospital em questão e que os entes trabalhem juntos, com aplicabilidade do Município e auxilio dos demais.

São inúmeras as demandas de judicialização da saúde e podemos avaliar também no STF a quantidade de problemas relacionados ao tema. Acontece que, mesmo a Constituição federal garantindo o direito a saúde, determinando os responsáveis por proporcionar esse direito e abrindo espaço para o particular exigi-lo, este continua sendo violado.

O sistema jurídico Nacional tem suas limitações, a Corte Suprema se encontra sobrecarregada por todas as ações do âmbito original e de políticas públicas, o que importa em uma morosidade excessiva no julgamento dos casos, que com relação a demandas judiciais da seara da saúde torna a situação alarmante e se tornando as decisões intraprocessuais temporárias de tutelas, o único meio de evitar um dano maior.

Referente a este problema, se refere o AGRADO REGIMENTAL DE 2012, onde a família recorreu ao judiciário buscando amparo jurídico e reparação de seus direitos, pois o cidadão em questão veio a falecer por falta da medicação adequada no atendimento, demonstrando assim o descaso e a ingerência na saúde do ente público.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE PACIENTE. DEMORA NA ADMINISTRAÇÃO DA MEDICAÇÃO NECESSÁRIA AO TRATAMENTO E PROCEDIMENTO CIRÚRGICO ESPECÍFICO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO FEITO. PRECEDENTE. Tem-se por demonstrado a existência do liame necessário entre o fato (atendimento médico hospitalar) e o dano (o óbito do companheiro da autora). A negligência dos prepostos dos apelantes, portanto, caracteriza, sem maiores digressões, a responsabilidade in eligendo que lhes é atribuída. E como decorrência do vínculo jurídico entre o médico e o hospital, por afirmada se tem a responsabilidade civil da Municipalidade. A falta do serviço público não depende de falha técnica do agente, uma vez que a Administração responde, objetivamente, pelo funcionamento defeituoso do serviço que presta aos administrados. O hospital, como é de sabença, tem, dentre outros, o dever especial e rigoroso de oferecer aos pacientes os recursos, condições, eficiência e segurança necessários e compatíveis com o serviço médico que se propõe a prestar. PROVIMENTO DO SEGUNDO RECURSO. IMPROVIMENTO DO PRIMEIRO E TERCEIRO.” 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF,212)

Com isto, entendeu-se a responsabilidade objetiva do Estado, já que constitucionalmente está disciplinado que cabe a ele prestar os serviços de saúde com qualidade que garanta a concretização da vida. A escusa e a falta de prestação estatal, afeta diretamente a sociedade e assim é do Poder público a grande responsabilidade de fiscalização e consequentemente de efetivação das normas e da responsabilização por não as cumprir do poder Judiciário.

Por fim, em recente decisão, por unanimidade entre os Ministros, mais uma vez observou-se a necessidade de responsabilização solidária dos entes com relação a prestações e manutenção dos serviços de saúde, além disso, também tornou-se entendimento majoritário a questão da análise do caso fático com relação a lista de medicações fornecidas pelo Sistema Único de Saúde, já que, medicamentos semelhantes podem não ter a mesma eficácia em diferentes casos, sendo necessário analisar-se o caso concreto e prestar a assistência necessária tendo em vista que o primordial nesta discursão é presar pela saúde do indivíduo garantindo seu direito. Assim constitui mais uma decisão da Corte Suprema:

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO (TEMA 793 DA REPERCUSSÃO GERAL). COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. CUSTO DO MEDICAMENTO. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ACÓRDÃO

RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO TEMA 6 DA REPERCUSSÃO GERAL (RE 566.471-RG/RN). AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 855.178-RG/SE (Tema 793 da Repercussão Geral), da relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. II – É inviável, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Súmula 279/STF. III – Inaplicabilidade do Tema 6 da Repercussão Geral (RE 566.471-RG/RN), da relatoria do Ministro Marco Aurélio, à hipótese em que não há discussão sobre o custo do medicamento requerido. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - AgR-segundo ARE: 1221111 PE - PERNAMBUCO 0019888-49.2017.8.17.8201, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 29/11/2019, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-270 09-12-2019)

Diante dessas demandas e os posicionamentos do STF, fica claro a carência comportamental dos entes com um direito constitucional de caráter primordial como o direito a saúde, a falta de políticas adequadas, o não fornecimento de tratamentos necessários e a falta de respeito as regulamentações, ocasiona um crescente judicialização nesse campo, que demonstra um crescimento marcante ao longo dos anos.

Devemos verificar nos posicionamentos dos Tribunais, que também é levada em consideração o princípio da reserva do possível, já que os recursos do Estado são finitos, sendo de extrema importância sempre ponderar a capacidade do Estado, mas de nenhuma forma deixando de garantir os direitos primordiais como o da saúde para que os cidadãos conquistem uma vida digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho percorreu temas de extrema importância tanto para o meio jurídico e político, quanto para a vida em sociedade. Temas como o fenômeno do ativismo judicial impactam na vida das pessoas e na evolução e construção das leis.

É fato que o poder judiciário é um ente basilar das perspectivas e garantias sociais, pois é através dele que as normas são cobradas quando afetadas ou descumpridas, assim como cabe ao STF em especial a guarda da norma Constitucional, para que este modelo de democracia e formação do Estado tenha sucesso e possa ser cumprido diante de sua estrutura constitucionalmente definida.

Quando os demais entes descumprem as suas competências originais, não poderá o Judiciário ser omissor e precisará apresentar uma resposta, que além de garantir o cumprimento das normas, mantém a segurança jurídica.

Ocorre que toda esta responsabilidade precisa ser ponderada e fiscalizada pois é de extrema importância que os aplicadores da lei tenham a abertura de interpretação das normas constitucionais e possam estendê-las e adequá-las de acordo com a evolução social, no entanto, excessos e construções além das fronteiras da interpretação e aplicação da lei podem ser por outro lado perigosas e propensas a própria segurança jurídica e Constituição, isto porque o Poder judiciário assim como os demais é composto por cidadãos dotados de suas próprias convicções, mas que não foram instituídos ali para constituir normas, mas sim, aplica-las e realizar sua criatividade jurídica através da real compreensão do texto legal, trazendo-o para a realidade da sociedade e as novas demandas.

Tratando-se da judicialização das políticas públicas, cabe aos entes responsáveis realizar suas funções adequadamente, criando normas reguladoras necessárias constitucionalmente, efetivando a prestação das políticas públicas e com isto evitando a migração dessa responsabilidade para o poder judiciário.

Se cada um dos poderes se posicionar a cumprir suas demandas, a responsabilidade e a viabilidade da judicialização dessas políticas, não perdurará, já que, é exatamente o descaso, a omissão e a descrença dos demais poderes que congestionam e impulsionam as demandas e solicitações de concretização de direitos primos, que necessariamente deveriam ser conquistados e garantidos sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

O direito a saúde também estudado aqui, com relação ao fenômeno da judicialização da saúde, está diretamente ligado a falta de assistência do Estado em proporcionar tais serviços, que além de necessários para a saúde e vida digna do cidadão, é um dos direitos fundamentais mais importantes e necessários de concretização emergencial, sem a prestação devida da saúde, direitos como educação e lazer se tornam irrelevantes, ora, sem a assistência a saúde o cidadão fica à mercê da falta de vida digna.

Por fim, ajustar os mecanismos de regulamentação e fiscalização da justiça, o comprometimento dos Poderes em suas atribuições, a ponderação da capacidade Estatal, a concretização conjunta dos fundamentos Constitucionais e o respeito ao equilíbrio dos Poderes, são pontos cruciais para que o Ativismo Judicial seja um benefício e não um problema, e a assistência as demandas sociais e direitos fundamentais sejam respeitadas, alcançando assim proporcionar a vida digna e a evolução social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAVV, *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Organizadora Vanice Regina Lírío do Valle. Curitiba: Juruá Editora, p.76.

BARROSO, Luís Roberto. (2008) “Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 10.09.2020.

BORGE, Felipe Dezorzi. (2009), “Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa”. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2317, 4 nov. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13794>. Acesso em: 8 setembro. 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito? [S.I.]. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito> >. Acesso em: 2 set. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELHARDT JR, H.T. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Loyola, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço Aberto, p.A2. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1> >. Acesso em: 02/09/2020.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

NOVELINO, Marcelo. (2009), **Direito Constitucional**, 3 ed., São Paulo, Método.

RAMOS, Elival da Silva. O Ativismo Judicial é Ruim Independente do Resultado. **Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007.

STF. (27 de 03 de 2012). RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 719067. 2012/585919. RELATOR(a): Ministro Luis Fux. DJ:18/05/2018. Acesso em 13 de outubro de 2020, disponível em SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%20719067%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

STF. (30 de abril de 2010). Supremo Tribunal Federal STF - AG.REG.NA SUSPENSÃO DE LIMINAR: SL 47 PE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dj: 17/03/2010. Acesso em 21 de outubro de 2020, disponível em JUSBRASIL: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087061/agreg-na-suspensao-de-liminar-sl-47-pe>

STF. (09 de dezembro de 2019). Supremo Tribunal Federal STF - SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: AGR-SEGUNDO ARE 0019888-49.2017.8.17.8201 PE Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Dj:29 de novembro de 2019. Acesso em 05 de novembro de 2020, disponível em JUSBRASIL: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792527799/segundo-agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-segundo-are-1221111-pe-pernambuco-0019888-4920178178201/inteiro-teor-792527809>

VALLE, Vanice Regina Lório do. (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice R. de. MELO, Manuel P. Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.